

# ASISTENCIA MÉDICA UNIVERSAL Y ¿GRATUITA? A LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA: EL DICTAMEN MOTIVADO 2009/2341 DE LA COMISIÓN EUROPEA CONTRA ESPAÑA

UNIVERSAL ¿FREE? MEDICAL ASSISTANCE FOR FOREIGNERS IN SPAIN: REASONED OPINION 2009/2341, FROM THE EUROPEAN COMMISSION AGAINST SPAIN

**Cristina Sánchez-Rodas Navarro**

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad de Sevilla

Código ORCID ID: 0000-0001-9780-7860

Se escriben continuamente “ríos de tinta” sobre la supuesta insostenibilidad financiera del sistema de pensiones contributivas obviándose sistemáticamente en el debate político que legalmente no existe ningún impedimento para que la financiación de las pensiones contributivas sea mixta: cotizaciones y tributos.

Y con tributos se financia como regla general la sanidad pública en España, con excepciones muy puntuales. Por eso resulta tan sorprendente que dados los problemas que ésta última atraviesa y sin haberse incrementado previamente los recursos humanos y materiales de los hospitales públicos, se haya reabierto el debate político sobre la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación administrativa irregular.

Tomando como referentes las SSTC 139/2016, 134/2017 y 18/2018, podremos responder preguntas básicas tales como:

**1.¿El sistema sanitario público español es universal?** Sí, en tanto “que no puede excluirse a ninguna persona del derecho a ser atendido. Pero ese derecho se configura y concreta de acuerdo con lo que dispone la Ley, que debe regular las distintas condiciones y términos en los que se accede a las prestaciones y servicios sanitarios”.

**2.¿El sistema sanitario público español es gratuito?** No. “Que los poderes públicos deban organizar las prestaciones y servicios necesarios para garantizar la protección de la salud, no significa que estas prestaciones hayan de ser necesariamente gratuitas para todos sus destinatarios (STC 139/2016, de 21 de julio)”. Es decir, universalidad no es sinónimo de gratuidad.

**3.¿Qué derechos tienen los extranjeros en situación administrativa irregular?** “El derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será determinado y podrá ser limitado por las normas correspondientes. El legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España”.

A mayor abundamiento, la STC 95/2000, de 10 de abril, reconoció que “la asistencia sanitaria pública no es un Derecho que haya de ser reconocido a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los españoles”.

A su vez, dentro del colectivo de extranjeros hay diferentes regímenes jurídicos: nacionales de Estados en los que se aplique el Derecho de la Unión Europea y los nacionales de Terceros Estados. Y en este último grupo, a su vez, entre residentes legales y quienes se encuentren en situación administrativa irregular.

Respecto a estos últimos resulta clave el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, introducido por el Real Decreto-ley 16/2012 y que restringió los derechos que en materia de asistencia sanitaria reconocía la legislación anterior a los inmigrantes irregulares empadronados. La normativa anterior a la reforma no tenía parangón con el resto de los países de la UE ya los extranjeros en situación irregular se equiparaban en el ámbito de la asistencia sanitaria a los españoles, incluso por lo que se refería a las técnicas de reproducción asistida.

Tras la reforma, el ordenamiento español garantizó y garantiza a los inmigrantes en situación irregular asistencia sanitaria en los siguientes supuestos: de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; asistencia al embarazo, parto y postparto; y en todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Pese a las transferencias del Estado a las CC.AA. en materia de asistencia sanitaria, la STC 134/2017 recuerda que “la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el artículo 3 de la Ley 16/2003”.

**4. Desde la perspectiva del Derecho de la UE ¿qué efectos tendría reformar la Ley 16/2003 y extender el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros independientemente de su situación administrativa en España?** Al ser la asistencia sanitaria un riesgo incluido en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social, los titulares de una tarjeta sanitaria española tendrían derecho a obtener la tarjeta sanitaria europea y percibir asistencia sanitaria en otros países de la UE, con cargo exclusivamente al Estado español.

A mayor abundamiento, por aplicación del principio de igualdad de trato -piedra angular del Derecho de la UE- si España reconociera tarjeta sanitaria a los inmigrantes en situación administrativa irregular habría de otorgarle los mismos derechos a los ciudadanos de Estados miembros de la UE aunque no residieran ni trabajaran en España. De hecho, entre los motivos que se alegan en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 16/2012 para restringir los derechos sanitarios de los extranjeros en situación irregular se cita expresamente el Dictamen motivado 2009/2341, de la Comisión Europea contra España por su negativa a expedir la tarjeta sanitaria europea a personas residentes en España con derecho a recibir asistencia sanitaria con arreglo a la normativa de algunas Comunidades Autónomas.

**5. ¿Es sostenible una asistencia sanitaria universal y gratuita para ciudadanos, extranjeros, residentes y no residentes?** Cada cual que responda conforme su leal saber y entender.

Recibido: 04.06.2018. Aceptado: 28.06.2018.

**PRINCIPIO DE ASIMILACION EN EL REGLAMENTO 883/04**  
**THE PRINCIPLE OF ASSIMILATION IN REGULATION 883/04**

**CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDA**

Vicepresidente de la Asociación Española de Sanidad y Seguridad Social

## RESUMEN

El estudio que se presenta analiza las implicaciones del principio de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos que ha sido recogido y sistematizado por el artículo 5 del Reglamento 883/04 sobre Coordinación de regímenes de Seguridad Social. Lo que en un primer momento se concibió como una prolongación o extensión del principio de igualdad de trato y como un simple instrumento normativo para combatir la discriminación, especialmente la indirecta, ha alcanzado carta de naturaleza propia, transformándose en un principio autónomo y novedoso.

El autor considera que este principio, aplicado extensamente o de manera no rigurosa, puede desembocar en unos resultados excesivos y no deseados, contrarios a la voluntad inicial del legislador. Por ello se examinan las restricciones y límites que el propio legislador ha establecido en los Considerandos del texto legal para evitar que se desvirtúe su contenido y esencia.

El principio de asimilación es una construcción del TJUE por lo que en este trabajo se pasa revista a algunas de las sentencias más importantes que han podido influir en los colegisladores de la Unión a la hora de la aprobación y desarrollo de este principio.

Asimismo se analiza lo que se denomina test de proporcionalidad que puede ser utilizado para evaluar si las medidas que puedan adoptarse por los Estados Miembros con el fin de desviarse del cumplimiento del principio de asimilación pueden ser consideradas idóneas y admisibles.

**PALABRAS CLAVES:** asimilación, prestaciones, ingresos, hechos, acontecimientos, discriminación indirecta, considerandos, sentencias, proporcionalidad.

## SUMMARY

This study, analyzes the consequences and repercussions of the principle of Equal treatment of benefits, income, facts or events that has been collected and systematized by Article 5 of Regulation 883/2004 on the Coordination of Social Security Schemes.

This principle was, in a first moment, conceived as an extension of the principle of equal treatment and as an instrument to combat discrimination, especially indirect discrimination. However, later on was developing and becoming an autonomous and separate principle.

The author considers that this principle, applied quite extensively or not enough rigorously, can lead to two excessive and undesirable results, contrary to the initial will and purpose of the legislator. For this reason, the restrictions and limits that the legislator has established in the Recitals of the legal text are examined carefully.

The principle of assimilation is a construction of the CJEU, so this document reviews some of the most important rulings that have influenced Union legislators of the Union.

Likewise, it is analyzed the proportionality test that can be used to evaluate whether the measures that can be adopted by the Member States in order to deviate from compliance with the assimilation principle can be considered suitable and admissible

**KEYWORDS:** equal treatment of benefits, income, facts, events, indirect discrimination, recitals, rulings, proportionality.

## **SUMARIO**

### **I. INTRODUCCIÓN**

### **II. PANORÁMICA GENERAL**

### **III. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA**

### **IV. CONSIDERACIONES GLOBALES SOBRE LA ASIMILACIÓN**

### **V. LA PROPORCIONALIDAD**

### **VI. CONCLUSIONES**

*Por la calle vienen Extraños unicornios  
¿De qué campo. De qué bosque mitológico?  
Más cerca, ya aparecen astrónomos.  
Fantásticos Merlines y el Ecce Homo,  
Durandarte encantado, Orlando furioso<sup>1</sup>.*

## I. INTRODUCCIÓN

Podría pensarse, leyendo el artículo 5 del Reglamento 883/04, que los legisladores de la Unión (Consejo y Parlamento Europeo), cansados de transitar por caminos trillados clásicos, se habían decidido a dar “*el gran salto adelante*”, adoptando un principio totalmente innovador y rupturista que marcara un nuevo hito en el proceloso decurso de las normas de coordinación de los regímenes de Seguridad Social. Sin embargo me temo que después de 8 años de aplicación de los Reglamentos 883/04<sup>2</sup> y 987/09<sup>3</sup> no se han detectado, todavía, cambios cualitativos de trascendencia, como consecuencia de la adopción del referido artículo 5.

Trascribamos este precepto **Asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos:**

*“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento y habida cuenta de las disposiciones particulares de aplicación establecidas:*

*a) si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, el disfrute de prestaciones de seguridad social o de otros ingresos produce determinados efectos jurídicos, las disposiciones de que se trate de dicha legislación serán igualmente aplicables en caso de disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos adquiridos en el territorio de otro Estado miembro;*

*b) si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio”.*

Realmente, la propuesta inicial de la Comisión de modificación del Reglamento 1408/71 incluía la asimilación de hechos, prestaciones e ingresos como un simple desarrollo, complemento o adenda del principio de igualdad de trato (actual artículo 4 del Reglamento 883/04<sup>4</sup>) sin que esta Institución se plantease la instauración de un

<sup>1</sup> Federico García Lorca. Procesión.

<sup>2</sup> 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. DOUE L/166 de 30.4.2004.

<sup>3</sup> Reglamento (CE) n°987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. DOUE L/284 de 30.10.2009.

<sup>4</sup> Igualdad de trato “Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado”

nuevo y autónomo principio de Coordinación.

El Consejo, normalmente el Colegislador más conservador, también se decidió por seguir esta línea de actuación que fue truncada por el Parlamento Europeo que optó por la adopción de un principio separado, arrastrando a una Comisión y a un Consejo que tuvieron que aceptar finalmente esta decisión. De todos modos, el legislador, consciente de que se estaba adentrando en territorios ignotos, de consecuencias imprevisibles, introdujo una serie de reservas, cortafuegos y frenos de emergencia, que evitaran, en lo posible, que el nuevo artículo 5 se convirtiese en una Caja de Pandora.

Este innovador principio<sup>5</sup> tiene su base en el carácter originariamente territorialista de las normas de Seguridad Social que hacen depender, en muchos casos, la concesión de una serie de derechos a que determinadas situaciones tengan lugar dentro del territorio nacional o que no considera, completamente y en su integridad, las acaecidas en territorio extranjero. Como consecuencia, este escenario restrictivo puede implicar una discriminación indirecta que finalmente puede convertirse en un obstáculo para la libre circulación de personas y trabajadores.

Precisamente, para evitar que esto suceda, el principio de la asimilación de hechos, ingresos y prestaciones actúa como un instrumento legal que indirectamente extiende y abre el campo geográfico estrictamente nacional de los ordenamientos internos de Seguridad Social al espacio territorial de la Unión, posibilitando en algunas ocasiones y obligando en otras que determinados hechos que se han producido en un Estado puedan ser tomados en consideración en otro Estado en una especie de extraterritorialidad impropia.

## II. PANORÁMICA GENERAL

Debe reconocerse, de antemano, que la figura jurídica de la asimilación no es exclusiva del derecho de la Seguridad Social ni patrimonio de las normas de coordinación. De hecho, el Derecho internacional público y privado aplica frecuentemente este principio, eso sí, con intensidad variable. Sin embargo, lo verdaderamente novedoso es el establecimiento de un principio expreso autónomo en el Reglamento 883 /04 que viene a integrar, en un intento de sistematización, la dispersa normativa del Reglamento 1408/71 y del 574/72 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En este sentido, debe subrayarse que el TJUE <sup>6</sup>ha sido el responsable indirecto de la decisión final adoptada por los colegisladores. En efecto, bien como consecuencia de la aplicación directa del derecho primario o, más concretamente de la prohibición de discriminación (directa o indirecta) contenida en el artículo 3(1)<sup>7</sup> del Reglamento

---

*miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento”.*

<sup>5</sup>Para un estudio exhaustivo de la problemática del principio de Asimilación, se recomienda la lectura de Analytical report 2016 (FresSco) *The principle of Assimilation of Facts*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion.

<sup>6</sup>Destaco para el lector inquieto una publicación muy reciente de Carrascosa Bermejo, D. Capítulo 19: “Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social”, en VVAA, Casas Baamonde, M.E. y Gil Albuquerque, R. (Dir) *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 509-557.

<sup>7</sup>*“Las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento”.*



1408/71, se ha ido formando y configurando, a veces de manera errática, un principio que ha tenido su materialización efectiva en la adopción del Reglamento 883/04.

Ahora bien, de la lectura del artículo 5 del Reglamento 883/04 realmente no se desprende cuál es el alcance real de este precepto. De hecho, nos encontramos ante un principio con vocación invasiva que podría alterar otros principios u otras técnicas de coordinación hasta, en un cierto sentido, hacerlas innecesarias. Aún más, la aplicación extensiva e ilimitada de este principio provocaría un efecto demoleedor en las bases de los Reglamentos de Coordinación. Varios ejemplos podría ofrecerse. La residencia en un Estado A puede entenderse como un hecho o una situación asimilable a la residencia en un Estado B. Pues bien, el principio de la conservación de los derechos adquiridos y más concretamente el artículo 7 del Reglamento 883/04 <sup>8</sup>(exportación de prestaciones)<sup>9</sup> devendría superfluo. A este respecto, demos otra vuelta de tuerca e imaginemos un Estado A que contempla prestaciones no contributivas basadas en la residencia. La residencia en otro Estado B, si fuera asimilable, implicaría la posible concesión de estas prestaciones aunque el interesado jamás hubiera estado asegurado en el Estado A. Más madera. Los períodos de seguro o de residencia cubiertos en un Estado A serían considerados, en virtud del artículo 5 del Reglamento 883/04, como períodos de seguro o de residencia en un Estado B. Es decir, el Estado B los haría propios y no simplemente los tendría en cuenta para agregarlos a los suyos. La técnica de la totalización no operaría y el artículo 6 del Reglamento 883/04 (totalización de períodos)<sup>10</sup> carecería de virtualidad. Por último, la nacionalidad también puede considerarse una situación jurídica asimilable por lo que, aplicando la técnica de la asimilación, decaería el artículo 3 (igualdad de trato)<sup>11</sup> del Reglamento 883/04.

Quizás por todo ello, el legislador de la Unión al crear un nuevo principio, temeroso de resultados no deseados y excesivos, establece sus propios límites y restricciones. A este respecto, deberíamos centrarnos en los Considerandos del Reglamento 883/04 y, en especial en los siguientes:

---

<sup>8</sup>Artículo 7. Supresión de las cláusulas de residencia.

*“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”.*

<sup>9</sup>Para un estudio sistemático de la aplicación de la exportabilidad de las prestaciones, ver Sánchez-Rodas Navarro, C, “Good legal practices in Spanish law?: clauses governing residence and the export of Spanish social security benefits”, AA.VV, *Good Practices in Social Law*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 23-45.

<sup>10</sup>*“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine: la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones, la admisión a una legislación, o el acceso o la exención del seguro obligatorio, voluntario o facultativo continuado, al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica”.*

<sup>11</sup> Artículo 4. Igualdad de trato.

*Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento.*

9) *“El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la posibilidad de asimilación de prestaciones, ingresos y hechos. Resulta, pues, necesario recoger expresamente este principio y desarrollarlo, respetando en todo caso el contenido y la esencia de las resoluciones judiciales”.*

(10) *“Sin embargo, el principio de tratar determinados hechos o acontecimientos ocurridos en el territorio de otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en el territorio del Estado miembro cuya legislación sea aplicable no debe interferir con el principio de la totalización de los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cumplidos con arreglo a la legislación de otro Estado miembro con aquéllos cumplidos con arreglo a la legislación del Estado miembro competente. Por consiguiente, los períodos cumplidos con arreglo a la legislación de otro Estado miembro deberán tenerse en cuenta únicamente mediante la aplicación del principio de la totalización de períodos”.*

(11) *“La asimilación de hechos o acontecimientos que ocurran en un Estado miembro no puede en ningún caso otorgar competencia a otro Estado miembro o hacer que se aplique su legislación”.*

(12) *“Teniendo en cuenta la proporcionalidad, debe procurarse que el principio de asimilación de hechos o acontecimientos no conduzca a resultados objetivamente injustificados ni a la acumulación de prestaciones del mismo tipo para un mismo período”.*

Podrá observarse que la mayor parte de las cuestiones que se han planteado en los párrafos precedentes encuentran una solución adecuada en los mencionados considerandos. Además, el propio Reglamento en su articulado y en los Anexos contiene excepciones expresas al principio consagrado en el Artículo 5. Así el apartado 4 del artículo 14 establece: *“Cuando la legislación de un Estado miembro supedita el derecho al seguro voluntario o facultativo continuado a la residencia en dicho Estado miembro o a una actividad previa como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, la letra b) del artículo 5 únicamente se aplicará a las personas que en un momento cualquiera en el pasado hayan estado sujetas a la legislación de ese Estado miembro por haber ejercido una actividad por cuenta ajena o propia”.* Asimismo, el Anexo XI del Reglamento 883/04 contiene múltiples excepciones a su Artículo 5. Por su interés, reproducimos una inscripción española : *“Las bonificaciones por edad consideradas en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley General de la Seguridad Social serán aplicables a todos los beneficiarios del Reglamento que hubieran acreditado cotizaciones en virtud de la legislación española antes del 1 de enero de 1967, sin que sea posible por aplicación del artículo 5 del presente Reglamento asimilar a cotizaciones españolas, exclusivamente a estos efectos, los períodos de seguro acreditados en otro Estado miembro antes de la citada fecha. La fecha de 1 de enero de 1967 será 1 de agosto de 1970 para el Régimen Especial de Trabajadores del Mar y 1 de abril de 1969 para el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón”.*

La primera conclusión que se desprende de la lectura, especialmente de los Considerandos del propio Reglamento 883/04, es que la asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos se estructura, en muchos casos, como un principio subsidiario o complementario, aplicable en caso que otros principios o técnicas como la igualdad de trato, la exportabilidad de las prestaciones o la totalización de períodos no

sean aplicables directamente. En este sentido, lo que se pretende con la adopción del artículo 5, es llenar algunas lagunas, sobre todo en relación con la discriminación indirecta, que el artículo 3 (igualdad de trato) no parece dar siempre respuesta expresa. Asimismo, con la materialización de este principio se profundiza en la simplificación de los textos de Coordinación al poder recogerse en un único precepto lo que estaba diseminado de manera asistemática en el anterior Reglamento 1408/71 (A título meramente de ejemplo y sin ningún ánimo exhaustivo, apartado 2 del artículo 10, apartado 1 del artículo 33, apartado 5 del artículo 45...). Sin embargo, el nuevo principio nace como una especie de bomba de relojería, desactivada por ahora, a la que hay que manipular con cuidado.

### III. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

La interpretación del principio de Asimilación, según el propio Legislador de la Unión (ver Considerando 9), debe ajustarse, en lo posible a la jurisprudencia emanada del TJUE: *“Resulta, pues, necesario recoger expresamente este principio y desarrollarlo, respetando en todo caso el contenido y la esencia de las resoluciones judiciales”*.

Existe una vasta doctrina jurisprudencial<sup>12</sup>, algo dispersa y a veces contradictoria sobre la Asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos. Algunos de estos fallos jurisdiccionales marcan la pauta y pueden servir de precedente en el desarrollo futuro de este principio.

-En el asunto D’Amico<sup>13</sup>, el Tribunal de Justicia se pronunció contra al principio de asimilación al considerar que no contraviene el Derecho comunitario la exigencia, a efectos de la concesión de una jubilación anticipada, de que el interesado se encuentre únicamente a disposición de las Oficinas de empleo de dicho Estado Miembro, sin que pueda ser sustituido este requisito por el registro o inscripción como desempleado en las Oficinas de otro Estado Miembro. Sin embargo, 13 años después, el TJUE revisa su doctrina en el asunto Bronzino<sup>14</sup> al dictaminar *“cuando la legislación del Estado miembro que otorga determinadas prestaciones familiares exige, como requisito para la concesión de estas prestaciones, que el miembro de la familia del trabajador esté a disposición de la oficina de empleo en el territorio en el que esta legislación se aplica, como trabajador en paro, tal requisito debe considerarse cumplido cuando el miembro de la familia se encuentre, como trabajador en paro, a disposición de la oficina de empleo en el Estado miembro en que resida”*.

-El asunto Kenny<sup>15</sup> es un caso paradigmático en el que el TJUE, con mucha prudencia, inicia la exploración del principio de asimilación al fallar: *“Los artículos 7 y 48 del Tratado y el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento n° 1408/71 no se oponen a que las instituciones de los Estados miembros asimilen a hechos que, de producirse en el territorio nacional, constituirían una causa de pérdida o de suspensión del derecho a las prestaciones en metálico los hechos correspondientes producidos en otro Estado miembro -pero tampoco obligan a tal asimilación-; la decisión a este respecto corresponde a las autoridades nacionales, siempre que se aplique sin tener en cuenta la*

---

<sup>12</sup>Entre otras muchas, cfr. SSTJUE C-4/66, Hagenbeek; C-14/67, Welchner; C-20/75, d’Amico; C-41/77, Warry; C-1/78, Kenny; C 237/78, Toia; C-110/79, Coonan; C-284/84, Spruyt; C-20/85, Roviello, C-453/14, Knauer; C-284/15, ONEm; y C-431/16, Blanco Marqués.

<sup>13</sup>STJUE C-20/75, D’Amico.

<sup>14</sup>STJUE C-228/88, Bronzino.

<sup>15</sup>STJUE C-1/78, Kenny.

*nacionalidad y siempre que dichos hechos no se describan de tal modo que, en la práctica, se provoque una discriminación con relación a los nacionales de los demás Estado miembros”.*

-En el Asunto Kloeppel<sup>16</sup>, se establece el principio de asimilación de prestaciones: *”El artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CEE) n° 1408/71...se opone a que un Estado miembro deniegue el reconocimiento, a efectos de la concesión de una prestación familiar como la prestación por cuidado de hijos austriaca, del período de percepción de una prestación equiparable en otro Estado miembro de la misma manera que si aquél se hubiera cubierto en su propio territorio”.*

-Los emigrantes españoles también han contribuido a la arquitectura del principio de asimilación. En el asunto Imbernón<sup>17</sup>, el Tribunal falló : *“El artículo 73 del Reglamento (CEE)n°1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, debe interpretarse en el sentido de que implica que, cuando, en virtud de la legislación tributaria de un Estado miembro a la que se remite la legislación social de dicho Estado, la concesión y la cuantía de una prestación por hijo a cargo están vinculadas a la residencia en el territorio de dicho Estado del hijo de que se trate, debe considerarse cumplido tal requisito cuando el hijo resida en el territorio de otro Estado miembro”.* Asimismo, en el Asunto Merino García<sup>18</sup> el fallo jurisdiccional reconoce la asimilación de situaciones (residencia de los hijos de un trabajador) a la hora de la concesión de prestaciones familiares. También en el Asunto Mora Romero<sup>19</sup> el Tribunal se pronuncia del siguiente tenor: *“El apartado 1 del artículo 3 del Reglamento (CEE) n. 1408/71, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la legislación de un Estado miembro prevea la prórroga del derecho a una pensión de orfandad más allá de la edad de 25 años para los titulares de pensión cuya formación se haya interrumpido debido al cumplimiento del servicio militar, dicho Estado está obligado a asimilar el servicio militar cumplido en otro Estado miembro al servicio militar cumplido con arreglo a su propia legislación”*

-En el asunto Bergström<sup>20</sup>, se materializa la asimilación , en situaciones especiales, de los ingresos percibidos en otros Estados , señalando el TJUE *“... en caso de que el importe de una prestación familiar, como de la que se trata en el litigio principal, deba determinarse conforme a las reglas de la prestación por enfermedad, dicho importe, en favor de una persona que ha cumplido íntegramente los períodos de actividad profesional necesarios para la adquisición de ese derecho en el territorio de la otra Parte Contratante, debe calcularse teniendo en cuenta los ingresos de una persona que ejerce una actividad comparable en el territorio del Estado miembro en el que se solicita dicha prestación”.*

-En el Asunto Knauer<sup>21</sup>, el Tribunal se adentra en la asimilación de prestaciones ,ya en el ámbito del Reglamento 883/04, al establecer : *“El artículo 5, letra a), del Reglamento (CE) n° 883/2004 debe interpretarse en el sentido de que, en unas circunstancias como las que se examinan en el litigio principal, las prestaciones de vejez abonadas por un régimen profesional de pensiones de un Estado miembro y las abonadas por un régimen legal de pensiones de otro Estado miembro, estando ambos*

<sup>16</sup>STJUE C-507/06, Klöppel.

<sup>17</sup>STJUE C-321/93, Imbernon Martinez.

<sup>18</sup>STJUE C-266/95, MerinoGarcia.

<sup>19</sup> STJUE C-131/96, Mora Romero.

<sup>20</sup>STJUE C-257/10, Bergström.

<sup>21</sup>STJUE C-453/14, Knauer.

regímenes comprendidos en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento, constituyen prestaciones equivalentes a efectos de esa disposición, dado que ambos tipos de prestaciones persiguen un mismo objetivo, el de permitir que sus beneficiarios mantengan un nivel de vida acorde con el nivel de que disfrutaban antes de su jubilación”.

-En el asunto de Cuyper<sup>22</sup> el TJUE opta por la no asimilación de residencias al pronunciarse: *“La libertad de circulación y de residencia que el artículo 18 CE reconoce a todo ciudadano de la Unión no se opone a que a un desempleado de más de 50 años de edad, exento de la obligación de acreditar su disponibilidad en el mercado laboral, se le imponga, como requisito para conservar su derecho a una prestación por desempleo, una cláusula de residencia como la aplicada en el asunto principal”.*

-En el asunto Roviello<sup>23</sup>, el TJUE se manifiesta en favor de la asimilación de actividades profesionales al establecer *“ El apartado 15 de la Sección C del Anexo VI del Reglamento n° 1408/71 no es válido en la medida en que establece, en lo relativo al derecho a pensión por invalidez profesional o por incapacidad de ganancia, o a la pensión de los trabajadores de las minas por disminución de la aptitud para ejercer el oficio de minero, o a la pensión de minero por invalidez profesional o incapacidad de ganancia que, cuando en virtud de la legislación alemana es determinante la profesión ejercida hasta entonces, únicamente se tendrán en cuenta, para la determinación de este derecho, las actividades sujetas al seguro obligatorio ejercidas bajo la legislación alemana”.*

-En el asunto Larcher<sup>24</sup> el TJUE pone las bases para la interpretación del principio de asimilación al señalar: *“El principio de igualdad de trato establecido en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CEE) n° 1408/71, se opone a una disposición de un Estado miembro según la cual la concesión de una pensión de vejez posterior a un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación exige que el trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación se haya desarrollado exclusivamente conforme a las disposiciones nacionales de dicho Estado miembro. El principio de igualdad de trato establecido en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CEE) n° 1408/71, debe interpretarse en el sentido de que para reconocer, en un Estado miembro, un tiempo parcial previo a la jubilación que se haya desarrollado de conformidad con la normativa de otro Estado miembro, ha de realizarse un análisis comparativo de los requisitos de aplicación de los regímenes de esos dos Estados miembros a fin de determinar, en cada caso, si las diferencias identificadas pueden comprometer la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida de ese primer Estado miembro”.*

-La sentencia recaída en el asunto Blanco Marqués<sup>25</sup>, un asunto español, podía haber sido realmente orientativa para la interpretación del artículo 5 del Reglamento 883/04. Sin embargo, el fallo jurisdiccional se aleja y no responde directamente a la siguiente cuestión prejudicial planteada *“¿O puede aplicarse la norma anti acumulación a las pensiones de otro Estado de la Unión Europea o Suiza, conforme al artículo 5 del*

<sup>22</sup>STJUE C-406/04, de Cuyper.

<sup>23</sup>STJUE C-20/85, Roviello.

<sup>24</sup>STJUE C-523/13, Larcher.

<sup>25</sup>STJUE C-431/16, Blanco Marqués .

*Reglamento [n.º 883/2004], a falta de previsión legal expresa, pero cuando la jurisprudencia nacional ha adoptado una interpretación que implica la incompatibilidad entre la prestación controvertida y una pensión de jubilación?”. De todas las maneras el TJUE se pronuncia a favor de la asimilación, con carácter general, al fallar “Debe considerarse que un complemento de pensión de incapacidad permanente total concedido a un trabajador en virtud de la legislación de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, y una pensión de jubilación adquirida por el mismo trabajador en Suiza son de la misma naturaleza, en el sentido del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008”.*

#### **IV. CONSIDERACIONES GLOBALES SOBRE LA ASIMILACIÓN**

Este nuevo principio debe buscar el equilibrio entre la tendencia por una parte de las legislaciones nacionales a no aceptar, como si fueran propias, prestaciones reconocidas en virtud de otras legislaciones o hechos o acontecimientos ocurridos fuera del Estado competente y, por otra, la vis atractiva del Derecho de la Unión y más concretamente del artículo 5 del Reglamento 883/04. De hecho ni se permite sistemáticamente rechazar la asimilación, ya que esto sería una violación del artículo 5 del Reglamento 883/04 ni se puede exigir la asimilación automática porque esto sería privar a los ordenamientos internos de su capacidad de decisión en el campo de la protección social. En efecto, las legislaciones nacionales deben poder mantener su competencia para establecer las condiciones y requisitos de las prestaciones de seguridad social, respetando, eso sí, los principios de la Coordinación.

Centrémonos en la asimilación de prestaciones con la idea de extender las observaciones que se realizan a otros supuestos del artículo 5. Para aplicar el principio de asimilación, o rechazarlo, las Instituciones de los Estados Miembros debe identificarse los legítimos objetivos de sus legislaciones nacionales y evaluar si este objetivo también puede alcanzarse bajo la legislación de otro Estado. Imaginemos una normativa de un Estado A que permite una jubilación anticipada si se acreditan trabajos en las minas durante 15 años. ¿Pueden asimilarse 15 años de trabajo en las minas realizados en un Estado B automáticamente?. La respuesta es no siempre. En el Estado al trabajo en las minas se considera como penoso y esa es la razón para posibilitar la jubilación anticipada. Sin embargo, algunas minas del Estado B son a cielo abierto y la actividad laboral desarrollada en ellas, no se consideran como penosas.

No obstante, tenerse en cuenta que, por lo general, el mismo objetivo (por ejemplo la protección de los desempleados de edad que están próximos a la edad de jubilación) puede ser logrado por diversos medios. No se puede exigir, por tanto, que las disposiciones de las legislaciones nacionales sean exactamente iguales (probablemente nunca será este el caso) ya que esto privaría al principio de asimilación de todos los efectos prácticos. Dos prestaciones de jubilación de Estados distintos pueden ser equivalentes pero no idénticas. Por ello, al aplicar la asimilación basta con un cierto tipo de similitud, ya que de lo contrario, las prestaciones de diferentes Estados miembros no podrían asimilarse. En realidad lo esencial, a la hora de aplicar la asimilación, es que las prestaciones respondan a los mismos o similares objetivos. En este sentido, las diferencias que no tienen una influencia decisiva en el objetivo perseguido son irrelevantes.

Así lo entendió el Abogado general Yves Bot en el Asunto C-453/14, Knauer al señalar: *“Procede observar que el Tribunal de Justicia no ha establecido criterios específicos de diferenciación y, de este modo, ha reconocido una cierta flexibilidad en la aplicación del principio de asimilación. Esta flexibilidad autorizada por la jurisprudencia no es cuestionada por el legislador de la Unión, que ha pretendido ratificar este acervo jurisprudencial. En mi opinión, a falta de criterios jurisprudenciales o legales enumerados con precisión, el principio de asimilación implica recurrir a un método comparativo análogo al de la equivalencia funcional, bien conocido en el Derecho comparado, (31) que consiste en buscar, más allá de las diferencias formales, no una total identidad de naturaleza entre las prestaciones en cuestión, sino una analogía funcional. Resulta significativa a este respecto la sentencia Klöppel, (32) que se limita a señalar que la prestación por crianza de hijos en Alemania es «equiparable» a la prestación por cuidado de hijos austriaca, sin examinar si estas dos prestaciones revisten exactamente las mismas características”*.

## V. LA PROPORCIONALIDAD

El principio de asimilación de ninguna manera puede considerarse un principio absoluto. En este sentido, esta afirmación -aplicable, en general, para todos los principios jurídicos- es aún más válida en el presente caso. En efecto, puede constatarse que por ejemplo, el principio de igualdad de trato, el principio de mantenimiento de los derechos adquiridos o el mantenimiento de los derechos en el curso de adquisición, tienen sus propias excepciones, controles y límites (por ejemplo, en relación con el Reglamento 883/2004: la no exportabilidad de las prestaciones especiales no contributivas, la no totalización de períodos para la prejubilación o la aplicación de ciertos artículos de Convenios bilaterales solamente para nacionales de los Estados que han firmado estos Instrumentos). Estas excepciones son admitidas y aceptadas. Pues bien, con respecto al principio de asimilación, las salvaguardias son mucho más fuertes debido a la necesidad de organizar defensas preventivas ante la incertidumbre de un principio no contrastado.

Ya se ha visto que el propio legislador ha introducido una serie de considerandos que aclaran y delimitan los contornos del principio de asimilación.

De todos modos vamos a incidir quizás en el Considerando más ambiguo, más problemático y de posible mayor incidencia.

El considerando 12 del Reglamento establece: *“Teniendo en cuenta la proporcionalidad, debe procurarse que el principio de asimilación de hechos o acontecimientos no conduzca a resultados objetivamente injustificados ni a la acumulación de prestaciones del mismo tipo para un mismo período”*.

En cualquier caso, con carácter general y en cualquier rama del derecho, el principio de proporcionalidad debe ser siempre aplicable aunque no exista disposición o considerando expreso ad hoc. De hecho, los resultados injustificados o no deseados tienen que ser siempre evitados al aplicar disposiciones legales. Sin embargo la dificultad surge al enfrentarnos al contenido y sentido del término *“Resultados injustificados”*.

Como planteamiento previo puede señalarse que el principio de proporcionalidad generalmente tiene como objetivo proteger a los beneficiarios de las decisiones de los Poderes Públicos. La otra cara de la moneda es que la proporcionalidad también puede defender y proteger los intereses legítimos de dichos Poderes Públicos.

En este sentido, debe partirse de la base, como premisa, que el Artículo 5 debe ser aplicable por un Estado Miembro si no existe una prueba en contrario de que se produciría un resultado no deseado y excesivo.

La proporcionalidad no es un fin en sí mismo sino un instrumento para encontrar una solución adecuada y equilibrada entre dos intereses en conflicto. Exige para su aplicación la valoración de los objetivos que se pretende conseguir y el examen de los medios o instrumentos a utilizar.

La aplicación de la proporcionalidad supone e implica la confrontación, en mayor o menor medida, entre los Intereses de la Unión (libre circulación de trabajadores) y los intereses nacionales (legislaciones internas). Por ello, cuando las Instituciones nacionales pretenden evitar resultados excesivos o indeseados, por ejemplo, aplicando una discriminación indirecta, deben en todo caso justificarla, utilizando la proporcionalidad.

El gran problema de la proporcionalidad es que no responde a reglas fijas y absolutas que puedan aplicarse en todos los casos. En efecto, el examen de la proporcionalidad debe hacerse caso por caso. Lamentablemente la aplicación de la proporcionalidad no puede ser mecánica, mimética, o automática.

El Considerando 12 abre la puerta a que los Estados, en base a la proporcionalidad, no apliquen el principio de asimilación, en base a los resultados que pueden ser considerados como injustificados. En este sentido resulta esclarecedor el análisis sobre la proporcionalidad que el Abogado General Señor Bot realiza en el Asunto *Scotch Whisky Association* <sup>26</sup> y que perfectamente podría ser aplicable al ámbito de la libre circulación de trabajadores: *“Para apreciar si una medida respeta el principio de proporcionalidad, corresponde al juez nacional verificar si los elementos de prueba que el Estado miembro debe presentarle permiten considerar razonablemente que los medios elegidos son adecuados para realizar el objetivo que persiguen y que, al efectuar esta elección, el Estado miembro no ha rebasado su margen de apreciación, y tener en cuenta el grado en que esta medida atenta contra la libre circulación de mercancías (podría ser la libre circulación de trabajadores) cuando se realiza la comparación con las medidas alternativas que permitirían alcanzar el mismo objetivo y cuando se efectúa la ponderación de todos los intereses en juego”*.

Siguiendo las Conclusiones del Abogado General Bot en el Asunto mencionado en el párrafo precedente, resulta necesario, para conocer si una medida restrictiva de inaplicación del principio de asimilación adoptada por un Estado Miembro puede ser considerada idónea, aplicar lo que denominaríamos test de proporcionalidad que podría desglosarse en tres etapas sucesivas.

---

<sup>26</sup>STJUE C- 333/14, *The Scotch Whisky Association*.



-La primera etapa, consiste en una prueba de aptitud o adecuación que persigue verificar que el acto adoptado (excepción al principio de asimilación) es idóneo para la consecución del objetivo que se pretende (evitar resultados injustificados y excesivos).

-La segunda etapa, relativa a la prueba de necesidad, a veces también denominada «prueba del obstáculo mínimo», consiste en comparar la medida nacional controvertida con las soluciones alternativas que permitirían alcanzar el mismo objetivo que el que prevé la primera, pero aportando menores restricciones a los intercambios.

-En la tercera etapa, que consiste en una prueba de proporcionalidad en sentido estricto, se ponderan los intereses en juego. Más concretamente, se relaciona, por una parte, la gravedad del perjuicio que la medida nacional ocasiona a la libertad de que se trate y, por otra, la aportación que podría suponer esta medida para la protección del objetivo perseguido.

De manera resumida podríamos señalar que una medida es proporcionada cuando, siendo apropiada para garantizar el logro del objetivo perseguido, no va más allá de lo necesario para alcanzarlo. Se admite un cierto margen de discreción para que los Estados Miembros, cumpliendo los principios fundamentales de la Unión, puedan limitar la aplicación del principio de asimilación si se detecta que pueden aparecer resultados excesivos o indeseados. Sin embargo, este margen de discreción no puede vaciar de contenido o sustancia el principio directamente el principio de asimilación e indirectamente la libre circulación. De hecho sigue siendo válida la afirmación de que los motivos que un Estado miembro pueda invocar a modo de justificación debe ir acompañada de un análisis de la idoneidad y proporcionalidad de la medida adoptada y, especialmente, de una argumentación precisa. Por lo tanto, se requiere una evaluación de si existe otra medida que permitiría obtener el mismo resultado con un efecto adverso menor sobre la libre circulación. Cuando el Estado miembro tiene la posibilidad de elegir entre diferentes medidas adecuadas para cumpliendo el mismo objetivo está obligado a recurrir a la medida menos restrictiva. Como declara el Abogado General Polares Maduro: <sup>27</sup>“*las excepciones al principio fundamental de la libre circulación (...) deben interpretarse estrictamente*”. Del mismo modo, el TJUE ha dictaminado: “*El Estado miembro de que se trate debe demostrar que la medida en cuestión es adecuado al objetivo perseguido y que no vaya más allá de lo necesario para lograr ese objetivo*”<sup>29</sup>.

Básicamente, el principio de proporcionalidad implica una consideración de los costes y beneficios de una medida promulgada por un Estado miembro a la luz de los diferentes intereses. Esta línea de razonamiento con respecto a la "prueba de proporcionalidad" puede aplicarse a un caso del Reglamento (CE) n.º 883/2004. De hecho, el artículo 14, apartado 4, de dicho Reglamento establece: “*Cuando la legislación de un Estado miembro supedita el derecho al seguro voluntario o facultativo continuado a la residencia en dicho Estado miembro o a una actividad previa como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, la letra b) del artículo 5 únicamente se aplicará a las personas que en un momento cualquiera en el pasado hayan estado sujetas a la legislación de ese Estado miembro por haber ejercido una actividad por cuenta ajena o*

---

<sup>27</sup>STJUE C-434/04, Ahokainen.

<sup>29</sup>STJUE C-205/89, EC vs Greece.

*propia* ". ¿Cómo se aplica la prueba de proporcionalidad a este artículo? En realidad, el Artículo 14 (4) incluye una excepción al artículo 5 del Reglamento 883/04. Deberíamos preguntar qué tipo de resultado injustificado pretende impedir con el Artículo 14 (4). La respuesta es clara: Se quiere evitar claramente que determinados no nacionales pueda suscribir un seguro voluntario con la Seguridad Social de este Estado.

Sigámonos preguntándonos ¿Cuál sería la medida más drástica para evitar este perjuicio?. No admitir al seguro voluntario a los nacionales de otros Estados. ¿Cuál es la solución intermedia?: Admitir el acceso al seguro voluntario otros nacionales que en un momento cualquiera en el pasado hayan estado sujetas a la legislación de ese Estado miembro por haber ejercido una actividad por cuenta ajena o propia en dicho Estado.

Básicamente, el principio de proporcionalidad implica una consideración de los costes y beneficios de una medida promulgada por un Estado miembro a la luz de los diferentes intereses. La búsqueda del equilibrio el elemento decisivo a la hora de adoptar decisiones en este ámbito.

## **VI. CONCLUSIONES**

El principio de asimilación no puede considerarse de manera alguna como un principio absoluto. Debe respetar y no inmiscuirse en otros principios de la Coordinación de Regímenes de Seguridad Social. Asimismo, debe aceptar y reconocer las competencias nacionales en la determinación de las condiciones y requisitos para la concesión de prestaciones de seguridad social. Estas legislaciones, como contrapartida deben garantizar la igualdad de trato. Rechazar la asimilación sistemáticamente no está permitido, porque esto sería una violación de la igualdad de trato. Tampoco puede exigirse una asimilación automática, ya que esto privaría a las legislaciones nacionales de su competencia en el campo de la protección social.

El principio (test) de proporcionalidad es un elemento fundamental en la aplicación del principio de asimilación. Las soluciones adoptadas en muchos casos, incluso compartiendo algunos elementos comunes, pueden ser diferentes en otros casos. Lamentablemente la aplicación de este principio no está sujeto a reglas absolutas y fijas. El análisis caso por caso es la única solución viable.

Para la aplicación del principio de asimilación, no puede exigirse, como condición, que las disposiciones de las legislaciones nacionales sean idénticas porque esto privaría al principio de asimilación de todos los efectos prácticos.

Recibido: 11.05.2018. Aceptado: 01.06.2018.

**LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN LA PROPUESTA DE  
REGLAMENTO POR EL QUE SE MODIFICAN LOS  
REGLAMENTOS (CE) 883/2004 Y 987/2009**

**THE UNEMPLOYMENT BENEFITS IN THE PROPOSAL FOR A  
REGULATION AMENDING REGULATIONS (CE) 883/2004 AND 987/2009**

**SARA GUINDO MORALES**

Profesora Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada

## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación pretende analizar específicamente la coordinación comunitaria de las prestaciones por desempleo derivada de la reciente Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 13 de diciembre de 2016, por el que se modifican el Reglamento (CE) Núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) Núm. 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) Núm. 883/2004. La Propuesta de Reglamento se centra en las prestaciones por desempleo como uno de los cuatro ámbitos de coordinación en los que es necesario mejorar, de lo que se desprende que el desempleo continúa constituyendo la prestación social más problemática y compleja como consecuencia de la existencia de los diferentes regímenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, lo que motiva que focalicemos en ella nuestro estudio.

## **PALABRAS CLAVE**

Propuesta, coordinación de la Unión Europea, prestación por desempleo.

## **ABSTRACT**

This research work aims to do a specific analysis of the European Union coordination of the unemployment benefits derived from the Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and Regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004. The Proposal for a Regulation focuses on the unemployment benefits as one of the four areas of coordination where improvements are required, of what it is deduced that unemployment is still constituting the most problematic and complex benefit because of the existence of the different legal regulations of the member States, what justifies that we focus our study on it.

## **KEYWORDS**

Proposal, European Union coordination, unemployment benefit.

## **SUMARIO**

**I. LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 883/2004, SOBRE LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y EN EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 987/2009, POR EL QUE SE ADOPTAN LAS NORMAS DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 883/2004**

**II. LA RECIENTE PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO: ASPECTOS GENERALES**

**III. LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO**

**A. MODIFICACIONES GENERALES DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 883/2004**

**B. MODIFICACIONES GENERALES DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 987/2009**

**IV. CONCLUSIONES**

## **I. LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 883/2004, SOBRE LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y EN EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 987/2009, POR EL QUE SE ADOPTAN LAS NORMAS DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 883/2004**

Las normas de Seguridad Social de la Unión Europea -en adelante y para simplificar, UE- constituyen un instrumento para lograr el objetivo de la efectividad del derecho a la libre circulación de trabajadores asegurado en el artículo 45 y ss. TFUE<sup>1</sup>, ubicado sistemáticamente dentro del Título IV, que lleva significativamente por rúbrica la “*libre circulación de personas, servicios y capitales*”, de la Tercera Parte, relativa a las “*políticas y acciones internas de la unión*”<sup>2</sup>.

Lo anterior, con la finalidad de que no exista incertidumbre sobre los derechos que los trabajadores han generado en un determinado Estado miembro pues, *a contrario sensu*, disuadiría a un ciudadano europeo para desplazarse en el interior de la UE si no se le garantiza que disfrutará de los mismos derechos que si no hubiese ejercido su derecho de movilidad<sup>3</sup>.

En otros términos, se adoptan medidas en materia de Seguridad Social con el objeto de evitar que los ciudadanos de la UE (o asimilados a ellos) que trabajen y residan en un Estado miembro distinto al suyo de origen pierdan una parte o todos sus derechos de Seguridad Social<sup>4</sup>.

A día de hoy, la Seguridad Social en la UE se articula en torno a la idea de coordinación y no de armonización, esto es, su propósito no consiste en adoptar una legislación única para todos los ciudadanos de la UE ni crear un sistema exclusivo que sustituya a los diferentes regímenes nacionales de Seguridad Social, sino articular unas reglas comunes de funcionamiento que permitan coordinar los distintos sistemas normativos de Seguridad Social existentes con el objetivo último de “*garantizar a las personas que se desplazan dentro de la Comunidad, a las personas a su cargo y a sus supérstites, el mantenimiento de los derechos y ventajas que hayan adquirido o estén adquiriendo*”<sup>5</sup>,

---

<sup>1</sup>*Vid.*, para mayor abundamiento sobre este tema, Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: “La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 51, 2017, *passim*.

<sup>2</sup> Guindo Morales, S.: “Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, en *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 6, 2017, p. 505; para mayor abundamiento sobre este tema, *vid.* Monereo Pérez, J. L.: “Libertad profesional y derecho a trabajar”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.) *et al.*: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, pp. 331 y ss.

<sup>3</sup> Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Quesada Segura, R.: *Manual de Seguridad Social*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2014, p. 61.

<sup>4</sup> Monereo Pérez, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 4, 2016, p. 21.

<sup>5</sup> Considerando 13º del Reglamento (CE) núm. 883/2004.

de este modo, los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la UE se hallan coordinados tanto por el Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (Reglamento base) como por el Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Reglamento de aplicación)<sup>6</sup>, disposiciones que emergen como respuesta necesaria<sup>7</sup> al crecimiento significativo de la movilidad de los ciudadanos en el seno de la Unión en las últimas décadas a raíz, fundamentalmente, del fenómeno de la globalización (cuyo proceso no sólo ofrece nuevos problemas, sino que también contribuye a generar nuevas soluciones<sup>8</sup>).

El sistema de coordinación de la Unión Europea contiene su fundamento jurídico en los artículos 48<sup>9</sup> -en virtud de dicho precepto se aprobaron los Reglamentos 3/58 y 4/58 que fueron sustituidos por los Reglamentos 1408/71 y 574/72 que, a su vez, quedaron derogados con la entrada en vigor del vigente Reglamento 883/2004 y su Reglamento de aplicación<sup>10</sup>-, 153, 156 y 352 TFUE.

Por otro, no se ha de olvidar que el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante y para simplificar, CDFUE) se refiere directamente a la “*Seguridad social y ayuda social*”, tal y como reza su rúbrica, en el que, en primer lugar, se establece que “*la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan*

---

<sup>6</sup>El día 1 de mayo del año 2010 comenzó a aplicarse un sistema modernizado de coordinación de la seguridad social mediante ambos Reglamentos, los cuales, fueron actualizados por el Reglamento (UE) 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, con la finalidad de completar, aclarar y actualizar determinadas disposiciones de los mismos, especialmente en el ámbito de la determinación de la legislación aplicable y de las prestaciones por desempleo, así como para efectuar adaptaciones técnicas en las referencias a la legislación nacional que figuran en los anexos.

<sup>7</sup>Areta Martínez, M.: “Coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social y exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004” en AA.VV.: *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, p. 167; Ortega Lozano, P. G.: “La coordinación europea de las prestaciones por desempleo de los trabajadores autónomos o por cuenta propia: análisis jurídico desde la perspectiva de la Seguridad Social”, en *Revista Alma Mater*, vol. 14, 2017, *passim*.

<sup>8</sup>Molina Navarrete, C.: *Globalización, movilidad transnacional y prestaciones de Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 104.

<sup>9</sup>Este artículo 48 es el que atribuye al Consejo la misión de establecer un régimen que permita evitar los obstáculos que puedan derivarse para los trabajadores migrantes de las normas nacionales dictadas en el ámbito de la seguridad social, naciendo con tal finalidad los dos Reglamentos de coordinación de los sistemas de seguridad social citados: Sánchez-Rodas Navarro, C.: “(In)suficiente fundamento legal para la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004 presentada por la Comisión Europea el 13.12.2016”, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. II, núm. 2, 2017, p. 1.; *Vid.*, para mayor abundamiento sobre el artículo 48 TFUE, Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Good legal practices in spanish law?: clauses governing residence and the export of spanish social security benefits”, en Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir.) y Velasco Portero, M<sup>a</sup>. T. (Coord.) *et al: Good Practices in Social Law*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 23.

<sup>10</sup>Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, en Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir.) y Garrido Pérez, E. (Dir.) *et al: El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016, p. 181.

*una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales*”; en segundo lugar, se señala que “*toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales*” y, por último, se indica que “*con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales*”<sup>11</sup>.

Este último precepto posee una singular relevancia debido a que siendo uno de los grandes referentes de la CDFUE, no se limita a reconocer tales derechos, sino que impone a los Estados signatarios un conjunto de garantías para hacerlos realmente efectivos<sup>12</sup>.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto anteriormente, en el ámbito del Derecho de la UE no encontramos una definición jurídica de coordinación, si bien la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -en adelante, TJUE- nos ha aproximado a tal noción, la cual, se caracteriza por las siguientes notas<sup>13</sup>:

1. Coordinación no conlleva unificación ni armonización de sistemas de Seguridad Social.
2. Coordinación tampoco implica la derogación, reforma o modificación de los sistemas nacionales de Seguridad Social coordinados, los cuales se mantienen con todas sus particularidades.
3. La coordinación no veda las competencias soberanas de los Estados para legislar en el ámbito de la Seguridad Social.
4. La coordinación no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para facilitar, en último término, el principio general de la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la UE por lo que respecta al Reglamento (CE) 883/2004.

---

<sup>11</sup>Monereo Pérez, J. L.: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2011, *passim*.

<sup>12</sup>Monereo Pérez, J. L.: “Seguridad Social y ayuda social”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dir. y Coords.) *et al*: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 894.

<sup>13</sup>Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Aproximación a la coordinación de regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. I, núm. 1, 2016, pp. 5 y 6.



5. La coordinación permite proteger los derechos adquiridos y en curso de adquisición de los migrantes en el ámbito de la Seguridad Social, evitando así que dichos trabajadores vean mermados sus derechos y/o expectativas de derecho en materia de Seguridad Social.
6. A través de la técnica de la coordinación, el Reglamento (CE) 883/2004 garantiza a los sujetos incluidos en sus respectivos ámbitos subjetivos de aplicación un trato igual al dispensado a los trabajadores nacionales.

En definitiva, la UE no es competente para establecer sistemas uniformes en materia de Seguridad Social, limitándose su ámbito de actuación al establecimiento de mecanismos o técnicas de coordinación para evitar que los ciudadanos de la Unión Europea puedan verse perjudicados en el acceso a los respectivos sistemas nacionales de Seguridad Social por el hecho de ejercer su libertad de circulación y establecimiento<sup>14</sup>.

Se ha producido una modernización de todo el sistema legislativo a partir del Reglamento (CE) 883/2004 rehusándose de establecer normas mínimas sustantivas armonizadoras o de aproximación de las legislaciones nacionales en materia de prestaciones, a pesar de que cada vez resulta más problemática la inexistencia de una ordenación de normas mínimas europeas que vaya más allá de la simple coordinación entre legislaciones nacionales muy diferentes, constituyendo precisamente el desempleo uno de los arduos problemas al respecto, siendo prueba de ello las iniciativas en curso acerca de la creación de una prestación o seguro comunitario de desempleo básico supranacional para todos los países miembros de la UE que representaría una red de seguridad europea<sup>15</sup>.

La prestación por desempleo pretende garantizar al trabajador una renta económica que sustituya al salario durante el periodo de tiempo transcurrido desde la pérdida del empleo hasta la obtención de un nuevo trabajo. No obstante, un análisis de la protección por desempleo pone de relieve las dificultades de esta cobertura, pudiendo calificar la prestación de esta contingencia como una garantía imperfecta, puesto que los requisitos que se imponen dejan sin protección a los parados, la debilidad de las prestaciones no asegura siempre un nivel de vida suficiente y los límites temporales que se fijan pueden dejar a los trabajadores sin recursos<sup>16</sup>.

Como consecuencia de la crisis económica y social que toda la comunidad internacional aún se encuentra atravesando en la actualidad, la prestación por desempleo adquiere

---

<sup>14</sup>Vicente Palacio, A.: "Concepto. Formación histórica. Fuentes reguladoras. Estructura del sistema español de Seguridad Social", en García Ninet, J. I., García Viña, J. y Vicente Palacio, A. (Dirs.) *et al: Manual básico de Seguridad Social*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2016, p. 36.

<sup>15</sup>Monereo Pérez, J. L.: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, cit., p. 21.

<sup>16</sup>Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Quesada Segura, R.: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 444 y 445.

especial relevancia si se tiene en cuenta que uno de los efectos jurídicos de la recesión contemporánea es la significativa pérdida de puestos de trabajo en la UE<sup>17</sup>.

Sometidos a una gran presión financiera, los regímenes de prestaciones de desempleo se han reformado en las últimas décadas para endurecer y, de este modo, dificultar, el acceso a las mismas, debido al incremento del número de personas desempleadas, que ha originado la reducción de cotizaciones a la Seguridad Social y, por ende, de contribuyentes, así como el aumento de los posibles beneficiarios, lo que justifica la necesidad de encajar y equilibrar una situación en la que cada vez existen más peticionarios y, al mismo tiempo, menos recursos económicos<sup>18</sup>.

Focalizándonos en el tema central objeto de estudio de investigación, esto es, las prestaciones por desempleo, dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) 883/2004 se incluye en la letra h) las prestaciones de desempleo, aplicándose el presente Reglamento “*a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador*”; posteriormente, el texto establece en el Título III disposiciones particulares para las distintas categorías de prestaciones, regulándose en el Capítulo sexto las “*prestaciones de desempleo*” abarcando los artículos 61 a 65; por su parte, en el Reglamento (CE) 987/2009, dentro del Título III rubricado “*disposiciones particulares aplicables a las distintas categorías de prestaciones*” encontramos el Capítulo V titulado “*prestaciones de desempleo*” englobando los artículos 54 a 57<sup>19</sup>.

La finalidad de los preceptos de dichos Reglamentos que regulan la protección por desempleo no es la de instituir un sistema de protección por desempleo en la UE (dado el convencimiento de los Estados miembros de que esta protección está íntimamente relacionada con el ejercicio de la soberanía estatal)<sup>20</sup>, sino la de coordinar las distintas y subsistentes legislaciones y administraciones nacionales en esta materia para facilitar el cumplimiento dicho principio general de la libre circulación de trabajadores dentro del espacio de la Unión<sup>21</sup>, siempre y cuando no se ocasione un enriquecimiento injustificado.

---

<sup>17</sup>Valdúeza Blanco, M<sup>a</sup>. D.: “La protección social de los ciudadanos en el Derecho Comunitario”, en González Ortega, S. (Dir.) *et al*: *La protección social de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 105.

<sup>18</sup>Pieters, D.: “Reflexiones comparativas sobre los regímenes del desempleo en Europa”, en AA.VV.: *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015, p. 923.

<sup>19</sup>Guindo Morales, S.: “La coordinación comunitaria de las prestaciones por desempleo”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 14, 2018, p. 41; Guindo Morales, S.: “La prestación por desempleo y su régimen jurídico en la Seguridad social: la coordinación comunitaria en el Reglamento (CE) núm. 883/2004 y en la normativa complementaria”, en *Revista Alma Mater*, vol. 14, 2017, p. 73.

<sup>20</sup>Miranda Boto, J. M<sup>a</sup>.: “Las sentencias españolas del TJCE en materia de desempleo”, en Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir.) y Chocrón Giráldez, A. M<sup>a</sup>. (Coord.) *et al*: *Migrantes y Derecho: Problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*, Laborum, Murcia, 2006, p. 140.

<sup>21</sup>Mella Méndez, L.: “La prestación por desempleo en el Derecho social comunitario”, en *Revista Noticias de la Unión Europea*, núm. 319, 2011, pp. 15 y 16.

Adentrándonos en el fondo del asunto, el Reglamento (CE) 883/2004 comienza matizando en su artículo 61 cuáles son las normas especiales que se plantean para proceder a la totalización de los periodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia, determinando en su apartado primero que *“la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de haber cubierto períodos de seguro, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro como si se hubieran cubierto bajo la legislación que dicha institución aplica”*.

No obstante lo expresado con anterioridad, *“cuando la legislación aplicable supedita la concesión de determinadas prestaciones al cumplimiento de períodos de seguro, no se tendrán en cuenta los períodos de empleo o de actividad por cuenta propia cumplidos bajo la legislación de otro Estado miembro, salvo en caso de que dichos períodos se hubieran considerado períodos de seguro de haberse cumplido con arreglo a la legislación aplicable”*.

El artículo 61 del precitado Reglamento se refiere a los periodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia, adicionando, por tanto, el trabajo autónomo si la legislación competente computa dichos periodos para acceder a la prestación; ahora bien, se debe dejar claro que la totalización de los periodos de seguro o empleo no es preceptiva cuando la prestación solicitada puede obtenerse únicamente con las cotizaciones realizadas en el país en que se solicita aquella<sup>22</sup>.

Por su parte, el artículo 54 Reglamento (CE) 987/2009, que lleva como rúbrica *“totalización de períodos y cálculo de las prestaciones”* establece en su apartado primero que su artículo 12.1 -relativo a la totalización de los periodos- *“se aplicará mutatis mutandis al artículo 61 del Reglamento de base”*. Además, añade que, *“sin perjuicio de las obligaciones básicas de las instituciones afectadas, el interesado podrá presentar ante la institución competente un documento expedido por la institución del Estado miembro a cuya legislación estuviera sujeto en relación con su último período de actividad laboral por cuenta ajena o por cuenta propia en el que se precisen los períodos cubiertos al amparo de dicha legislación”*.

Para proceder al cálculo de la prestación por desempleo, de conformidad con el primer apartado del artículo 62 del Reglamento de base, *“la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se base en la cuantía de la retribución o de los ingresos profesionales anteriores tendrá en cuenta exclusivamente el sueldo o los ingresos profesionales percibidos por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena o propia con arreglo a dicha legislación”*. Asimismo, según el apartado segundo de dicho Reglamento,

---

<sup>22</sup> Valdeuza Blanco, M<sup>a</sup>. D.: “La protección social de los ciudadanos en el Derecho Comunitario”, en González Ortega, S. (Dir.) *et al: La protección social de los extranjeros en España*, cit., p. 107.

resultará de aplicación lo anteriormente mencionado cuando “*la legislación que aplique la institución competente prevea un período de referencia determinado para establecer la retribución que servirá de base al cálculo de las prestaciones*” y cuando “*el interesado haya estado sujeto durante la totalidad o una parte de ese período a la legislación de otro Estado miembro*”.

Sin embargo, el apartado tercero del artículo 62 establece que no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, en lo concerniente a los trabajadores fronterizos mencionados en la letra a)<sup>23</sup> del apartado 5 del artículo 65, “*la institución del lugar de residencia tendrá en cuenta la retribución o los ingresos profesionales del interesado en el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto durante su última actividad por cuenta ajena o propia, con arreglo al Reglamento de aplicación*” el cual, en su artículo 70, señala que este último Estado fijará la cuantía máxima en cada caso particular tomando como base la cuantía media de las prestaciones de desempleo concedidas en el año civil anterior con arreglo a su legislación<sup>24</sup>.

Por tanto, en virtud de lo anterior, la norma vigente admite la toma en consideración del salario percibido por el interesado en el último empleo por el Estado de residencia; por su parte, el Reglamento de desarrollo aclara las dos siguientes cuestiones de las que se deduce la necesidad de una colaboración administrativa reforzada -artículo 55 Reglamento (CE) 987/2009-<sup>25</sup>:

1. La institución competente del Estado a cuya legislación haya estado sujeta la persona interesada durante su última actividad por cuenta ajena o por cuenta propia debe comunicar sin demora a la institución del lugar de residencia, a solicitud de ésta, todos y cada uno de los datos necesarios para calcular las prestaciones de desempleo que pueda obtener en el Estado de residencia y, en particular, el importe del salario o de los ingresos profesionales recibidos.
2. Cuando la legislación aplicable de la institución nacional competente disponga que el cálculo de las prestaciones cambia según el número de los miembros de la familia, se tendrá en cuenta también a los miembros de la familia del interesado que residan en otro Estado miembro, como si residiesen en el Estado competente. En el mismo sentido que en la norma vigente que trata de evitar la acumulación de prestaciones, esta disposición no se aplicará si en el Estado miembro de residencia de los miembros de la familia, otra persona tiene derecho a

---

<sup>23</sup> La cual dispone que “*las personas desempleadas que se indican en la primera y en la segunda frases del apartado 2 recibirán prestaciones con arreglo a la legislación del Estado miembro de residencia como si hubieran estado sujetas a la legislación de éste durante su último período de actividad como trabajador por cuenta ajena o propia. Estas prestaciones serán otorgadas por la institución del lugar de residencia*”.

<sup>24</sup> Arrieta Idiakez, F. J.: “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en Arrieta Idiakez, F. J. (Coord.) *et al: La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Thomson Reuters-E Aranzadi, Navarra, 2014, p. 222.

<sup>25</sup> Carrascosa Bermejo, D.: “Buenas prácticas respecto de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos en los reglamentos de coordinación de la UE”, en Ramírez Bendala, M<sup>a</sup>. D. (Dir.) *et al: Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social*, Murcia, Laborum, 2015, p. 35.

prestaciones de desempleo para cuyo cálculo se toman en consideración a esos mismos miembros de la familia, evitándose así una sobreprotección injustificada.

Continúa el Reglamento de base analizando en el artículo 64, apartado primero, que la persona desempleada que cumpla con los requisitos de la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones por desempleo y que se desplace a otro Estado miembro de la Unión para buscar un puesto de trabajo en él conservará su derecho a prestaciones de desempleo en metálico, si bien con las siguientes condiciones y dentro de límites que se mencionan a continuación:

*“a) La persona desempleada deberá haberse registrado como demandante de empleo antes de su salida del país y haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente durante al menos cuatro semanas desde el inicio de su situación de desempleo. No obstante, los servicios o instituciones competentes podrán autorizar su salida antes de dicho plazo.*

*b) La persona desempleada deberá registrarse como demandante de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro al que se haya trasladado, someterse al procedimiento de control organizado en éste y cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro. Se considerará cumplido este requisito durante el período previo al registro si el interesado se registra dentro de los siete días posteriores a la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda. En casos excepcionales, los servicios o instituciones competentes podrán prorrogar este plazo.*

*c) El interesado conservará el derecho a las prestaciones durante un período de tres meses a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda, a condición de que la duración total del período durante el cual se facilitan las prestaciones no supere la duración total del período de prestaciones a las que tenía derecho con arreglo a la legislación de dicho Estado; los servicios o instituciones competentes podrán prorrogar dicho período de tres meses hasta un máximo de seis meses.*

*d) Las prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución competente con arreglo a la legislación que aplique”.*

Además, tal y como establece el segundo apartado del artículo 64 Reglamento (CE) núm. 883/2004, *“en caso de que el interesado regresara al Estado miembro competente en la fecha de expiración del período en el que tenga derecho a prestaciones con arreglo a la letra c) del apartado 1, o antes de esa fecha, seguirá teniendo derecho a prestaciones conforme a la legislación de dicho Estado miembro; si no regresara al Estado miembro en la fecha de expiración de dicho período o antes de la misma, perderá todo derecho a prestaciones conforme a la legislación de dicho Estado miembro, salvo que las disposiciones de esa legislación sean más favorables. Además, añade que “en casos excepcionales, los servicios o instituciones competentes podrán*

*permitir a las personas interesadas el regreso en una fecha posterior sin pérdida de su derecho”.*

Por último, el apartado cuarto del mencionado Reglamento de base dispone que “*el Reglamento de aplicación establecerá las condiciones de intercambio de información, cooperación y asistencia recíproca entre las instituciones y servicios del Estado miembro competente y del Estado miembro al que la persona se traslade para buscar trabajo*”. Lo anterior también se encuentra recogido en el artículo 54 Reglamento (CE) núm. 987/2009 el cual, regula las condiciones y límites de la conservación del derecho a las prestaciones para un desempleado que se desplaza a otro Estado miembro.

Supuesto distinto al desplazamiento de personas desempleadas es el que se recoge en el artículo 65<sup>26</sup> Reglamento (CE) 883/2004 referente a aquellos desempleados que residen en un Estado distinto del Estado competente, estableciendo una distinción entre aquellas personas que se encuentran en una situación de desempleo parcial o intermitente y aquellas en situación de desempleo total<sup>27</sup>.

Por tanto, el legislador diferencia las dos siguientes situaciones de desempleo de los fronterizos por cuenta ajena<sup>28</sup> -artículo 65 Reglamento (CE) 883/2004-<sup>29</sup>:

1. Desempleo parcial: es aquella situación en la que existe o se mantiene vínculo contractual entre las partes; así, está en desempleo parcial aquel cuya relación laboral ha quedado en suspenso y cabe en cualquier momento su reanudación; también se ha entendido que se encuentra en esta situación el fronterizo que, inmediatamente después del fin de una relación laboral a tiempo completo con un empresario en un Estado miembro de la UE, es contratado a tiempo parcial por otro empresario en ese mismo país<sup>30</sup>. En este supuesto, el trabajador ha de solicitar las prestaciones por desempleo ante la legislación del Estado competente, esto es, el del empleo, como si residiese en ese Estado, manteniéndose, por tanto, la regla general, y se prioriza la aplicación de la

---

<sup>26</sup>Respecto a la determinación de la legislación aplicable, el artículo 11.3.c) Reglamento (CE) núm. 883/2004 establece que “*la persona que reciba una prestación de desempleo de conformidad con el artículo 65 en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia estar á sujeta a la legislación de dicho Estado miembro*”.

<sup>27</sup>Arrieta Idiákez, F. J.: “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en Arrieta Idiákez, F. J. (Coord.) *et al: La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, cit., p. 220.

<sup>28</sup>El artículo 65.2 del mismo texto legal establece una norma específica para los trabajadores fronterizos por cuenta propia en desempleo total en previsión de que no todos los Estados contemplen prestaciones de “desempleo” o cese de actividad a su favor y con el objetivo de evitar un vacío de cobertura. En este sentido, *vid.* Ortega Lozano, P. G.: “La protección social por cese de actividad de los trabajadores autónomos”, en AA.VV.: *La protección por desempleo en España*, Murcia, Laborum, 2015, *passim*.

<sup>29</sup>Carrascosa Bermejo, D.: “Buenas prácticas respecto de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos en los reglamentos de coordinación de la UE”, en Ramírez Bendala, M<sup>a</sup>. D. (Dir.) *et al: Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social*, cit., pp. 27 y 28.

<sup>30</sup>*Vid.* STJUE, de fecha 5 de febrero de 2015 [TJCE 2015\2].

legislación del Estado de empleo donde su relación laboral continúa, ya que sólo está suspendida.

2. Desempleo total: se produce cuando se ha rescindido o extinguido completamente la relación laboral. A este colectivo, tal y como se establece en el apartado 13º de la Exposición de Motivos del Reglamento (CE) núm. 987/2009 y ha confirmado el TJUE<sup>31</sup>: a) se les aplica en exclusiva la Ley del Estado de residencia a efecto del reconocimiento de prestaciones de desempleo, como si hubiera estado sometido a la legislación de ese Estado mientras ocupaba su último empleo, tratándose de una ficción jurídica que exceptúa la regla general de competencia de la *Lex Loci Laboris*; y b) se les permite ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado donde trabajaron en último lugar, pero única y exclusivamente a efectos de políticas activas de empleo, pues no es posible solicitar en el Estado de empleo prestaciones de desempleo.

Por tanto, el legislador no descarta que los fronterizos que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente se pongan simultáneamente a disposición de los servicios de empleo de los Estados miembros involucrados (el de empleo y el de residencia) optimizando así sus opciones de encontrar un nuevo empleo; debiendo informar de tal intención a la Institución y a los servicios de empleo de su lugar de residencia que es quien abona, en su caso, las prestaciones de desempleo, pudiendo los servicios del último Estado de empleo pedir a los del Estado de residencia que transmitan los datos pertinentes relativos a la inscripción y a la búsqueda de trabajo del desempleado (artículo 56 del Reglamento (CE) núm. 987/2009); obviamente, el Estado de residencia que abona las prestaciones podrá imponer prioritariamente el cumplimiento de determinadas obligaciones y/o actividades de búsqueda de empleo al desempleado, no afectando de manera negativa el incumplimiento por este de tales obligaciones en el Estado miembro en que haya ejercido su última actividad a las prestaciones concedidas en el Estado de residencia<sup>32</sup>.

Por último, de conformidad con el apartado tercero del artículo precitado, “*a los efectos de la aplicación del artículo 65, apartado 5, letra b), del Reglamento de base, la institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto el trabajador en último lugar indicará a la institución del lugar de residencia, a petición de esta, si el trabajador tiene derecho a las prestaciones en virtud del artículo 64 del Reglamento de base*”.

En virtud de todo lo expuesto anteriormente, podemos concluir que el régimen de exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación de los Reglamentos (CE) núm. 883/2004 y 987/2009 se desarrolla en los artículos 63 a 65 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 y en los artículos 55 y 56 del Reglamento (CE) núm. 987/2009, advirtiéndose que estos preceptos ponen de manifiesto cómo el principio de la libre

<sup>31</sup>Vid. STJUE, de fecha 11 de abril de 2013 [TJCE 2013\351].

<sup>32</sup>Carrascosa Bermejo, D.: “Buenas prácticas respecto de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos en los reglamentos de coordinación de la UE”, en Ramírez Bendala, M<sup>a</sup>. D. (Dir.) *et al: Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social*, cit., pp. 34 y 35.

circulación de trabajadores y, por ende, los principios de conservación de los derechos adquiridos en materia de Seguridad Social y de exportación de prestaciones, alcanzan no sólo a los trabajadores migrantes en activo, sino también a las personas desempleadas, que mantendrán el disfrute de la prestación por desempleo cuando se desplazan a otro Estado miembro para buscar un empleo<sup>33</sup>.

Por tanto, los nuevos Reglamentos de coordinación introducen diversos cambios y novedades en el régimen de exportación de la prestación por desempleo respecto a la regulación anterior, siendo los más relevantes los siguientes, a saber<sup>34</sup>:

- La supresión de la cláusula de residencia: que es extensible, con carácter general, a todas las prestaciones económicas -artículo 7 Reglamento (CE) 883/2004<sup>35</sup>-, a diferencia del artículo 10 del Reglamento (CEE) 1408/71, que únicamente la extendía a *las prestaciones en metálico de invalidez, de vejez o de supervivencia, las rentas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional y los subsidios*, omitiendo la referencia expresa al desempleo -aunque se entendía incluida-.
- Las personas desempleadas fronterizas: el Reglamento (CE) 883/2004 incorpora varias novedades, tales como: a) el deber de inscribirse en los servicios públicos de empleo del último Estado miembro de empleo -en caso de desempleo parcial- o del Estado miembro de residencia -en caso de desempleo total-; b) la posibilidad que dispone el desempleado fronterizo total de estar inscrito simultáneamente tanto en los servicios de empleo del Estado de residencia -obligatorio- como del último Estado de empleo -opcional-, aunque la prestación se abone únicamente con cargo al Estado de residencia; c) el reconocimiento expreso a las personas fronterizas en situación de desempleo total de la posibilidad de exportar la prestación por desempleo desde el Estado de residencia hacia otro Estado miembro -el último Estado de empleo u otro diferente- con el objetivo de buscar un empleo.
- La exportación de la prestación por desempleo parcial: a diferencia del artículo 69.1 del Reglamento (CEE) 1408/71, que limitaba la exportación a los trabajadores en desempleo total, el Reglamento (CE) 883/2004 no precisa nada

---

<sup>33</sup>Areta Martínez, M.: “Coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social y exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004” en AA.VV.: *El futuro europeo de la protección social*, cit., p. 3.

<sup>34</sup>*Ibidem*, pp. 13 y 14.

<sup>35</sup>El cual dispone que “*salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudor*”. Además, el artículo 63 titulado “*disposiciones especiales para la supresión de las cláusulas de residencia*”, estipula que “*a efectos del presente capítulo, el artículo 7 se aplicará únicamente en los casos previstos en los artículos 64 y 65—es decir, en los supuestos de desplazamiento de desempleados a otro Estado miembro y de personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente—y con las limitaciones que en ellos se establecen*”.



al respecto, dejando la puerta abierta a que los trabajadores en desempleo parcial también puedan exportar.

- El contenido del certificado E-303 que la persona desempleada solicitará para exportar la prestación por desempleo antes de desplazarse a otro Estado miembro: omite toda referencia a la cuantía de la prestación que se ha de abonar al desempleado con arreglo a la legislación del Estado competente -artículo 55.1 Reglamento (CE) 987/2009-, a diferencia del artículo 83.1.a) del Reglamento (CEE) 574/1972, que hacía mención expresa a este punto.
- La prórroga del período de exportación de la prestación por desempleo: es posible hasta un máximo de 6 meses, cuando así lo autoricen los servicios o instituciones del Estado competente, a diferencia del artículo 69.2 del Reglamento (CEE) 1408/71, que únicamente establecía la posibilidad de ampliar el plazo en casos excepcionales y por los servicios o instituciones competentes, sin concretar el período de ampliación. El período de exportación de la prestación por desempleo podrá sobrepasar el plazo de 6 meses cuando “*la legislación del Estado miembro competente sea más favorable*” y, por tanto, prevea un plazo superior, previsión no recogida en el Reglamento (CEE) 1408/71.
- El número de exportaciones de la prestación por desempleo: el Reglamento (CE) 883/2004 no limita el número de veces que una misma prestación por desempleo puede exportarse, a diferencia del artículo 69.3 del Reglamento (CEE) 1408/71, que limitaba la exportación a “*una vez entre dos períodos de actividad*”.
- El pago de la prestación por desempleo durante el período de exportación: ya no corresponde a la institución del Estado de destino -artículo 70.1 Reglamento (CEE) 1408/71- sino a la institución del Estado competente, de ahí la omisión a la cuantía de la prestación en el certificado E-303.
- La conservación del derecho a la prestación cuando se retorna al Estado competente tras el vencimiento del período de exportación: el artículo 64.2 del Reglamento (CE) 883/2004 señala que el interesado no perderá el derecho aunque regrese al Estado competente tras el vencimiento del período máximo de exportación si la legislación del Estado competente es más favorable o si los servicios o instituciones del Estado competente permiten el regreso en fecha posterior -esta previsión no se contemplaba en el Reglamento (CEE) 1408/71-.
- Los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009 refuerzan la cooperación entre los Estados, competente y de destino. Además, las competencias de estos dos estados cambian; así, el Estado de destino ya no abona la prestación por desempleo durante el período de exportación y su competencia principal es la de control. Por su parte, el Estado competente es quien abona la prestación.

Por último, el artículo 57 Reglamento (CE) 987/2009 regula las disposiciones de aplicación de los artículos 61, 62, 64 y 65 del Reglamento (CE) 883/2004 concernientes a las personas aseguradas en un régimen especial de funcionarios, el cual, por un lado, dispone que “*los artículos 54 y 55 del Reglamento de aplicación -relativos a la totalización de períodos y cálculo de las prestaciones y a las condiciones y límites de la conservación del derecho a las prestaciones para un desempleado que se desplaza a otro Estado miembro- se aplicarán mutatis mutandis a las personas aseguradas en un régimen especial de desempleo para funcionarios; y, por otro, que “el artículo 56 del Reglamento de aplicación -sobre las personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente- no se aplicará a las personas aseguradas en un régimen especial de desempleo para funcionarios. Además, añade que “el desempleado acogido a un régimen especial de desempleo para funcionarios, que se encuentre en situación de desempleo total o parcial, y que haya residido, mientras ocupaba su último empleo, en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente, disfrutará de las prestaciones previstas en el régimen especial de funcionarios de conformidad con las disposiciones de la legislación del Estado miembro competente como si residiese en el territorio de ese Estado miembro”*”, las cuales se abonarán por la institución competente, a su cargo.

## **II. LA RECIENTE PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO: ASPECTOS GENERALES**

La Comisión Europea financió una red de expertos sobre Seguridad Social Europea denominada *Free movement of workers and Social security Coordination* -y que responde a las siglas FreSsco- habiendo presentado varios informes muy útiles sobre esta cuestión. En efecto, tras varias consultas y estudios al respecto, la Comisión propuso en diciembre del año 2016, como parte de su paquete de movilidad laboral, la revisión de Reglamento (CE) 883/2004 y del Reglamento de aplicación (CE) 987/2009, con la finalidad de responder a la realidad social y económica cambiante actual<sup>36</sup>, que se ha materializado en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2016, por el que se modifican el Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004<sup>37</sup>.

De conformidad con la Propuesta, el derecho de los ciudadanos de la UE y de sus familiares a desplazarse libremente y a residir en cualquier país de la Unión es una de las cuatro libertades fundamentales consagradas en los Tratados de la UE -libertad de circulación de personas y de trabajadores, de establecimiento, de servicios y de capitales-, no siendo posible la movilidad de estas personas si no estuvieran protegidos los derechos en materia de Seguridad Social.

---

<sup>36</sup>Ortega Lozano, P. G.: “Las prestaciones por desempleo y cese de actividad en España y su coordinación en la Unión Europea: el Reglamento (CE) núm. 883/2004. Análisis comparativo con el régimen jurídico general de Seguridad Social del trabajador asalariado”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018, *passim*.

<sup>37</sup>COM/2016/0815 final - 2016/0397 (COD).

Específicamente, según su Exposición de Motivos, la finalidad de la Propuesta es facilitar aún más el ejercicio de los derechos de los ciudadanos a la vez que garantizar la claridad jurídica, una distribución justa y equitativa de la carga financiera entre los Estados miembros, así como la simplificación administrativa y medidas para garantizar el cumplimiento de las normas. Se pretende, en definitiva, conseguir un sistema más moderno de coordinación de la Seguridad Social que responda a la actual realidad social y económica de los Estados miembros de la Unión.

Con tal objetivo, la Propuesta se centra en cuatro ámbitos de coordinación que deben mejorarse: en primer lugar, el acceso de los ciudadanos que no ejercen una actividad económica a las prestaciones sociales, en segundo lugar; las prestaciones por cuidados de larga duración; en tercer lugar, las prestaciones por desempleo; y, por último, las prestaciones familiares.

Continuando con la línea expuesta de responder a la realidad social y económica de la Unión Europea, en términos generales, la Propuesta de Reglamento de modificación persigue, entre otros objetivos, los siguientes<sup>38</sup>:

1. Conceder a las autoridades nacionales mejores herramientas e instrumentos para verificar la situación en cuanto a la Seguridad Social de los trabajadores desplazados con el objetivo de responder mejor a las prácticas que puedan ser injustas y a los abusos existentes.
2. En lo referente a las prestaciones por desempleo, además de una nueva norma que prevé que transcurra un período de tres meses antes de poder totalizar los períodos de seguro o empleo, se pretende que los trabajadores puedan exportar sus prestaciones por desempleo durante seis meses -en lugar de tres- con la finalidad de buscar trabajo en otro Estado miembro. Igualmente, los trabajadores transfronterizos, tras un año de empleo en un Estado miembro, tendrán la posibilidad de solicitar prestaciones por desempleo en dicho Estado en vez de en el de residencia. En este mismo sentido, también existen variaciones sobre la determinación de qué Estado miembro es responsable del pago de prestaciones por desempleo a trabajadores fronterizos y a otros trabajadores transfronterizos.
3. Respecto a las prestaciones por cuidados de larga duración, la Propuesta se encarga de definir tales prestaciones y aquellos casos en los que los ciudadanos móviles pueden solicitarlas en un capítulo aparte -separándose del capítulo que versa sobre la enfermedad-.

---

<sup>38</sup>*Vid.* Schmid-Drüner, M.: “La cobertura de Seguridad Social en otros Estados miembros de la Unión”, *passim*. Página Web: [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_2.3.4.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_2.3.4.pdf); Ortega Lozano, P. G.: “Las prestaciones por desempleo y cese de actividad en España y su coordinación en la Unión Europea: el Reglamento (CE) 883/2004. Análisis comparativo con el régimen jurídico general de Seguridad Social del trabajador asalariado”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, cit., *passim*.

4. Las prestaciones familiares destinadas a reemplazar los ingresos durante los períodos de crianza de los hijos se van a plantear como derechos individuales y personales, concediendo al Estado con competencias secundarias el derecho a pagar al segundo progenitor la prestación en su totalidad, lo que eliminará posibles factores financieros que desincentiven que ambos progenitores se beneficien de un permiso parental durante el mismo período.
5. La Propuesta pretende armonizar las normas jurídicas vigentes a la reciente jurisprudencia dictada por el TJUE, especialmente las sentencias referentes al acceso a las prestaciones sociales por parte de los ciudadanos que no ejerzan actividad económica.
6. Por último, con el propósito de impulsar la movilidad laboral, la Comisión se encuentra preparando -documento que saldrá, de manera previsible, en los primeros meses de este mismo año 2018- una Propuesta de creación de un número de Seguridad Social europeo para facilitar las relaciones entre los ciudadanos y las autoridades así como a agilizar la cooperación administrativa entre los Estados miembros.

En cualquier caso, se debe recordar que todas estas propuestas aún se encuentran en pleno debate en la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo. Sin embargo, creemos que esta Propuesta de Reglamento sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social saldrá adelante puesto que impera la idea de que la movilidad de los trabajadores no sólo contribuirá a facilitar una asignación de recursos más eficiente entre distintos sectores y dentro de un mismo sector, sino también a disminuir el nivel de desempleo<sup>39</sup>.

### **III. LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO**

De conformidad con la Propuesta, esta se centra en cuatro ámbitos de coordinación en los que es necesario mejorar, constituyendo precisamente uno de ellos las prestaciones por desempleo.

Para esta concreta materia se proponen nuevas disposiciones para la coordinación de las prestaciones por desempleo en casos fronterizos, las cuales se refieren a la totalización de los períodos de seguro para crear o mantener el derecho a las prestaciones por desempleo, a la exportación de tales prestaciones y, por último, a la determinación de qué Estado miembro de la UE es el responsable de abonar dichas prestaciones por desempleo a los trabajadores fronterizos y a otros trabajadores transfronterizos.

---

<sup>39</sup>Ortega Lozano, P. G.: “Las prestaciones por desempleo y cese de actividad en España y su coordinación en la Unión Europea: el Reglamento (CE) núm. 883/2004. Análisis comparativo con el régimen jurídico general de Seguridad Social del trabajador asalariado”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, cit., *passim*.

En el procedimiento seguido para realizar esta Propuesta de Reglamento, se consultó a las partes interesadas en varias ocasiones: en primer lugar, se consultó a los Estados miembros en el marco de la Comisión Administrativa; en segundo lugar, se consultó a las administraciones nacionales mediante una encuesta especializada en línea sobre la exportación de las prestaciones por desempleo y la coordinación de las prestaciones por desempleo para trabajadores fronterizos; en tercer lugar, se dedicó una audiencia a consultar a los interlocutores sociales respecto a la coordinación de las prestaciones por desempleo para trabajadores fronterizos y la exportación de prestaciones por desempleo en el marco del Comité Consultivo de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, así como sobre la coordinación de las prestaciones por desempleo; en cuarto lugar, se dedicó un seminario de consulta a ONG acerca de las prestaciones por desempleo; y, por último, en quinto lugar, en el mes de diciembre del año 2012 se iniciaron dos consultas en línea concernientes a la exportación de las prestaciones por desempleo y la coordinación de las prestaciones por desempleo para trabajadores fronterizos y, en el mes de julio del año 2015, específicamente sobre la coordinación de las prestaciones por desempleo.

Por otro lado, de conformidad con la evaluación de impacto de las posibles opciones políticas en relación con la coordinación de las prestaciones por desempleo, según la Propuesta de Reglamento:

En cuanto a la totalización de las prestaciones por desempleo, la opción preferida fue la de exigir un período de carencia mínimo de un seguro de tres meses en el Estado miembro donde se ha ejercido la actividad más reciente antes de que se tenga derecho a totalizar los períodos de seguro anteriores, a la vez que se exige al Estado miembro del empleo anterior que proporcione prestaciones en el caso de que no se cumpla este requisito.

Esta opción se prefiere a otras que permiten la totalización después de solo un día o un mes de seguro, o que admiten que se reciban ingresos de referencia en un Estado miembro donde se ha ejercido la actividad anterior para que se tenga en cuenta el cálculo de las prestaciones por desempleo tras uno o tres meses de empleo en el Estado miembro competente. Se considera que la opción preferida garantizará una relación más estrecha entre las instituciones competentes para proporcionar las prestaciones por desempleo y dará lugar a unos ahorros de posiblemente 41 millones de euros, aunque con una distribución de costes dispar entre los Estados, no habiendo ningún impacto relevante sobre los costes de reglamentación.

Por ende, salvo los trabajadores transfronterizos a los que se hace referencia en el artículo 65, apartado 2, las normas sobre totalización de períodos de seguro a los efectos de conceder el derecho a prestaciones por desempleo deben estar supeditadas a la condición de que el asegurado haya cumplido en último lugar un periodo mínimo de carencia de tres meses. Para el resto de supuestos, es decir, para los asegurados que no cumplan este requisito, la competencia recae en el Estado competente anterior. En dicho supuesto, el registro en los servicios de empleo del Estado en el que haya estado asegurado en último lugar debe tener el mismo efecto que el registro en los servicios de

empleo del Estado de aquel en el que el desempleado había estado asegurado con anterioridad.

La totalización de periodos de seguro en el espacio europeo<sup>40</sup> es otro de los principios del Reglamento (CE) 883/2004 que se aplica en los casos en que la legislación nacional exija que un trabajador haya estado asegurado o empleado durante un concreto periodo de tiempo antes de tener derecho a determinadas prestaciones. A estos efectos, el Estado miembro competente, a la hora de decidir si un trabajador cumple o no los requisitos establecidos respecto a la duración del período de seguro o de empleo, debe tener en cuenta los períodos de seguro y de empleo completados de acuerdo con la legislación de otro Estado.

Por tanto, a través de este principio de asimilación se pretende proteger al trabajador migrante mediante la equiparación de las situaciones o hechos análogos que se hayan producido en el marco de un sistema legal diferente, creándose de este modo la ficción jurídica de que todos ellos se producen en el territorio del Estado cuya legislación nacional de Seguridad Social resulta de aplicación; a tal fin, se instauran los instrumentos de la totalización de periodos y la cláusula *pro rata temporis*<sup>41</sup>. En definitiva, el propósito de la totalización consiste en evitar la pérdida de los derechos adquiridos, es decir, consolidados o en curso de adquisición en otro país por el trabajador migrante.

Respecto a la exportación de las prestaciones por desempleo, la opción preferida es la de ampliar -de tres a seis meses- el período mínimo para la exportación de las prestaciones por desempleo, a la vez que se admite la posibilidad de exportar dicha prestación para todo el período de derecho a las prestaciones. Esta medida se combinará con un mecanismo de cooperación reforzada para ayudar a los solicitantes de empleo a buscar trabajo, lo que aumentará sus posibilidades de volver a incorporarse al mercado de trabajo.

Se prefiere esta opción a la alternativa de conceder un derecho a exportar las prestaciones de desempleo para todo el período de derecho a las prestaciones, puesto que no conllevará un impacto económico importante ni elevados costes de aplicación, ya que única y exclusivamente se exige al Estado competente que exporte las prestaciones para las que ya existe un derecho.

La exportabilidad de las prestaciones<sup>42</sup> es otro de los principios del Reglamento (CE) 883/2004 que implica que las prestaciones de Seguridad Social pueden percibirse en todo el territorio de la UE y prohíbe que los Estados reserven el pago de prestaciones a las personas que residan en ellos. Además, se eliminan las cláusulas de residencia relativas a las prestaciones en metálico, evitando así que el cambio de residencia de la persona beneficiaria a otro Estado miembro suponga la minoración, modificación,

---

<sup>40</sup>Artículo 6 del Reglamento (CE) núm. 883/2004.

<sup>41</sup> Monereo Pérez, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, cit., pp. 22 y ss.

<sup>42</sup>Artículos 63 y 70.3 del Reglamento (CE) núm. 883/2004.

suspensión, supresión o confiscación de la cuantía de la prestación que le haya sido reconocida, conservando, por tanto, el trabajador sus derechos<sup>43</sup>. Ahora bien, este principio no se aplica a todas las prestaciones de Seguridad Social, ya que existen normas especiales en caso de desempleo.

Por último, en lo referente a la coordinación de las prestaciones por desempleo para los trabajadores fronterizos y otros trabajadores transfronterizos, la opción preferida es la que hace recaer en el Estado miembro del empleo más reciente la responsabilidad del pago de las prestaciones por desempleo cuando el trabajador fronterizo haya trabajado allí durante al menos un año; atribuyendo, en caso contrario, tal responsabilidad al Estado miembro de residencia. Por ende, se eliminará el actual procedimiento de reembolso. Se prefiere esta opción a las alternativas consistentes en dar a elegir a los trabajadores fronterizos dónde solicitar las prestaciones por desempleo, o de hacer que el Estado miembro del empleo más reciente sea responsable del abono de las prestaciones por desempleo en todo caso. Se calcula que esta opción aumentará el coste económico de 416 millones a 442 millones de euros y reducirá los costes de reglamentación de 9'9 millones a 3'7 millones de euros.

En suma, de conformidad con la Propuesta de Reglamento, ofreciéndose una explicación más minuciosa sobre las disposiciones específicas de la Propuesta con respecto a los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009 ésta se estructura en torno a 3 artículos -más un anexo que incluye las modificaciones de los actuales anexos del Reglamento de base-, de los cuales sólo nos interesan, a efectos de las prestaciones por desempleo, los artículos primero y segundo -puesto que el tercero simplemente especifica que la Propuesta de Reglamento entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la UE, siendo obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro-.

## **A. MODIFICACIONES GENERALES DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 883/2004**

El artículo 1 de la Propuesta de Reglamento hace referencia a las modificaciones del Reglamento de base, en virtud del cual:

- Se modifica el artículo 61 -concerniente a las normas especiales sobre totalización de períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia- para eliminar las disposiciones especiales de totalización que figuran en el apartado 1 actual. En su lugar se aplicarán las disposiciones generales de totalización del artículo 6, de forma que, en caso necesario, los períodos de seguro, de empleo, o de actividad por cuenta propia completados en un Estado

---

<sup>43</sup>Monereo Pérez, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados”, en *Revista de Derecho Migratorio y Eantes: inmigración laboral y refugiados*”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, cit., pp. 22 y ss.

<sup>43</sup>Artículos 63 y 70.3 del Reglamento (CE) núm. 883/2004.

<sup>43</sup>Monereo Pérez, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migranxtranjería”, cit., pp. 22 y ss.

miembro anterior sean tenidos en cuenta por el Estado miembro en el que se haya ejercido el último período de actividad, con la condición de que los últimos períodos de seguro, de empleo, o de actividad por cuenta propia hayan sido completados en ese Estado y hayan durado al menos tres meses.

- Se modifica el artículo 64 -relativo al desplazamiento de desempleados a otro Estado miembro- para ampliar, de tres meses a seis meses, el plazo mínimo para que los solicitantes de empleo desempleados que busquen trabajo en otro Estado miembro puedan solicitar la exportación de las prestaciones por desempleo -o hasta el resto del período del derecho, si este es inferior a seis meses-. Además, se confiere a los Estados la posibilidad de ampliar el plazo de seis meses hasta que acabe el período del derecho a prestaciones por desempleo en el Estado miembro competente.

La finalidad de tal ampliación es triple: en primer lugar, dar más oportunidades a los desempleados que se desplazan a otro Estado miembro en busca de trabajo; en segundo lugar, aumentar sus posibilidades de reintegrarse en el mercado laboral; y, en tercer lugar, abordar los desajustes de las capacidades a cada lado de la frontera.

- Se añade un nuevo artículo 64 *bis* que complementa al artículo 61 -concerniente a las normas especiales sobre totalización de períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia-, que establece de que los desempleados que se trasladen a vivir a otro Estado miembro y se queden sin empleo después de un período inferior a tres meses de actividad laboral asegurada, soliciten que se exporten sus prestaciones por desempleo en metálico desde el Estado miembro del seguro anterior. Para ello, deberán registrarse en los servicios de empleo del país en el que se haya ejercido el último período de actividad y cumplir las obligaciones que se exigen a los beneficiarios de prestaciones de desempleo en virtud de la legislación nacional.
- Se modifica el artículo 65 -sobre las personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente- con la finalidad de introducir nuevas disposiciones para el pago de prestaciones por desempleo a los trabajadores fronterizos y otros trabajadores transfronterizos que, durante su último período de actividad laboral, hayan residido fuera del Estado miembro competente.

En el primer apartado se estipula que se trate a dichas personas como si residieran en el Estado miembro competente, garantizando así una mayor igualdad de trato para los trabajadores fronterizos y transfronterizos, y asegurando que los trabajadores fronterizos perciban prestaciones por desempleo del Estado miembro donde hayan ejercido la última actividad.



Precisamente, otro de los cuatro principios en los que se basa el Reglamento base de coordinación es la igualdad de trato<sup>44</sup>, el cual significa que los trabajadores por cuenta ajena o propia de otros Estados miembros de la UE deben tener los mismos derechos que los ciudadanos del país de acogida, aunque no se trata de un principio incondicionado<sup>45</sup>.

El principio de igualdad de trato constituye el núcleo de la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social de la UE y supera de forma cualitativa los criterios de reciprocidad típicos de los convenios internacionales bilaterales. Se trata, pues, de garantizar a la persona migrante el mismo trato que el que reciben los nacionales del territorio en que se encuentra trabajando, concediéndosele los mismos derechos y deberes, y prohibiendo cualquier clase de discriminación por razón de la nacionalidad<sup>46</sup>.

En el segundo apartado se establece que las personas que hayan trabajado durante menos de doce meses en el Estado competente reciban prestaciones del Estado de residencia. Sin embargo, un trabajador que tenga derecho a prestaciones por desempleo en virtud de la legislación nacional del Estado miembro competente sin basarse en el principio de totalización del artículo 6 podrá optar por recibir las prestaciones por desempleo de dicho Estado miembro.

En el tercer apartado se dispone una excepción a la obligación normal en virtud del artículo 64, apartado 1, letra a), de que cualquier desempleado que desee exportar sus prestaciones por desempleo debe llevar registrado al menos cuatro semanas en los servicios de empleo del Estado miembro competente. Aplicándose esta excepción en el caso de una persona en situación de desempleo total que decida buscar trabajo en su Estado miembro de residencia y formule una solicitud para todo el período de derecho a una prestación por desempleo.

En penúltimo lugar, el cuarto apartado concede a dichas personas la opción de registrarse en los servicios de empleo del Estado miembro de residencia o en aquel en el que se haya ejercido la actividad anterior.

Y, por último, en el apartado quinto se aclara que los apartados 2 a 4 no son aplicables a las personas que estén en situación de desempleo parcial o intermitente, puesto que tales personas solo tienen derecho a solicitar prestaciones por desempleo en el Estado en el que se haya ejercido la actividad anterior.

---

<sup>44</sup>Artículo 4 del Reglamento (CE) núm. 883/2004.

<sup>45</sup>Monereo Pérez, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, cit., pp. 22 y ss.

<sup>46</sup>Arrieta Idiákez, F. J.: “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en Arrieta Idiákez, F. J. (Coord.) et al: *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Thomson Reuters-E Aranzadi, Navarra, 2014, p. 186.

- Se introduce el artículo 87 *ter* con el objetivo de especificar las disposiciones transitorias en relación con las modificaciones introducidas por la Propuesta de Reglamento. Todas tienen carácter estándar, salvo el apartado 4, en el que se introducen disposiciones transitorias especiales para la coordinación de las prestaciones por desempleo para los antiguos trabajadores fronterizos. A estos efectos se prevé que las disposiciones vigentes seguirán aplicándose con respecto a las prestaciones que se hayan concedido a las personas antes de la entrada en vigor de las nuevas disposiciones.

## **B. MODIFICACIONES GENERALES DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 987/2009**

Por su parte, el artículo 2 de la Propuesta de Reglamento se refiere a las modificaciones del Reglamento de aplicación, según el cual:

- Se modifica el apartado 4 del artículo 55 con el fin de reforzar el procedimiento de control mencionado en el párrafo tercero al hacer que los informes mensuales de seguimiento sean preceptivos.
- Se modifica el apartado 7 del artículo 55 -relativo a las condiciones y límites de la conservación del derecho a las prestaciones para un desempleado que se desplaza a otro Estado miembro- para establecer que las disposiciones vigentes que tratan sobre la exportación de las prestaciones por desempleo se apliquen, *mutatis mutandis*, en el caso de las exportaciones basadas en el nuevo artículo 64 *bis* del Reglamento de base.
- Se inserta el nuevo artículo 55 *bis*, de conformidad con el artículo 64 *bis* del Reglamento de base, con el propósito de garantizar que la institución competente del Estado miembro del seguro anterior reciba toda la información necesaria para evaluar el derecho a prestaciones por desempleo para la persona de que se trate.
- Se modifica el artículo 56 -acerca de las personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente- para reflejar las modificaciones introducidas en el artículo 65 del Reglamento de base.
- Se suprime el artículo 70 -concerniente al reembolso de las prestaciones de desempleo- como resultado de las modificaciones del artículo 65 del Reglamento de base, que elimina las normas de reembolso de las prestaciones por desempleo para antiguos trabajadores fronterizos.
- Y, por último, se modifica el artículo 93 -acerca de las disposiciones transitorias- y se inserta el artículo 94 *bis* para hacer referencia a las disposiciones transitorias del artículo 87 *ter* del Reglamento de base y a las disposiciones transitorias específicas para la coordinación de las prestaciones por desempleo para los antiguos trabajadores fronterizos.

#### IV. CONCLUSIONES

Los divergentes sistemas nacionales de Seguridad Social en la UE han propiciado la creación de Reglamentos de coordinación de las prestaciones de Seguridad Social con la finalidad de determinar en qué sistema nacional debe estar asegurado o protegido un ciudadano de la UE en caso de tratarse de dos o más países. De este modo, se trate de evitar tanto la concurrencia de diferentes legislaciones aplicables, como las dificultades que podría acarrear, renunciando, por el momento, a utilizar la técnica de armonización de las legislaciones nacionales -a pesar de que cada vez es más problemática la inexistencia de una ordenación de normas mínimas europeas-.

Estas medidas en materia de Seguridad Social pretenden impedir que los ciudadanos de la UE que trabajen y residan en un Estado miembro distinto al suyo de origen pierdan una parte o todos sus derechos de Seguridad Social, ya que la incertidumbre sobre los derechos generados en un Estado desmotivaría a un ciudadano europeo para desplazarse por la UE si no se le garantiza que tendrá los mismos derechos que si no hubiera ejercido su derecho a la libre circulación de trabajadores en la Unión.

Sin embargo, los requisitos establecidos por los distintos Estados miembros para poder acceder a la prestación por desempleo son múltiples, complicando aún más si cabe la coordinación de esta materia.

Al respecto, se han introducido en las últimas décadas modificaciones drásticas para modernizar el sistema de coordinación de la Seguridad Social a fin de que responda a la actual realidad social y económica de la UE. Una de estas medidas ha sido la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, de fecha 13 de diciembre de 2016, la cual se centra en las prestaciones por desempleo -entre otras- como uno de los cuatro ámbitos de coordinación en los que es necesario mejorar, cuyo objetivo principal es el de facilitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al mismo tiempo que garantizar la claridad jurídica, una distribución justa y equitativa de la carga financiera entre los Estados miembros, así como la simplificación administrativa y medidas para garantizar el cumplimiento de las normas, siendo sus principales

Tras 14 años desde la entrada en vigor del Reglamento (CE) 883/2004, los cambios propuestos son adecuados para resolver ciertos problemas que se han ido detectando a lo largo de estos años sobre las prestaciones por desempleo, puesto que mejoran los derechos de seguridad social de los ciudadanos europeos que ejercen libremente su derecho a la circulación en la Unión, en el sentido de facilitar el ejercicio de los mismos al mismo tiempo que garantizar la claridad jurídica, una distribución justa e igualitaria de la carga financiera entre los Estados miembros de la Unión Europea, así como la simplificación administrativa. Todo ello, con la finalidad de modernizar el sistema de coordinación comunitaria de las prestaciones por desempleo.

Por ende, seguramente esta Propuesta de Reglamento saldrá adelante -con alguna que otra modificación final- ya que impera la idea de que la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión Europea es una vía que facilita la eficiencia de la asignación de recursos entre distintos sectores y dentro de un mismo sector y que reduce las preocupantes tasas de desempleo actuales.

Recibido: 11.05.2018. Aceptado: 22.05.2018.

**LA PROTECCIÓN POR “DESEMPLEO” DEL TRABAJADOR POR CUENTA PROPIA Y SU PORTABILIDAD EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL A PROPÓSITO DE LA PROPUESTA DE REFORMA DEL REGLAMENTO COMUNITARIO SOBRE COORDINACIÓN.**

**THE UNEMPLOYMENT BENEFIT OF THE SELF-EMPLOYED PERSON AND ITS PORTABILITY IN THE SOCIAL SECURITY SYSTEMS CONCERNING THE PROPOSAL AMENDING REGULATIONS OF THE EUROPEAN UNION RELATING TO COORDINATION**

**POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO**

Profesor Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada.

ORCID ID: 0000-0002-0235-4924

## **RESUMEN**

La materia de estudio se centra en la protección por desempleo del trabajador autónomo o por cuenta propia -modelo de aseguramiento mixto, en el sentido de que es obligatorio para unos y voluntario para otros- y en su coordinación a nivel europeo -con objeto de ordenar el sistema aplicable a situaciones en las que trabajadores nacionales de países europeos o nacionales de terceros países con residencia legal en un Estado miembro prestan servicios en otros países de la Unión Europea-. Lo anterior con referencia expresa a las reformas manifestadas por la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el Reglamento (CE) 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004.

**PALABRAS CLAVE:** Autónomo, cese actividad, desempleo, coordinación, Europa.

## **ABSTRACT**

The subject of study focuses on the unemployment protection of the self-employed person –model of mixed assurance, in the sense of that it is compulsory for some and voluntary for others– and in its coordination at the european level –with the purpose of arranging the applicable system to situations in which national workers of european countries or national workers of third countries with legal residence in one member State work in other countries of the European Union–. The above, with express reference to the amendments manifested in the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004.

**KEYWORDS:** Self-employed, stoppage of activity, unemployment, coordination, Europe.

## **SUMARIO**

**I. LA PROTECCIÓN PÚBLICA CONTRA EL DESEMPLEO: INTRODUCCIÓN**

**II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD: ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO, SITUACIONES LEGALES Y ESPECIALES, NACIMIENTO DEL DERECHO, DURACIÓN, CUANTÍA, SUSPENSIÓN, EXTINCIÓN Y CAPITALIZACIÓN**

**III. LA COORDINACIÓN DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO: ESPECIAL REFERENCIA AL CESE DE ACTIVIDAD O TRABAJO POR CUENTA PROPIA EN EL REGLAMENTO 883/2004 SOBRE LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL**

**IV. LA PROPUESTA EUROPEA DE MODIFICACIÓN DE LA COORDINACIÓN DE LAS PRESTACIONES POR CESE DE ACTIVIDAD**

**V. BALANCE Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES**

## I. LA PROTECCIÓN PÚBLICA CONTRA EL DESEMPLEO: INTRODUCCIÓN

La materia de estudio del presente texto se centra en la protección por desempleo del trabajador autónomo o por cuenta propia.

La prestación por desempleo pretende garantizar al trabajador una renta económica de sustitución del salario durante el tiempo transcurrido desde la pérdida del empleo hasta la obtención de un nuevo empleo.

Sin embargo, un análisis de la protección por desempleo pone de relieve las dificultades de esta cobertura, pudiendo calificar la prestación de esta contingencia, como una garantía imperfecta: los requisitos que se imponen, dejan sin protección a parados; la debilidad de las prestaciones no asegura siempre un nivel de vida suficiente; y los límites temporales que se fijan pueden dejar a los trabajadores sin recursos<sup>1</sup>.

La necesidad de la protección «*por cese de actividad*» de los trabajadores autónomos se impone por su condición de trabajadores, a los que, y al amparo del artículo 41 de la Constitución Española, cabe garantizar también la especial protección por desempleo - aunque la tradicional desprotección de los autónomos frente al paro forzoso no suponía inconstitucionalidad alguna, siendo ésta la fragilidad de los derechos sociales, en donde su implantación objetiva, su ampliación subjetiva o la intensidad de sus niveles de protección dependen de opciones de política legislativa<sup>2</sup>.

El mencionado artículo constitucional encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos donde se garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

Además, no supone discriminación la distinta protección dispensada a los trabajadores autónomos respecto de los empleados por cuenta ajena en materia de desempleo, habida cuenta de que no vulnera el artículo 14 de la Constitución Española, las desigualdades entre los diferentes regímenes de la Seguridad Social siempre que respondan a diferencias objetivas<sup>3</sup>.

Por tanto, el contenido del precepto se cumple al existir un sistema de protección por desempleo dentro del sistema de Seguridad Social, aunque pueda considerarse imperfecto desde la perspectiva de su cobertura subjetiva<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup>Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., y Quesada Segura, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2017, pp. 444 y 445.

<sup>2</sup>Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.: «El desempleo de los trabajadores autónomos», en VV. AA.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Murcia, Laborum, 2007, pp. 216 y 217.

<sup>3</sup>Lasaoa Irigoyen, E.: *La prestación por Cese de Actividad para Trabajadores Autónomos*, Pamplona, Aranzadi, 2011, p. 21.

<sup>4</sup>Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.: *Los derechos de protección social de los trabajadores autónomos*, Granada, Comares, 2009, p. 86.



Interesa destacar que se trata de un modelo de aseguramiento mixto<sup>5</sup>, en el sentido de que es obligatorio para unos y voluntario para otros, lo que difumina los elementos de solidaridad.

El carácter prevalentemente voluntario de esta protección vinculado con el incremento de cotización que supone para los trabajadores autónomos, irremediamente actuará con consecuencias de traba o bloqueo para su expansión: lo cierto es que la cuota total que supone la acumulación de esta cotización podría resultar en muchos supuestos no asumible por la mayoría de trabajadores autónomos<sup>6</sup>.

Es por este motivo que el modelo de financiación del sistema se convierte en uno de los elementos más delicados de esta prestación por cese de actividad.

En el establecimiento de las reglas de determinación de la cuota a ingresar por los trabajadores autónomos es fundamental obtener un correcto equilibrio entre la sostenibilidad financiera del sistema y los gastos que los autónomos pueden asumir, sin que ello suponga una carga que termine desincentivado la prestación por desempleo<sup>7</sup>.

De manera general, la base de cotización por cese de actividad se corresponderá con la base de cotización del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos que hubiere elegido, como propia, el trabajador autónomo con arreglo a lo establecido en las normas de aplicación o bien la que le corresponda como trabajador por cuenta propia en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar (artículo 344.2 TRLGSS).

En efecto, frente al trabajador asalariado, cuya base de cotización se calcula a partir de una noción estipulativa que se aproxima a la remuneración que éste perciba con carácter mensual por razón del trabajo que realice por cuenta ajena, para el caso de trabajadores autónomos se trata de bases elegidas voluntariamente por él mismo -dentro de cierto límite máximo y mínimo- al margen de cualquier posible consideración acerca de la capacidad económica de éste<sup>8</sup>.

Pero claro, si los trabajadores autónomos o por cuenta propia pueden optar libremente por la base que consideren oportuno cotizar -siempre dentro de los límites estipulados- la consecuencia es evidente: a diferencia de los trabajadores asalariados, los trabajadores autónomos cotizarán por las bases mínimas e irreales respecto a sus ingresos, provocando que la cuantía económica a recibir por la situación de necesidad sea inferior que las de prestaciones por desempleo de los trabajadores asalariados.

---

<sup>5</sup>Guindo Morales, S.: «La coordinación comunitaria de las prestaciones por desempleo», en *Revista de derecho de la seguridad social*, núm. 14, 2018, pp. 89 y ss.

<sup>6</sup>Fernández Orrico, F. J.: «Disposición Adicional cuarta», en VV. AA.: *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Pamplona, Aranzadi, 2011, p. 564.

<sup>7</sup>Cervilla Garzón, M. J.: «El esperado informe sobre la prestación por cese de actividad: análisis del ámbito subjetivo, hecho causante, dinámica, cuantía y diseño financiero», en *Documentación Laboral*, núm. 89, 2009, p. 105.

<sup>8</sup>Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.: «El sistema de protección por cese de actividad: Régimen de financiación y gestión», en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 2, 2012, p. 126.

## II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD: ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO, SITUACIONES LEGALES Y ESPECIALES, NACIMIENTO DEL DERECHO, DURACIÓN, CUANTÍA, SUSPENSIÓN, EXTINCIÓN Y CAPITALIZACIÓN

En la actualidad la protección por cese de actividad se encuentra recogida en el título V del TRLGSS.

En la misma no se extiende a los trabajadores autónomos el régimen de protección por desempleo que existe para los empleados por cuenta ajena<sup>9</sup>. Hágase notar como el propio legislador, en su regulación, ha tenido especial cuidado con el lenguaje empleado para no hablar nunca de prestación por desempleo para autónomos para no realizar una traslación de régimen del desempleo por cuenta ajena al RETA. En efecto, hay muchas coincidencias pero no se van a aplicar supletoriamente las normas de desempleo de los trabajadores asalariados<sup>10</sup>.

Se trata de una prestación totalmente diferente articulada mediante un sistema de nueva implantación y sometida a regulación específica: a) La contingencia protegida es el *cese de actividad* y no el *desempleo*, vocablo que se ha querido evitar a toda costa: el trabajador autónomo no cae en desempleo sino que cesa en su actividad. b) Se habla de un *sistema*, término que de por sí da idea de una cierta autonomía. c) Se añade el adjetivo *específico*.

La regulación será propia y exclusiva sin que le sea de aplicación en ningún modo, ni siquiera supletoriamente, la ordenación de la protección por desempleo<sup>11</sup>. Por tanto, parece ser que se pretende realzar la especialidad o «segregación» del tratamiento previsto dentro del sistema de protección social del trabajo autónomo<sup>12</sup>.

En cuanto al *ámbito subjetivo*<sup>13</sup>, la protección por cese de actividad alcanza a los trabajadores autónomos, incluyendo a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el sistema Especial de Trabajadores por cuenta propia agrarios, así como a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar<sup>14</sup>. En

---

<sup>9</sup>Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.: *Los derechos de protección social de los trabajadores autónomos*, Granada, Comares, 2009, p. 91.

<sup>10</sup>Sempere Navarro, A. V., Lasaos Irigoyen, E., Barrios Baudor, G. L., Buendía Jiménez, J. A. y Castro Argüelles, M<sup>a</sup>. A.: «Actualización del sistema de Seguridad Social (IV): La prestación por cese de los trabajadores autónomos: antecedentes, ámbito subjetivo y objeto de la protección», en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 9 y 10, 2012, pp. 13 y 14.

<sup>11</sup>Lasaos Irigoyen, E.: *La prestación por Cese de Actividad para Trabajadores Autónomos*, Pamplona, Aranzadi, 2011, p. 38.

<sup>12</sup>Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.: «El desempleo de los trabajadores autónomos», en VV. AA.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Murcia, Laborum, 2007, p. 229.

<sup>13</sup>A ello se refiere el preámbulo de la Ley.

<sup>14</sup>En este sentido, el artículo 2 del Decreto 2530/1970, se refiere al trabajador por cuenta propia o autónomo, como «*aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas*». De acuerdo con el artículo 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, tienen la consideración de trabajadores autónomos, aquellas «*personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa,*

efecto, se aplica a todo tipo de trabajadores autónomos: los que son a su vez empresarios laborales y los que no<sup>15</sup>.

En términos generales, todos aquellos trabajadores incluidos en nuestro sistema de Seguridad Social como autónomos van a quedar protegidos<sup>16</sup>. ¿Y cuáles son las situaciones legales de cese de actividad? Veámoslas<sup>17</sup>:

Se encontrarán en situación legal de cese de actividad todos aquellos trabajadores autónomos que cesen en el ejercicio de su actividad por alguna de las causas siguientes:

a) Por la concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional. Se entenderá que existen motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

-i) Pérdidas derivadas del desarrollo de la actividad en un año completo y que sean superiores al 10 por ciento de los ingresos obtenidos en el mismo período, excluido el primer año de inicio de la actividad.

-ii) Ejecuciones judiciales o administrativas tendentes al cobro de las deudas reconocidas por los órganos ejecutivos y que comporten, al menos, el 30 por ciento de los ingresos del ejercicio económico inmediatamente anterior.

-iii) La declaración judicial de concurso que imposibilite continuar con la actividad.

b) Por fuerza mayor, determinante del cese temporal o definitivo de la actividad económica o profesional.

c) Por pérdida de la licencia administrativa, siempre que la misma constituya un requisito para el ejercicio de la actividad económica o profesional y no venga motivada por la comisión de infracciones penales.

d) La violencia de género determinante del cese temporal o definitivo de la actividad de la trabajadora autónoma. e) Por divorcio o separación matrimonial, mediante resolución judicial, en los supuestos en que el autónomo ejerciera funciones de ayuda familiar en el negocio de su ex cónyuge o de la persona de la que se ha separado.

---

*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».*

<sup>15</sup>Sempere Navarro, A. V., Lasaosa Irigoyen, E., Barrios Baudor, G. L., Buendía Jiménez, J. A. y Castro Argüelles, M<sup>a</sup>. A.: «Actualización del sistema de Seguridad Social (IV): La prestación por cese de los trabajadores autónomos: antecedentes, ámbito subjetivo y objeto de la protección», en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 9 y 10, 2012, pp. 11 y 12.

<sup>16</sup>Cervilla Garzón, M<sup>a</sup>. J.: «La cobertura social de los trabajadores autónomos ordinarios cuando se produce el cese de su actividad en el ordenamiento jurídico español», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 38, 2012, p. 253.

<sup>17</sup>Ortega Lozano, P. G.: «La protección social por “cese de actividad” de los trabajadores autónomos», en *AA. VV.: La protección por desempleo en España*, Murcia, Laborum, 2015, pp. 864 y 865.

En ningún caso se considerará en situación legal de cese de actividad los siguientes supuestos:

a) A aquellos trabajadores autónomos que cesen o interrumpan su actividad de manera voluntaria.

b) A los trabajadores autónomos económica dependientes que tras cesar su relación con el cliente y percibir la prestación por cese de actividad, vuelvan a contratar con el mismo cliente en el plazo de un año, a contar desde el momento en que se extinguió la prestación, en cuyo caso deberán reintegrar la prestación recibida -en este caso estaríamos ante un supuesto indicio de fraude de ley-.

Importante es hacer referencia a que, en caso de establecimiento abierto al público, para declararse en situación legal de cese de actividad, se exigirá el cierre del mismo durante la percepción del subsidio o bien su transmisión a terceros. No obstante, el trabajador autónomo titular del inmueble donde se ubica el establecimiento podrá realizar sobre el mismo los actos de disposición o disfrute que correspondan a su derecho, pero con la condición de que estos actos no supongan la continuidad del autónomo en la actividad económica o profesional finalizada.

Además de las situaciones legales de cese de actividad de ámbito general encontramos varios supuestos especiales: trabajadores autónomos económicamente dependientes - artículo 333 TRLGSS-, trabajadores autónomos por su condición de socios de sociedades de capital -artículo 334 TRLGSS-, socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado -artículo 335 TRLGSS- y trabajadores autónomos que ejercen su actividad profesional conjuntamente -artículo 336 TRLGSS-. Veámoslos:

1) Se encuentran en situación legal de cese de actividad aquellos trabajadores autónomos económicamente dependientes que cesen su actividad por extinción del contrato suscrito con el cliente del que dependan económicamente, en los siguientes supuestos:

a) Por la terminación de la duración convenida en el contrato o conclusión de la obra o servicio.

b) Por incumplimiento contractual grave del cliente, debidamente acreditado.

c) Por rescisión de la relación contractual adoptada por causa justificada o injustificada por el cliente.

d) Por muerte, incapacidad o jubilación del cliente, siempre que impida la continuación de la actividad.

2) Igualmente, se encuentran en situación legal de cese de actividad aquellos trabajadores autónomos incluidos en el régimen correspondiente cuando cesen involuntariamente en el cargo de consejero o administrador de la sociedad o en la prestación de servicios a la misma y la sociedad haya incurrido en pérdidas derivadas

del desarrollo de la actividad en un año completo y que sean superiores al 10 por ciento de los ingresos obtenidos en el mismo período, excluido el primer año de inicio de la actividad, o cuando haya disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital social.

3) También se considerarán en situación legal de cese de actividad los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

i) Los que hubieren cesado, con carácter definitivo o temporal, en la prestación de trabajo y, por tanto, en la actividad desarrollada en la cooperativa, perdiendo los derechos económicos derivados directamente de dicha prestación por alguna de las siguientes causas: a) Por expulsión improcedente de la cooperativa. b) Por causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o de fuerza mayor. c) Por finalización del período al que se limitó el vínculo societario de duración determinada. d) Por causa de violencia de género cuando afecte a socias trabajadoras. e) Por pérdida de licencia administrativa de la cooperativa.

ii) Los aspirantes a socios en período de prueba que hubieran cesado en la prestación de trabajo durante el mismo por decisión unilateral del Consejo Rector u órgano de administración correspondiente de la cooperativa.

Pero no estarán en situación legal de cese de actividad los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado que, tras cesar definitivamente en la prestación de trabajo, y por tanto, en la actividad desarrollada en la cooperativa, y una vez hayan percibido la prestación por cese de actividad, en el plazo de un año, a contar desde el momento en que se extinguió la prestación, vuelven a ingresar en la misma sociedad cooperativa -estamos ante un claro indicio de fraude-. En el supuesto de que el socio trabajador reingrese en la misma sociedad cooperativa deberá reintegrar la prestación percibida.

4) Como último supuesto especial se encuentran también en situación legal de cese de actividad los trabajadores autónomos profesionales que hubieren cesado con carácter definitivo o temporal en la profesión desarrollada conjuntamente con otros por algunas de las causas establecidas en el artículo 336 TRLGSS -que son similares a las que hemos citado para el trabajador autónomo económicamente dependiente del artículo 331 TRLGSS-. En este supuesto, la característica especial se localiza en que se refiere a los trabajadores autónomos que ejercen su actividad profesional conjuntamente.

En cuanto al *ámbito objetivo* de la acción protectora por cese de actividad, ésta comprende las prestaciones siguientes -artículo 329 TRLGSS-: a) La prestación económica por cese total, temporal o definitivo, de la actividad. b) El abono de la cotización de Seguridad Social del trabajador autónomo por contingencias comunes al régimen correspondiente.

A tales efectos, el órgano gestor se hará cargo de la cuota que corresponda durante la percepción de las prestaciones económicas por cese de actividad a partir del mes inmediatamente siguiente al del hecho causante del cese de actividad. Asimismo, el sistema de protección por cese de actividad comprenderá, además, medidas de formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora de los trabajadores autónomos que sean beneficiarios del mismo.

Para el *nacimiento del derecho* a la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos han de concurrir los siguientes requisitos -artículo 330 TRLGSS-:

a) Estar afiliado y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, en su caso.

b) Tener cubierto el período mínimo de cotización por cese de actividad.

c) Encontrarse en situación legal de cese de actividad, suscribir el compromiso de actividad y acreditar activa disponibilidad para la reincorporación al mercado de trabajo a través de las actividades formativas, de orientación profesional y de promoción de la actividad emprendedora -advírtase que la protección por desempleo no se agota en una prestación económica que compone la vertiente pasiva de la protección sino que ha de venir complementada por unas prestaciones de servicios relacionadas con políticas activas de empleo que impidan la pasividad del autónomo desempleado receptor de las prestaciones<sup>18</sup> -.

d) No haber cumplido la edad ordinaria para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador autónomo no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello. e) Hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. En caso contrario se otorgará un plazo improrrogable de treinta días para el abono de las cuotas debidas.

Así, en esta dinámica de protección de los trabajadores autónomos, cuando estos cumplan los anteriores requisitos, deberán solicitar a la «*misma Mutua Colaboradora con la Seguridad Social a la que se encuentren adheridos*», el reconocimiento del derecho a la protección por cese de actividad. Respecto de los trabajadores por cuenta propia que no se encuentren adheridos a una Mutua, la tramitación de la solicitud y la gestión de la prestación por cese de actividad corresponderá: a) en el ámbito del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, al Instituto Social de la Marina; b) en el ámbito del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, al Servicio Público de Empleo Estatal.

Dicho reconocimiento supondrá el nacimiento del derecho al disfrute de la correspondiente prestación económica, a partir del primer día del mes inmediatamente siguiente a aquel en que se produjo el hecho causante del cese de actividad. No obstante, en el caso del trabajador autónomo económicamente dependiente y que haya

---

<sup>18</sup>Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.: «El desempleo de los trabajadores autónomos», en VV. AA.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Murcia, Laborum, 2007, p. 249.

finalizado su relación con el cliente principal, para tener derecho al disfrute de la prestación, el mismo no podrá tener actividad con otros clientes a partir del día en que inicie el cobro de la prestación -artículo 337 TRLGSS-.

La *duración de la prestación económica* por cese de actividad dependerá de los períodos de cotización efectuados dentro de los cuarenta y ocho meses anteriores a la situación legal de cese de actividad de los que, al menos, doce deben ser continuados e inmediatamente anteriores a dicha situación de cese -artículos 338 y 339 TRLGSS-<sup>19</sup>.

En efecto, la duración de la prestación viene determinada con arreglo a una escala establecida en el propio TRLGSS. Sin embargo, antes debemos remitirnos a la exposición de motivos de la derogada Ley 32/2010, donde se establecía que el legislador había fijado «*una escala equilibrada que responde al principio de cotización-prestación sin que ello suponga una carga sustancial en la cuota social del trabajador autónomo*», computando así la cuantía de dicha prestación económica. En este sentido, lo que pretende declararse es, por un lado, que la duración del derecho al percibo de la correspondiente prestación dependerá de la cotización realizada dentro de un determinado período de referencia previo a la situación que dará derecho a la prestación -al igual que ocurre con la protección por desempleo del trabajador por cuenta ajena-; por otro lado, que la carencia exigida y la proporción entre períodos cotizados y duración de la prestación se concretan por el legislador conforme un criterio contributivo reforzado<sup>20</sup>.

A efectos de determinar los períodos de cotización se tendrán en cuenta exclusivamente las cotizaciones:

a) por cese de actividad efectuadas al régimen especial correspondiente; y b) por cese de actividad que no hubieren sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior de la misma naturaleza.

En el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, los períodos de veda obligatoria aprobados por la autoridad competente no se tendrán en cuenta para el cómputo del período de doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese de actividad, siempre y cuando en esos períodos de veda no se hubiera percibido la prestación por cese de actividad.

Por tanto, «*en ningún caso se podrá aplicar el cómputo recíproco de cotizaciones por cese de actividad y de cotizaciones por desempleo*» -artículo 12.3 del Real Decreto 1541/2011-, ni se «*podrá aplicar el cómputo recíproco de cotizaciones por cese de actividad entre el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y el Régimen Especial de Trabajadores del Mar*» -artículo 12.3 del Real Decreto 1541/2011-.

---

<sup>19</sup>Duración de la prestación económica por cese de actividad que preferimos analizar en epígrafe aparte.

<sup>20</sup>Sempere Navarro, A. V., Lasosa Irigoyen, E., Barrios Baudor, G. L., Buendía Jiménez, J. A. y Castro Argüelles, M<sup>a</sup>. A.: «Actualización del sistema de Seguridad Social (IV): La prestación por cese de los trabajadores autónomos: antecedentes, ámbito subjetivo y objeto de la protección», en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 9 y 10, 2012, pp. 27 y 28.

Además, las cotizaciones se consideran por meses completos –artículo 338.4.c) TRLGSS– y, de manera análoga, el trabajador autónomo al que se le hubiere reconocido el derecho a la protección económica por cese de actividad podrá volver a solicitar un nuevo reconocimiento, siempre y cuando concurren los requisitos legales y hubieren transcurrido dieciocho meses desde el reconocimiento del último derecho a la prestación -artículo 338.3 TRLGSS-. Cuando así ocurra, las cotizaciones que generaron la última prestación por cese de actividad no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior -artículo 338.4.d) TRLGSS-.

Enunciada, entre las condiciones para el nacimiento del derecho a la protección por desempleo del trabajador autónomo, el de un período mínimo de cotización de doce meses continuados e inmediatamente precedentes -artículo 330.1.b) en relación con el artículo 338.1 TRLGSS y artículo 2.1.b) del Real Decreto 1541/2011-, la escala -que coordina los períodos de cotización previa y los meses de duración de la prestación– se define de acuerdo a un criterio inicial de sextos -por cada seis meses completos de cotización corresponde un mes de protección- hasta el tramo de cuarenta y tres a cuarenta y siete meses cotizados que corresponden dos meses más -un total ocho meses de protección- hasta el último de los tramos de cuarenta y ocho meses cotizados en adelante que corresponde al máximo de doce meses de protección.

- De 12 a 17 meses de cotización corresponden 2 meses de protección.
- De 18 a 23 meses de cotización corresponden 3 meses de protección.
- De 24 a 29 meses de cotización corresponden 4 meses de protección.
- De 30 a 35 meses de cotización corresponden 5 meses de protección.
- De 36 a 42 meses de cotización corresponden 6 meses de protección.
- De 43 a 47 meses de cotización corresponden 8 meses de protección.
- De 48 meses de cotización en adelante corresponden 12 meses de protección.

La tabla anterior debe compararse con el régimen general recogido en el artículo 269 TRLGSS referida a la duración de la prestación por desempleo para el trabajador asalariado. Escala del trabajador autónomo mucho más severa que la del régimen general del trabajador asalariado<sup>21</sup>.

En efecto, la prestación por desempleo para el trabajador por cuenta ajena estará en función de los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, cuyo período de protección mínimo es de 120 días -equivalente a 4 meses- cuando se haya cotizado al menos 360 días -1 año- y hasta un máximo de 720 días de protección por una cotización de 2.160 o más días conforme a la tabla siguiente:

- De 360 a 539 días de cotización corresponden 120 días de protección.
- De 540 a 719 días de cotización corresponden 180 días de protección.
- De 720 a 899 días de cotización corresponden 240 días de protección.

---

<sup>21</sup>Ortega Lozano, P. G.: «La protección social por “cese de actividad” de los trabajadores autónomos», en AA. VV.: *La protección por desempleo en España*, Murcia, Ediciones Laborum, 2015, p. 867.



- De 900 a 1079 días de cotización corresponden 300 días de protección.
- De 1080 a 1259 días de cotización corresponden 360 días de protección.
- De 1260 a 1439 días de cotización corresponden 420 días de protección.
- De 1440 a 1619 días de cotización corresponden 480 días de protección.
- De 1620 a 1799 días de cotización corresponden 540 días de protección.
- De 1800 a 1979 días de cotización corresponden 600 días de protección.
- De 1980 a 2159 días de cotización corresponden 660 días de protección.
- Desde 2160 días de cotización corresponden 720 días de protección

La relación de la escala es la siguiente: a cada tramo de la escala, por cada tres días cotizados, corresponde un día de prestación. Las diferencias en el tratamiento de la duración de la prestación del trabajador autónomo -o por cese de actividad- respecto de la prestación por desempleo -cuenta ajena- se suman a todas las demás del régimen jurídico -como la cuantía económica de la prestación- para fundamentar la conclusión de que, aunque la protección por desempleo de régimen general es el modelo en el que se mira la protección por cese del trabajador autónomo, ello tiene por el momento más consecuencias en el plano formal que en el material<sup>22</sup>.

Y así se reconoce en la propia disposición adicional décima de la ya derogada Ley 32/2010 al establecerse lo siguiente: el Gobierno elaborará *«un estudio sobre la evolución del sistema, teniendo en cuenta los principios de solidaridad financiera, sostenibilidad y carácter contributivo, así como sobre el modelo de gestión de la prestación. En caso de que quede acreditada la viabilidad financiera, se realizará una propuesta de incremento de la duración de la prestación por cese de actividad»*.

No obstante, debe tenerse presente que de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo de la disposición adicional cuarta de la Ley 20/2007, de 11 de julio, en los casos de trabajadores autónomos entre los sesenta años y la edad en que se pueda causar derecho a la pensión de jubilación, se incrementa la duración de la prestación con arreglo a la siguiente tabla -artículo 338.2 TRLGSS-:

- De 12 a 17 meses de cotización corresponden 2 meses de protección.
- De 18 a 23 meses de cotización corresponden 4 meses de protección.
- De 24 a 29 meses de cotización corresponden 6 meses de protección.
- De 30 a 35 meses de cotización corresponden 8 meses de protección.
- De 36 a 42 meses de cotización corresponden 10 meses de protección.
- De 43 meses de cotización en adelante corresponden 12 meses de protección.

En efecto, para trabajadores mayores de sesenta años se incrementa el período de protección a razón de un mes adicional por cada tramo a partir del segundo –desde los dieciocho meses cotizados en adelante– y termina con una protección de doce meses por un período cotizado de cuarenta y tres o más meses.

---

<sup>22</sup>Sempere Navarro, A. V., Lasasa Irigoyen, E., Barrios Baudor, G. L., Buendía Jiménez, J. A. y Castro Argüelles, M<sup>a</sup>. A.: «Actualización del sistema de Seguridad Social (IV): La prestación por cese de los trabajadores autónomos: antecedentes, ámbito subjetivo y objeto de la protección», en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 9 y 10, 2012, pp. 29 y 30.

Respecto a la *cuantía de la prestación económica* por cese de actividad, tendremos que tener en cuenta que la base reguladora será el promedio de las bases por las que se hubiere cotizado durante los doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese. La cuantía de la prestación, durante todo su período de disfrute, se determinará aplicando a la base reguladora el 70 por ciento.

La cuantía máxima será del 175 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples, a excepción de que el trabajador autónomo tenga uno o más hijos a su cargo, en cuyo caso la cuantía será, respectivamente, del 200 por ciento o del 225 por ciento de dicho indicador. Y la cuantía mínima será del 107 por ciento o del 80 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples, según el trabajador autónomo tenga hijos a su cargo o no.

Para calcular la cuantía máxima y mínima se entenderá que el trabajador autónomo tiene hijos a su cargo cuando estos sean menores de veintiséis años o mayores pero con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, carezcan de rentas de cualquier naturaleza iguales o superiores al salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias y convivan con el beneficiario.

El derecho a la protección por cese de actividad quedará *suspendido* en los siguientes supuestos:

- a) Durante el período que corresponda por imposición de sanción por infracción leve o grave.
- b) Durante el cumplimiento de condena que implique privación de libertad.
- c) Durante el período de realización de un trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, salvo que éste sea por un tiempo igual o superior a 12 meses, lo que generará la extinción del derecho a la protección. Sobre las consecuencias de los supuestos citados, la suspensión del derecho implicará la interrupción del abono de la prestación económica y de la cotización por mensualidades completas, sin afectar al período de su percepción. Superada la causa de suspensión de la protección por cese de actividad, la misma se reanudará previa solicitud del interesado -el derecho a la reanudación nacerá a partir del término de la causa de suspensión cuando haya sido solicitado en el plazo de los quince días siguientes, de lo contrario, se descontarán del período de percepción los días que medien entre la fecha en que debería haber presentado la solicitud y la fecha en que la presentó-, siempre que este acredite que ha finalizado la causa de suspensión y que se mantiene la situación legal de cese de actividad -artículo 340 TRLGSS-.

Por otro lado, el derecho a la protección por cese de actividad se *extinguirá* en los siguientes casos -artículo 341 TRLGSS-:

- a) Por agotamiento del plazo de duración de la prestación.

b) Por imposición de las sanciones en los términos establecidos en la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

c) Por realización de un trabajo por cuenta ajena o propia durante un tiempo igual o superior a doce meses, en este último caso siempre que genere derecho a la protección por cese de actividad como trabajador autónomo. En estos casos el trabajador autónomo podrá optar, en el caso de que se le reconozca una nueva prestación, entre reabrir el derecho inicial por el período que le restaba -que no podrá computar para el reconocimiento de un derecho posterior- o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas.

d) Por cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria o, en el caso de los trabajadores por cuenta propia encuadrados en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, edad de jubilación teórica, salvo cuando no se reúnan los requisitos para acceder a la pensión de jubilación contributiva.

e) Por reconocimiento de pensión de jubilación o de incapacidad permanente.

f) Por traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen.

g) Por renuncia voluntaria al derecho. h) Por fallecimiento del trabajador autónomo.

Sin embargo, la derogada Ley 32/2010, de 5 de agosto, que supuso el mayor impulso de protección social realizado para los trabajadores autónomos, necesitaba de un desarrollo reglamentario posterior con el fin de articular las reglas concretas de funcionamiento del sistema de protección por cese de actividad. Texto jurídico que supuso un hito histórico en materia de trabajo por cuenta propia al otorgar un nivel de protección digno a los trabajadores autónomos que de manera involuntaria hayan cesado su actividad<sup>23</sup>, equiparándose -“supuestamente”- a los trabajadores asalariados beneficiarios de prestaciones por desempleo<sup>24</sup>.

Este desarrollo de la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, hoy recogido en el TRLGSS, culminó con el vigente Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, pretendiendo articular las reglas concretas de funcionamiento del sistema de protección por cese de actividad, tanto en lo referente a los documentos a presentar por los trabajadores autónomos que se vean en la situación de tener que cesar en la actividad como en los procedimientos que deben llevar a cabo los órganos gestores para el reconocimiento del derecho a la protección, abono de las prestaciones reconocidas y control de las mismas.

---

<sup>23</sup>Vid. Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: «Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social», en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, Granada, Comares, 2017, *passim*.

<sup>24</sup>Así lo califican las asociaciones de trabajadores autónomos. Vid. Lasaos Irigoyen, E.: *La prestación por Cese de Actividad para Trabajadores Autónomos*, Pamplona, Aranzadi, 2011, p. 15.

El importante lapso de tiempo que discurrió entre la promulgación de la hoy derogada Ley y su posterior Reglamento de desarrollo –hoy vigente y aplicable al capítulo del TRLGSS que se encarga de regular el cese de actividad de los trabajadores autónomos– no supuso ningún perjuicio aparente, puesto que el primer año de la prestación –desde su entrada en vigor el 6 de noviembre de 2010– fue destinado a la financiación del sistema con base a las cotizaciones sociales por este concepto<sup>25</sup>: en efecto, fue a partir de noviembre del año 2011 cuando los trabajadores autónomos tuvieron ocasión de solicitar las primeras ayudas.

Por último, debemos hacer mención a la denominada *capitalización* de la prestación por cese de actividad. La regla general es que la prestación se mantenga durante un número concreto de meses realizando su pago mes a mes. Sin embargo, la normativa –artículo 39 de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre– permite que el pago de la prestación se realice de una sola vez, opción que no es nueva en nuestro derecho al permitirse para la prestación por desempleo del trabajador asalariado.

### **III. LA COORDINACIÓN DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO: ESPECIAL REFERENCIA AL CESE DE ACTIVIDAD O TRABAJO POR CUENTA PROPIA EN EL REGLAMENTO 883/2004 SOBRE LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL**

El artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>26</sup> –anterior artículo 51 del Tratado de la Comunidad Europea– proclama lo siguiente: «*el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros*»<sup>27</sup>. Es en virtud de dicho mandato por el que se aprobaron los Reglamentos 3/58 y 4/58 que fueron sustituidos por los Reglamentos 1408/71 y 574/72, que a su vez quedaron derogados con la entrada en vigor del vigente Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y su Reglamento de Aplicación 987/2009<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup>Taléns Visconti, E.: *El nuevo régimen jurídico de la prestación por cese de actividad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 18.

<sup>26</sup>Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Good legal practices in spanish law?: clauses governing residence and the export of spanish social security benefits”, en Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir.) y Velasco Portero, M. T. (Coord.) *et al: Good practices in social law*, Navarra, Aranzadi, 2015, pp. 23 y ss.

<sup>27</sup>*Vid.* Sánchez-Rodas Navarro, C.: “(In)suficiente fundamento legal para la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004 presentada por la Comisión Europea el 13.12.2016”, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. 2, 2017, pp. 1 y 2.

<sup>28</sup>Sánchez-Rodas Navarro, C.: «Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social», en Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir.) y Garrido Pérez, E. (Dir.) *et al: El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Murcia, Laborum, 2016, p. 181.

En lo que respecta a la coordinación de las prestaciones por desempleo por cese de actividad del trabajador autónomo o trabajador por cuenta propia, para su estudio debemos situarnos en el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004<sup>29</sup>. Lo cierto es que todas las prestaciones por desempleo españolas -al ser prestaciones de Seguridad Social- e independientemente de sus vías de financiación se encuentran coordinadas por el citado texto normativo<sup>30</sup>.

Esto último es igualmente predicable de la prestación por cese de actividad<sup>31</sup>. Reglamento que se encarga de estudiar las normas especiales sobre totalización de períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia -artículo 61-, el cálculo de las prestaciones por desempleo -artículo 62-, las disposiciones especiales para la supresión de las cláusulas de residencia, también conocido como principio de exportación de prestaciones -artículo 63-, el desplazamiento de desempleados a otro Estado miembro -artículo 64-, las personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente -artículo 65- y las disposiciones especiales para los trabajadores fronterizos por cuenta propia en situación de desempleo total en caso de que el Estado miembro de residencia carezca de un sistema de prestaciones de desempleo para trabajadores por cuenta propia -artículo 65.bis introducido por el Reglamento (UE) 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012-.

De acuerdo con el artículo 1 del Reglamento 883/2004 es actividad por cuenta propia: *«toda actividad o situación asimilada considerada como tal a efectos de la legislación de Seguridad Social del Estado miembro en el que se ejerza dicha actividad o se produzca dicha situación»*. Además, se entiende por trabajador fronterizo a *«toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana»*. En este mismo sentido, por *«institución competente»* se entiende *«la institución a la cual el interesado esté afiliado en el momento de la solicitud de prestaciones»*; y por *«institución del lugar de residencia»* e *«institución del lugar de estancia»* se entiende, respectivamente, la *«institución habilitada para conceder las prestaciones en el lugar en que reside el interesado, y la institución habilitada para conceder las prestaciones en el lugar en que se encuentra, según la legislación que aplique esta institución o, si dicha institución no existe, la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate»*. Sobre el campo de aplicación material de este Reglamento, y a los efectos que a nosotros nos interesa, el mismo se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de Seguridad Social relacionadas con las prestaciones de desempleo -artículo 3.h)-.

---

<sup>29</sup>Guindo Morales, S.: «La coordinación comunitaria de las prestaciones por desempleo», en *Revista de derecho de la seguridad social*, núm. 14, 2018, pp. 89 y ss.

<sup>30</sup>Sánchez-Rodas Navarro, C.: «Aproximación a la coordinación de regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral iberoamericano de Seguridad Social», en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. 1, 2016, *passim*.

<sup>31</sup>Sánchez-Rodas Navarro, C.: La exportación de la Renta Activa de Inserción ¿Buena práctica legislativa?», en Ramírez Bendala, M<sup>a</sup>. D. (Coord.) *et al: Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social (III)*, Murcia, Laborum, 2015, p. 92.

En este sentido, la institución competente del país cuya legislación subordine la adquisición, la conservación, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro. No obstante, cuando la legislación aplicable supedita la concesión de determinadas prestaciones al cumplimiento de períodos de seguro, no se tendrán en cuenta los períodos de empleo o de actividad por cuenta propia cumplidos bajo la legislación de otro Estado miembro.

La aplicación de estos apartados se encuentran supeditados a que el interesado haya cumplido, con arreglo a la legislación en virtud de la cual solicita las prestaciones, los siguientes períodos: de seguro; de empleo; o de actividad por cuenta propia. Sin embargo, salvo en los casos del artículo 65.5.a), la aplicación de lo afirmado estará supeditado a que el interesado haya cumplido en último lugar, con arreglo a la legislación en virtud de la cual solicita las prestaciones: períodos de seguro, si así lo requiere esa legislación; períodos de empleo, si así lo requiere esa legislación; o períodos de actividad por cuenta propia, si así lo requiere esa legislación -artículo 61.2-.

Sobre el desplazamiento de desempleados a otro Estado miembro, la persona desempleada que cumpla los requisitos de la legislación del Estado miembro competente para tener derecho a las prestaciones y decida desplazarse a otro Estado miembro para buscar trabajo en él, obviamente, conservará su derecho a prestaciones de desempleo pero con las siguientes condiciones y dentro de los siguientes límites - artículo 64.1-:

a) la persona desempleada deberá haberse registrado como demandante de empleo antes de su salida del país -por tanto, en el Estado miembro del que recibe la prestación- y haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente durante al menos cuatro semanas desde el inicio de su situación de desempleo. No obstante, los servicios o instituciones competentes podrán autorizar su salida antes de dicho plazo;

b) la persona desempleada deberá registrarse como demandante de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro al que se haya trasladado -por tanto, en el Estado miembro al cual se desplaza-, someterse al procedimiento de control organizado en éste mismo Estado miembro y cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro;

c) el interesado conservará el derecho a las prestaciones durante un período de tres meses a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda, a condición lógica de que la duración total del período durante el cual se facilitan las prestaciones no supere la duración total del período de prestaciones a las que tenía derecho con arreglo a la legislación de dicho Estado; no obstante, los servicios o instituciones competentes podrán prorrogar dicho período de tres meses hasta un máximo de seis meses;

d) las prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución competente con arreglo a la legislación que aplique.

En caso de que el interesado regresara al Estado miembro competente en la fecha de expiración del período en el que tenga derecho a prestaciones o antes de esa fecha, seguirá teniendo derecho a prestaciones conforme a la legislación de dicho Estado miembro; si no regresara al Estado miembro en la fecha de expiración de dicho período o antes de la misma, perderá todo derecho a prestaciones conforme a la legislación de dicho Estado miembro -salvo que las disposiciones de esa legislación sean más favorables sobre lo que se acaba de afirmar-. En casos excepcionales, los servicios o instituciones competentes podrán permitir a las personas interesadas el regreso en una fecha posterior sin pérdida de su derecho -artículo 64.2-. Es importante tener en cuenta que, a excepción de que la legislación del Estado miembro competente sea más favorable, entre dos períodos de actividad, el máximo período total durante el cual se mantendrá el derecho a prestaciones será de tres meses; sin embargo, -y como también establece el artículo 64.1.c)- la institución o los servicios competentes podrán prorrogar dicho período hasta un máximo de seis meses -artículo 64.3-.

En efecto, para determinar el Estado competente para el reconocimiento de una prestación de desempleo a favor de un trabajador común no encontramos ninguna norma de conflicto específica, entendiéndose que se aplica la legislación del sistema de Seguridad Social del último Estado de aseguramiento: es decir, el Estado previo al desempleo donde se han cubierto, en último lugar, los períodos de empleo.

Sin embargo, esta afirmación puede transformarse en trabajadores fronterizos -que son aquellos trabajadores que realizan una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y residen en otro Estado miembro-: además, debe diferenciarse entre desempleo total y desempleo parcial. Los trabajadores fronterizos siguen la citada regla general -la del trabajador común entendiéndose que se aplica la legislación del sistema de Seguridad Social del último Estado de aseguramiento- cuando se trata de desempleo parcial. Sin embargo, para los supuestos de desempleo total se opta por la aplicación exclusiva de la legislación del Estado de residencia.

Esta excepción parece justificarse por los vínculos tan estrechos que se presume que mantiene el trabajador fronterizo con ese último Estado al que retorna periódicamente. Obviamente no es una solución carente de polémica pues lo cierto es que los trabajadores que emigran solo para trabajar lo hacen a Estados más desarrollados cuyos sistemas de Seguridad Social suelen ser más generosos.

Que sean los Estados de residencia quienes de acuerdo a su legislación tengan que calcular las prestaciones por desempleo parece beneficiar a los Estados de empleo de los trabajadores fronterizos, pues lo cierto es que supone un ahorro sustancial para las arcas del Estado donde el trabajador fronterizo ha desarrollado su actividad laboral aun cuando estos Estados tengan que sufragar -de manera parcial en el tiempo- la cantidad económica de la prestación -como veremos más adelante- pues al ser los países de residencia del empleado fronterizo, normalmente, territorios menos desarrollados y, por ende, menos generosos económicamente, el Estado de empleo cuando tenga que

reintegrar el importe al Estado de residencia le corresponderá abonar prestaciones por desempleo menos cuantiosas que las que debieran si se hubieran aplicado sus leyes -las del Estado de empleo-<sup>32</sup>. Al respecto, el legislador diferencia las dos siguientes situaciones de desempleo de los fronterizos<sup>33</sup>:

1) Desempleo parcial. Se refiere al desempleo parcial el artículo 65.1 cuando establece lo siguiente: *«las personas en situación de desempleo parcial o intermitente que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente deberán ponerse a disposición de su empresario o de los servicios de empleo del Estado miembro competente. Recibirán prestaciones con arreglo a la legislación del Estado miembro competente como si residieran en dicho Estado miembro. Estas prestaciones serán otorgadas por la institución del Estado miembro competente»*. En este supuesto el trabajador ha de solicitar la prestación de desempleo ante la legislación del Estado competente: es decir, el Estado de empleo como si residiese en ese Estado. Por tanto, se mantiene la regla general y se prioriza la aplicación de la legislación del Estado de empleo donde su relación laboral continúa.

2) Desempleo total. Se refiere al desempleo total el artículo 65.2 cuando establece lo siguiente: *«las personas en situación de desempleo total que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y sigan residiendo en dicho Estado miembro o regresen a él se pondrán a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia. Sin perjuicio del artículo 64, las personas en situación de desempleo total podrán, como medida complementaria, ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro en que haya transcurrido su último período de actividad por cuenta ajena o propia»*. A este colectivo se les aplica en exclusiva la ley del Estado de residencia a efectos del reconocimiento de prestaciones de desempleo, tal y como si hubiera estado sometido a la legislación de ese Estado mientras ocupaba su último empleo<sup>34</sup>. En efecto, se crea una ficción jurídica que exceptúa la regla general. Estas prestaciones serán otorgadas por la institución del lugar de residencia -artículo 65.5.a)- sin perjuicio de su posterior reintegración por el Estado donde se desarrolló verdaderamente el empleo.

En efecto, para los trabajadores fronterizos en situación de desempleo total, el Estado de residencia comprobará si cumple los requisitos de acceso establecidos en su propia normativa, facilitando la norma de coordinación su cumplimiento a través de la totalización del período de tiempo trabajado.

Si cumple los requisitos, el trabajador puede ser beneficiario de prestaciones a cargo de un Estado dónde es posible que no haya cotizado nunca: es por este último motivo por

---

<sup>32</sup>Carrascosa Bermejo, D.: «Buenas prácticas respecto de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos en los reglamentos de coordinación de la UE», en *Congreso Nacional sobre Buenas Prácticas Jurídico-Procesales para Reducir el Gasto Social*, Sevilla, Laborum, 2015, pp. 27.

<sup>33</sup>Carrascosa Bermejo, D.: «Buenas prácticas respecto de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos en los reglamentos de coordinación de la UE», en *Congreso Nacional sobre Buenas Prácticas Jurídico-Procesales para Reducir el Gasto Social*, Sevilla, Laborum, 2015, pp. 28 y 29.

<sup>34</sup>STJUE de fecha 11 de abril de 2013 (TJCE 2013\351).



lo que el Reglamento establece un sistema de reembolso entre instituciones. Pero esta regla se aplica solo a los trabajadores fronterizos en desempleo total pues en el resto de supuestos el legislador da la opción de que los trabajadores sean quienes decidan ponerse a disposición de los servicios de empleo y cobrar tales prestaciones, en un primer momento, del Estado de empleo, suspendiéndose las que tendría derecho en el Estado de residencia mientras cobre las anteriores.

Las prestaciones facilitadas por la institución del lugar de residencia -con arreglo al apartado 5- correrán a cargo de ésta. No obstante -a reserva de lo dispuesto en el apartado 7-, la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar reembolsará a la institución del lugar de residencia el importe total de las prestaciones facilitadas por esta última institución -en referencia a la institución del lugar de residencia- durante los tres primeros meses -por tanto, es un reembolso limitado-. El importe del reembolso durante este período no podrá superar el importe que se haya de pagar, en caso de desempleo, con arreglo a la legislación del Estado miembro competente -es decir, el del Estado donde se desarrolló el empleo-. No obstante, este período de reembolso se ampliará a cinco meses cuando el interesado haya completado, en los 24 meses anteriores, períodos de actividad por cuenta ajena o propia por un total de al menos 12 meses en el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar, cuando dichos períodos puedan tenerse en cuenta para generar un derecho a prestaciones de desempleo -artículo 65.7-. De todos modos, las autoridades competentes de los Estados miembros, si lo estiman conveniente, podrán convenir otras formas de reembolso o renunciar a todo reembolso entre las instituciones que de ellos dependan -artículo 65.8-.

En el Reglamento encontramos mención especial para un caso concreto: el de los trabajadores fronterizos por cuenta propia en situación de desempleo total en caso de que el Estado miembro de residencia carezca de un sistema de prestaciones de desempleo para trabajadores por cuenta propia. En efecto, *«un trabajador fronterizo en situación de desempleo total que haya completado recientemente períodos de seguro como trabajador por cuenta propia o períodos de actividad por cuenta propia reconocidos a los fines de otorgar prestaciones de desempleo por un Estado miembro distinto de su Estado miembro de residencia y cuyo Estado miembro de residencia haya notificado que ninguna categoría de trabajadores por cuenta propia tiene la posibilidad de estar cubierta por un sistema de prestaciones de desempleo, deberá registrarse en los servicios de empleo del Estado miembro en el que haya ejercido su último período de actividad como trabajador por cuenta propia y ponerse a disposición de los mismos, y continuar cumpliendo los requisitos que establezca la legislación de este último Estado miembro cuando solicite las prestaciones»* -artículo 65.1.bis-. Al respecto, será el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeta en último lugar la persona en situación de desempleo total quién *«le abonará prestaciones con arreglo a la legislación que aplique dicho Estado miembro»* -artículo 65.2.bis-.

Sobre el cálculo de la prestación se tomará en consideración, de acuerdo con el artículo 62.1, *«el sueldo o los ingresos profesionales percibidos por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena o propia»*. No obstante, de acuerdo con el artículo 62.3, *«por lo que respecta a los trabajadores fronterizos mencionados en la letra a) del apartado 5 del artículo 65, la institución del lugar de*

*residencia tendrá en cuenta la retribución o los ingresos profesionales del interesado en el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto durante su última actividad por cuenta ajena o propia, con arreglo al Reglamento de aplicación». En otros términos, el Estado de residencia deberá tener en consideración el salario percibido por el trabajador fronterizo en el último empleo.*

Es evidente que para el cálculo de la prestación se requiere una eficaz coordinación entre los Estados que participan en la prestación -Estado de empleo y Estado de residencia-. A estos efectos, la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeta la persona interesada durante su última actividad, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, deberá comunicar -sin demora- a la institución del lugar de residencia del trabajador, a solicitud de ésta, todos los datos necesarios para el cálculo de las prestaciones de desempleo que pueda obtener en el propio Estado miembro de residencia y, en particular, el importe del salario o de los ingresos profesionales que el trabajador haya percibido -artículo 54.2 del Reglamento 987/2009-.

Asimismo, cuando en la legislación de un Estado miembro se tenga en cuenta, para el cálculo de las prestaciones, el número de los miembros de la familia, para su cómputo también se tendrán en cuenta a los miembros de la familia del interesado que residan en otro Estado miembro -creándose la siguiente ficción jurídica- como si residiesen en el Estado miembro competente.

No obstante, esta disposición no se aplicará si, en el Estado miembro de residencia de los miembros de la familia, otra persona tiene derecho a prestaciones de desempleo para cuyo cálculo se toman en consideración esos miembros de la familia -artículo 54.3 del Reglamento 987/2009-.

En definitiva, y salvo las excepciones mencionadas, las prestaciones de desempleo normalmente se reconocen con cargo al Estado de origen que será el Estado competente porque es en él donde jurídicamente se han cubierto los períodos de seguro, incluso en el último lugar<sup>35</sup>. En otros términos, el lugar de prestación de servicios.

#### **IV. LA PROPUESTA EUROPEA DE MODIFICACIÓN DE LA COORDINACIÓN DE LAS PRESTACIONES POR CESE DE ACTIVIDAD**

Tras varias consultas y estudios, la Comisión Europea propuso en diciembre de 2016, como parte de su paquete de movilidad laboral, la revisión del Reglamento (CE) núm. 883/2004 y del Reglamento de aplicación (CE) 987/2009, con la finalidad de responder a la realidad social y económica cambiante de la actualidad.

Se llega así a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el Reglamento (CE) 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004.

---

<sup>35</sup>Desdentado Bonete, A.: «Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 64, 2006, p. 32.

Concretamente esta iniciativa persigue facilitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al mismo tiempo que pretende garantizar la claridad jurídica, una distribución justa y equitativa de la carga financiera entre los Estados miembro, así como la simplificación administrativa y medidas para garantizar el cumplimiento de las normas. En suma, se pretende lograr un sistema modernizado de coordinación de la Seguridad Social que responda a la realidad social y económica de los Estados miembros.

Adentrándonos en el trabajo autónomo, en la propuesta de modificación sobre la coordinación, se persigue que este trabajo por cuenta propia sea reconocido debidamente como una forma de trabajo que favorece la creación de empleo y la disminución del desempleo, siendo acompañada de medidas adecuadas de protección social de los trabajadores autónomos.

En este sentido, se insta a los Estados miembros a que se vele para que el trabajo autónomo no se convierta en un medio de impedir que los trabajadores disfruten de los beneficios de la Seguridad Social y la seguridad en el trabajo ni en un medio para que los empleadores eludan el Derecho laboral y de la Seguridad Social<sup>36</sup>.

Profundizando en las normas especiales sobre totalización de períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia, el primero de los preceptos que se modificará con la propuesta de modificación del reglamento será el artículo 61. En efecto, de acuerdo con esta nueva normativa, se requerirá un período mínimo de tres meses de seguro de empleo o actividad por cuenta propia.

Es decir, se modificará el artículo 61 para suprimir las disposiciones especiales de totalización que figuran en el apartado 1 actual. En su lugar se aplicarán las disposiciones generales de totalización del artículo 6, de manera que, en caso necesario, los períodos de seguro, de empleo, o de actividad por cuenta propia completados en un Estado miembro anterior sean tenidos en cuenta por el Estado miembro en el que se haya ejercido el último período de actividad, a condición de que los últimos períodos de seguro, de empleo, o de actividad por cuenta propia hayan sido completados en ese Estado miembro y hayan durado al menos tres meses.

Por tanto, la opción preferida para la totalización de prestaciones por desempleo es exigir un período de carencia mínimo de un seguro de tres meses en el Estado miembro donde se ha ejercido la actividad más reciente antes de que se tenga derecho a totalizar los períodos de seguro anteriores (al mismo tiempo que se exige al Estado miembro del empleo anterior que proporcione prestaciones en caso de que no se cumpla esta condición). Esta opción seleccionada se prefiere a otras que permiten la totalización después de solo un día o un mes de seguro, o que permiten que se reciban ingresos de referencia en un Estado miembro donde se ha ejercido la actividad anterior para que se tenga en cuenta el cálculo de las prestaciones por desempleo tras uno o tres meses de empleo en el Estado miembro competente; lo cierto es que parece que es una opción

---

<sup>36</sup>*Vid.* Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre la protección social para todos, incluidos los trabajadores autónomos (2013/2111(INI)).

más satisfactoria, justa y ecuánime para los Estados miembros con la finalidad de evitar lícitos llamamientos al fraude de ley.

El segundo precepto que se modificará será el artículo 64.1.c) y 64.3. Concretamente lo que se modificará es la referencia al plazo de tiempo: a) En el apartado 1, letra c), la palabra «tres» se sustituye por «seis» y las palabras «de tres meses hasta un máximo de seis meses» se sustituyen por las palabras «de seis meses hasta el final del período en que dicha persona tiene derecho a las prestaciones». b) En el apartado 3, la palabra «tres» se sustituye por «seis» y las palabras «hasta un máximo de seis meses» se sustituyen por las palabras «el final del período en que dicha persona tiene derecho a las prestaciones».

En efecto, se modificará el artículo 64 para ampliar, de tres a seis meses, el plazo mínimo para que los solicitantes de empleo desempleados que busquen trabajo en otro Estado miembro puedan solicitar la exportación de las prestaciones por desempleo. Por tanto, respecto a la exportación de prestaciones por desempleo, la opción seleccionada es ampliar, de tres a seis meses, el período mínimo para la exportación de prestaciones por desempleo, al mismo tiempo que se da la posibilidad de exportar la prestación para todo el período de derecho a prestaciones.

Debe añadirse que esta opción se combinará con un mecanismo de cooperación reforzada para ayudar a los solicitantes de empleo a buscar trabajo, lo que aumentará sus posibilidades de reincorporarse al mercado laboral.

También se añadirá un nuevo precepto íntegro, el artículo 64.bis, y que hace referencia a las normas especiales para las personas desempleadas que se han trasladado a otro Estado miembro sin cumplir las condiciones del artículo 61, apartado 1, y del artículo 64. En efecto, el nuevo artículo 64.bis complementa al artículo 61 estableciendo que los desempleados que se mudan a vivir a otro Estado miembro y se quedan sin empleo después de un período inferior a tres meses de actividad laboral asegurada podrán solicitar que se exporten sus prestaciones por desempleo en metálico desde el Estado miembro del seguro anterior. En este caso, tienen que registrarse en los servicios de empleo del Estado miembro en el que se haya ejercido el último período de actividad y cumplir las obligaciones que se exigen a los beneficiarios de prestaciones de desempleo en virtud de la legislación de dicho Estado miembro.

El artículo 65 también será modificado de acuerdo con esta propuesta a fin de introducir nuevas disposiciones para el pago de prestaciones por desempleo a los trabajadores fronterizos y otros trabajadores transfronterizos que, durante su último período de actividad laboral, hayan residido fuera del Estado miembro competente.

En el artículo 65.1 las modificaciones que se realizarán tienen que ver con estilos de redacción del texto -por ejemplo, sustituir «empresario» por «empleador»-, a excepción de la eliminación del vocablo «parcial» que acompaña a la frase referida a «situación de desempleo ~~parcial~~». En definitiva, en el apartado 1 se establecerá que se trate a dichas personas como si residieran en el Estado miembro competente.

En el apartado 2 se establecerá que las personas que hayan trabajado durante menos de doce meses en el Estado miembro competente reciban prestaciones del Estado de residencia. No obstante, un trabajador que tenga derecho a prestaciones por desempleo en virtud de la legislación nacional del Estado miembro competente sin basarse en el principio de totalización del artículo 6 podrá optar por recibir las prestaciones por desempleo de dicho Estado miembro.

En otros términos, respecto a la coordinación de las prestaciones por desempleo, la opción seleccionada es hacer que el Estado miembro del empleo más reciente sea responsable del pago de prestaciones por desempleo cuando el trabajador fronterizo haya trabajado allí durante al menos doce meses y, de lo contrario, se atribuya la responsabilidad al Estado miembro de residencia.

Igualmente, y consecuencia de esta nueva redacción, se introducirán variaciones en los apartados 3 y 4 del artículo 65. De acuerdo con el artículo 65.3, si la persona en desempleo total no desea estar o mantenerse disponible para los servicios de empleo del Estado miembro competente, y desee buscar trabajo en el Estado miembro de residencia o en el que haya ejercido su último período de actividad, se le aplicará el artículo 64. Por tanto, en el apartado 3 se establece una excepción a la obligación normal en virtud del artículo 64, apartado 1, letra a), de que cualquier desempleado que desee exportar sus prestaciones por desempleo debe llevar registrado al menos cuatro semanas en los servicios de empleo del Estado miembro competente.

Esta excepción se aplicará en el caso de una persona en situación de desempleo total que decida buscar trabajo en su Estado miembro de residencia y formule una solicitud para todo el período de derecho a una prestación por desempleo.

De acuerdo con el artículo 65.4, las personas en situación de desempleo total también pueden ponerse a disposición de los servicios de empleo del otro Estado miembro. Por tanto, en el apartado 4 se da a dichas personas la opción de registrarse en los servicios de empleo del Estado miembro de residencia o en los del Estado miembro en el que se haya ejercido la actividad anterior.

Por último, debe destacarse el apartado 5 del citado precepto que establecerá: *«los apartados 2 a 4 del presente artículo no se aplicarán a las personas que estén en situación de desempleo parcial o intermitente»*. En efecto, en este apartado 5 se aclara que los apartados 2 a 4 no son aplicables a las personas que estén en situación de desempleo parcial o intermitente. Por tanto, tales personas solo tienen derecho a solicitar prestaciones por desempleo en el Estado miembro en el que se haya ejercido la actividad anterior.

## **V. BALANCE Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES**

En la medida en que el “paro” sigue mostrándose como problema fundamental estructural de la sociedad española, por su potencialidad de incrementar la desigualdad y la exclusión social, y por sus repercusiones sociales, políticas y económicas, la

protección por desempleo deja de ocupar un papel marginal o residual de las políticas legislativas, convirtiéndose en la prioridad de los sistemas de Seguridad Social.

Así, y partiendo de que el objeto de la Seguridad Social es la de eliminar ciertos daños ocasionados por la verificación de una contingencia, en la situación de desempleo el daño se origina por una cesación o reducción de la renta como consecuencia de la pérdida de la ocupación o del cese de actividad en trabajadores autónomos.

Las prestaciones de desempleo garantizan al trabajador una renta económica de sustitución del salario o de reparación de la situación de necesidad por falta de trabajo durante el tiempo transcurrido desde la pérdida del empleo o cesación de actividad hasta la obtención de un nuevo empleo. Lo importante es garantizar la existencia digna de la persona -de acuerdo con los artículos 10 y 35.1 CE-.

A lo anterior, debemos añadir un gran problema actual: se avanza hacia una sociedad de menor crecimiento del empleo y de las actividades, porque el simple crecimiento económico ya no es suficiente para crear empleo.

Obviamente esto supone un cambio estructural de perspectiva de regulación del fenómeno desempleo: es innegable que nuestras políticas sociales han estado siempre relacionadas con el trabajo asalariado por cuenta ajena, pero el trabajo autónomo y el autoempleo empiezan a tener bastante fuerza.

Por tanto, el hecho social del desempleo deberá abordarse no solo desde una perspectiva coyuntural sino también estructural pero, además, enfocada no solo al desempleo del trabajador asalariado sino teniendo en cuenta el trabajo por cuenta propia o autónomo.

Para ello se deberá conjugar las políticas sociolaborales que protejan a los trabajadores desempleados -por cuenta ajena y propia- a través de medidas reparadoras -políticas pasivas- y medidas activas -encaminadas a la empleabilidad y a la reinserción de las personas desempleadas-.

Todo lo cual no hace sino poner de manifiesto que estamos ante un buen momento histórico para que el modelo normativo de protección por desempleo y por cese de actividad vuelva a ser redefinido.

Es necesario repensar el modelo global de protección del desempleo en nuestro sistema jurídico: en este sentido, se debe reflexionar y considerar una política de reformas que tengan en cuenta la perspectiva de la evolución de la sociedad española donde el empleo, hoy día, es un bien escaso.

Y lo cierto es que esta reflexión del sistema no puede demorarse mucho más pues quizás las posteriores reformas -que seguro llegarán- se produzcan sin demasiado tiempo de reacción y actuación.

Estas reformas deben de tener el objetivo de la rápida reinserción de los desempleados y de los que hayan cesado en su actividad logrando un correcto funcionamiento del mercado de trabajo.

Para ello no solo debe modificarse la temática referida a la protección por desempleo – en referencia a las políticas pasivas– sino poner en marcha unas eficaces políticas activas para el empleo.

Concretamente, la protección por cese de actividad de los empleados autónomos se implanta por la propia condición de trabajadores que poseen, los cuales, al amparo del propio artículo 41 CE, se les debe garantizar también la específica protección por desempleo.

Lo cierto es que el citado artículo constitucional queda cumplido desde el instante en el que existe un sistema de protección de Seguridad Social. No obstante, el ordenamiento jurídico español, por su vocación universalista, decide crear un sistema de protección por desempleo, aunque eso sí, imperfecto, no solo para los trabajadores asalariados, también para el cese de actividad de los trabajadores autónomos.

En estos momentos, y dentro del análisis particular de la protección por desempleo del trabajador autónomo, la tutela ofrecida se encuentra prácticamente concluida -aunque de manera imperfecta-, pues cuenta en su haber con todo un elenco de coberturas que están amparadas por la Seguridad Social, por lo que el sistema, a grandes rasgos, se encontraría prácticamente lacrado.

Lo anterior, en alusión a la regulación global del sistema, así como a su continuo proceso de homogeneización, pero no a las concretas cuestiones sobre cotizaciones, bases reguladoras, cuantías, duraciones, -entre otros aspectos- que, como es sabido, se encuentran en constante movimiento.

Por tanto, todavía persisten algunas incoherencias o puntos críticos sobre los que resulta preciso reflexionar y perfeccionar.

Uno de estos puntos grises lo comporta, sin duda, la prestación por cese de actividad. En cualquier caso, muchas de las críticas vertidas sobre esta prestación han sido enmendadas por la disposición final segunda de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, sobre todo, en lo que respecta a la suavización de los requisitos y formalidades que impedían en la práctica el legítimo disfrute de la misma.

Pero sería recomendable buscar una mayor dosis de confluencia entre la protección por «cese de actividad» de los autónomos y la protección general por desempleo.

Más específicamente, y sobre la regulación de la protección por cese de actividad, creemos que la mayor problemática se encuentra en la voluntariedad del acogimiento de la protección y, específicamente, en la limitada duración temporal de la misma -lo que no hace nada atractivo acogerse a dicha protección-.

Voluntariedad en el acogimiento de la protección por cese de actividad del trabajador autónomo que no permite el estallido definitivo ni el arranque necesario a una protección que podría desarrollarse y mejorarse de diversas formas.

Además, lo cierto es que la limitada duración temporal para disfrutar de la prestación trae como consecuencia directa el reconocimiento de insuficiencia de este mecanismo de cobertura frente a las situaciones de necesidad que se pretenden proteger.

Creemos que debiera plantearse la alteración de la duración de la prestación por cese de actividad: en otros términos, aumentarla y equipararla a la prestación por desempleo del trabajador asalariado. Sin embargo, reconocemos que no es nada fácil pues la cuota total que supone la acumulación del período de cotización podría resultar inasumible por la mayoría de los autónomos.

Por otro lado, respecto a la coordinación de las prestaciones por desempleo de los trabajadores autónomos o por cuenta propia, salvo las excepciones mencionadas -especialmente la de trabajadores fronterizos en situación de desempleo total-, las prestaciones de desempleo se reconocerán -como regla general- con cargo al Estado de empleo -es decir, donde se ha desarrollado el trabajo- porque es en él donde jurídicamente se han cubierto los períodos de seguro. En otros términos, el último lugar de prestación de servicios.

En este sentido, las medidas de coordinación contra el desempleo del trabajador autónomo se encuentran coordinadas a nivel europeo; sin embargo, sería bastante positivo y recomendable mayor homogenización en la citada materia: es decir, no a nivel de coordinación entre unos Estados miembros respecto a otros, sino una mayor homogenización de la propia materia de la prestación por desempleo del trabajador autónomo con la finalidad y el objetivo de darle ese último impulso que le permita despegar, desarrollarse y ser un verdadero instrumento y recurso eficaz de utilidad social.

Creemos que la previsión normativa de coordinación existe y es adecuada, pero el diseño y ejecución de la prestación por desempleo del trabajador autónomo es ineficiente.

Dentro del análisis general que se ha de realizar de la protección por desempleo, los grandes retos a los que se enfrenta el Estado del Bienestar se encuentran relacionados con la reflexión activa contra la decadencia de lo público. Sencillamente, la unidad del sistema de Seguridad Social se ha roto.

Es cierto que se constata en nuestro sistema la existencia de “fortalezas” -su capacidad de resistencia a los malos tiempos sin deterioro grave de la protección-, pero se ha de advertir de que el peso, a medio y largo plazo, de las “debilidades y amenazas” en un equilibrio precario podrá estallar en las próximas décadas.



La crisis que se vive, no es solo financiera, sino que afecta también al modelo productivo: como consecuencia, el empleo que comienza a producirse es, además de escaso, de muy poca calidad.

Recibido: 21.03.2018. Aceptado: 12.04.2018.

## **LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO DE LOS TRABAJADORES MAYORES COMO ELEMENTO PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES**

PROTECTION AGAINST THE DISMISSAL OF OLDER WORKERS AS AN ELEMENT FOR THE SUSTAINABILITY OF PENSIONS

**BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA**

Profesora Titular de Universidad (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada

ORCID ID: 0000-0002-1248-6015

## RESUMEN

A nivel europeo el envejecimiento de la población viene constituyendo un reto importante, ya que como revelan las estadísticas el alargamiento de la esperanza de vida, junto con el paso a la jubilación de los nacidos del *boom* de natalidad, hacen pensar sobre las consecuencias económicas y presupuestarias que sobre los distintos Estados europeos conlleva reducir el potencial de crecimiento financiero. Por esa razón la Unión Europea ya ha reconocido la necesidad de combatir el efecto del envejecimiento demográfico. Sin embargo, lo más destacado de estas directrices europeas es la falta de regulación concreta de cómo se han de llevar a cabo esas políticas de promoción del envejecimiento activo, lo que unido a la contradicción entre textos comunitarios ha propiciado que se plantee en España una fuerte tensión en torno a dos conceptos "envejecimiento activo" o "sostenibilidad del sistema de pensiones". Actualmente, la figura de la prejubilación se está convirtiendo en la gran estrella de los procesos de reestructuración empresarial al propiciar la salida prematura del mercado de trabajo de los trabajadores mayores, lo cual hace pensar acerca del establecimiento de un trabajo decente.

**PALABRAS CLAVE:** sostenibilidad de las pensiones, despido colectivo, mayores, envejecimiento activo y prejubilación.

## ABSTRACT

At European level the ageing of the population is constituting a major challenge, since as statistics reveal the lengthening of life expectancy, together with the move to the retirement of the baby boomers born, they make think about the Economic and budgetary consequences resulting from reducing the potential of financial growth on European States. For that reason the European Union has already recognized the need to combat the effect of demographic ageing. However, the highlight of these directives is the lack of specific regulation of how have to carry out these policies for the promotion of active ageing, which together with the contradiction between Community texts has led to it arises in Spain a strong tension around two concepts "active ageing" or "sustainability of the pension system". Currently, the figure of early retirement is becoming the star of corporate restructuring the lead to the premature exit from the labour market of older workers, which makes thinking about the establishment of a decent work.

**KEY WORDS:** sustainability of pensions, redundancy, older, active ageing and retirement.

## **SUMARIO**

### **I. LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL EN EL MARCO DEL SISTEMA DE EMPLEO**

**A. LA DIRECTIVA 98/59 CE DEL CONSEJO, DE 20 DE JULIO, SOBRE DESPIDOS COLECTIVOS.**

**B. POLÍTICAS EUROPEAS SOBRE ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES**

### **II. FOMENTO DEL EMPLEO DE MAYORES, DESPIDO COLECTIVO Y SEGURIDAD SOCIAL: TRES VARIANTES EN ETERNO CONFLICTO**

**A. PREJUBILACIÓN: ENTRE LA FLEXIBILIDAD DEFENSIVA Y LA OFENSIVA COMO FORMA DE SALIDA PREMATURA DEL MERCADO DE TRABAJO**

**B. LA PREJUBILACIÓN COMO PUENTE JURÍDICO PARA EL ALIVIO DE INTERESES EMPRESARIALES: ¿PENALIZACIÓN? ¿INCENTIVO? Y USO FRAUDULENTO**

**C. MODELO NORMATIVO: EL PAPEL DE LOS AGENTES COLECTIVOS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES MAYORES**

**D. EL DERECHO DE CONSULTA-NEGOCIACIÓN ORDINARIO Y A LA EMISIÓN DE UN INFORME PREVIO EN CASO DE REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLAS**

**E. MEDIDAS DIRIGIDAS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES MAYORES: LAS INSUFICIENCIAS DEL MODELO PARTICIPATIVO Y NEGOCIAL DE LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES Y SU CONVENIENCIA DE REFORMA DESDE EL “GARANTISMO JURÍDICO-SOCIAL”**

**F. INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO DE LA PREJUBILACIÓN: LOS PLANES PRIVADOS DE PENSIONES**

### **III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA**

## I. LOS PROCESOS DE RESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL EN EL MARCO DEL SISTEMA DE POLÍTICAS DE EMPLEO

El incremento de la esperanza de vida y de los gastos a cargo del sistema de Seguridad Social, motivada entre otras razones por el aumento en el número de altas en la pensión de jubilación, ha suscitado la necesidad de operar cambios en el sistema de políticas de empleo comunitarias.

En un principio, la idea fuerza caminaba acorde con el derecho a asegurar pensiones dignas para todos los ciudadanos europeos, pero poco a poco la situación ha ido cambiando. Espoleada por la coyuntura de crisis económica, que de lleno ha afectado a las frágiles estructuras que sostienen a los mercados europeos, se han adoptado en el marco de la política europea una serie de medidas que buscan reducir la presión que las pensiones ejercen sobre un sistema público, cada vez, más sobrecargado.

De ahí que no sea tan extraño el uso de los procesos de reestructuración empresarial con la intención de expulsar del mercado activo a los trabajadores mayores. Ciertamente, el despido colectivo se ha convertido en la gran estrella del modelo regulador en tiempos de crisis empresarial, lo cual hace plantearse las bases o cimientos mismos del sistema de Seguridad Social.

Y es que esta figura expulsiva de la mano de obra madura ha pasado de operar de manera puntual a convertirse en un hecho permanente, por lo que al tiempo ello ha ocasionado una crisis del empleo y una instrumentalización del sistema de protección social en el marco de una sociedad de riesgo<sup>1</sup>.

La estandarización y cronologización estricta de los ciclos vitales opera de manera normalizada, en lugar de excepcional, ante la mirada a menudo impasible del legislador y en contra de las garantías europeas de consecución para una viabilidad y mantenimiento del sistema de pensiones<sup>2</sup>.

Cabe afirmar que el desajuste actuarial deriva en gran medida de la progresiva disminución del periodo de actividad laboral que se viene produciendo, por una parte, porque los jóvenes han retrasado su acceso al mercado de trabajo (en relación con la edad a la que habitualmente se incorporaban en pasadas generaciones) y, por otra, porque la tasa de participación en el mercado laboral de las personas mayores de 50 años ha ido descendiendo<sup>3</sup>, entre otras razones, debido al uso a veces inadecuado de las distintas fórmulas de jubilación flexible, anticipada y parcial. Por lo que, para el legislador español, no resulta pues tan descabellada la idea de flexibilizar el despido colectivo, al tiempo que se endurecen los requisitos de acceso para una pensión digna de

---

<sup>1</sup>Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº Extra 1, 2010, pág. 159.

<sup>2</sup>Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., págs. 160-163. En esta misma dirección véase MORENO ROMERO, F: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2016, págs.165-173.

<sup>3</sup>Monereo Pérez, J.L: "La política de pensiones tras el Acuerdo Social y económico de 2011: la fase actual de la construcción de un "nuevo" sistema de pensiones" en *La edad de jubilación*, AA.VV., Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A (dirs y coords), Granada, Comares, 2011, pág. 5.

jubilación (desnaturalizando o descausalizando de esta figura)<sup>4</sup> y, asimismo, se alarga la edad ordinaria de jubilación.

El dilema entre la promoción del envejecimiento activo o la estabilidad presupuestaria del sistema de Seguridad Social se ha situado, hoy día, en el punto de mira doctrinal. Evidentemente, ello ha originado una fuerte tensión dialéctica que se eleva tanto a nivel nacional como europeo.

De ahí, que unas de las cuestiones que más se hayan debatido en nuestro país sea la revisión del Pacto de Toledo. Y es que con el objetivo en mente de que en un futuro el sistema de Seguridad Social pueda seguir haciendo frente a la protección de las personas que se encuentran en situación de necesidad, otorgando así una cobertura protectora amplia y eficaz, se han adoptado ya algunas medidas de urgencia que “supuestamente” tratan de compensar estos dos factores -envejecimiento demográfico y búsqueda de equilibrios financieros del sistema de pensiones públicas<sup>5</sup>- al tiempo que se evita cualquier discriminación por razón de edad.

Sin embargo y pese al catálogo de buenas intenciones, la realidad demuestra cómo a la hora de sopesar entre los distintos intereses en juego la balanza se haya inclinado en el sentido de “promover el envejecimiento activo”, en lugar de “garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones” que tanto defiende ahora la Unión Europea.

Así es, el legislador español entiende que debe prevalecer lo dispuesto por el Libro Blanco de la Comisión Europea: “Ayuda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles” (COM (2012) 55 final, de 16 de febrero de 2012) y el Libro Verde,<sup>6</sup> dada la grave situación de crisis financiera, por lo que olvida las directrices para las políticas de empleo que deben llevar a cabo los Estados miembros en pro del envejecimiento activo e introduce así una serie de reformas que, para muchos, dibujan la crónica de una muerte anunciada en la pensión de jubilación<sup>7</sup>.

Por otra parte, y de nuevo en contra de las directrices comunitarias en materia de empleo y de pensiones, se ha impuesto a nivel nacional una política legislativa que tiende a favorecer la salida del mercado de trabajo de todas aquellas personas próximas a una edad de jubilación. Para lo cual se emplea la vía del despido colectivo.

Y ello con la única pretendida intención de favorecer la inserción laboral de los más jóvenes a través del establecimiento de un sistema más basado en la precariedad laboral, el abuso y el fraude. No le interesa, por tanto, al legislador español emplear y proteger a

---

<sup>4</sup>López Insua, B.M: "La jubilación parcial", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y López Cumbre, L (Dirs), Maldonado Molina, J.A y Fernández Ramírez, M (Coord), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Granada, Comares, 2015, pág. 171.

<sup>5</sup>Monereo Pérez, J.L: "Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, AA.VV, Monereo Pérez, J.L (Dir), Granada, Comares, 2010, pág. 146.

<sup>6</sup>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", *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº5, año 29, mayo 2013, pág. 3.

<sup>7</sup>López Gandía, J: "La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones", *Documentación laboral*, nº 99, 2013, Vol.III, pág. 57.

los trabajadores experimentados o con capacidades no necesariamente obsoletas, sino disminuir los índices de desempleo que tanto están dañando las arcas de nuestro sistema de Seguridad Social. Es por ello que, hasta el momento, no se hayan llevado a cabo medidas de política activa para los mayores o próximos a una edad de jubilación<sup>8</sup>. Por supuesto, no debe olvidarse que la intervención de éste ha sido, en esta materia, muy tímida en los últimos años<sup>9</sup>.

Aunque si cabe alabar algunas medidas disuasorias que han operado frente al despido colectivo de los mayores, así como la necesidad obligatoria de tener en cuenta, por parte de los negociadores colectivos, su situación a la hora de la adopción de estas decisiones empresariales. Sin embargo, a día de hoy, los sujetos negociadores siguen recurriendo con frecuencia al despido colectivo de los trabajadores de edad madura como fórmula o solución ante los procesos de reestructuración empresarial, ignorando la grave repercusión que esta medida puede suponer para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social.

#### **A. LA DIRECTIVA 98/59/CEDEL CONSEJO, DE 20 DE JULIO, SOBRE DESPIDOS COLECTIVOS**

La evolución normativa en materia de despidos colectivos ha seguido caminos muy diferentes en las legislaciones propias de cada uno de los Estados Comunitarios. Y es que, ya sea por razones económicas, sociales o políticas, lo cierto es que esta materia se ha visto afectada en sus distintas modalidades y procedimientos de despidos colectivos, así como en lo referente a las medidas que son efectuadas para atenuar las consecuencias que ocasiona este tipo de extinción contractual en los trabajadores de edad madura.

Mientras que algunos Estados europeos han optado por un modelo más garantista de los derechos laborales, por el contrario, otros países (como es el caso de España) se han inclinado por flexibilizar el despido colectivo a costa de limitar el establecimiento de unas garantías mínimas para los trabajadores -en general- y los mayores -en particular-. En todo caso, hay que tener en cuenta que en esta materia influye *los modelos de flexiseguridad* (que oscilan entre el “garantismo” y la “liberalización”) que adopten los Estados miembros de la Unión Europea (UE)<sup>10</sup>.

La repercusión que ha tenido este fenómeno sobre el mercado laboral se ha visto agravada a causa de la situación de crisis económica mundial, ocasionando así graves consecuencias para el establecimiento de una Europa fuerte y capaz de competir a nivel

---

<sup>8</sup>Suárez Corujo, B: "Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L, Fernández Bernat, J.A y López Insua, B.M (Dir. y Coords), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, págs. 759-767. En una perspectiva más integral de protección sociolaboral de la personas maduras o de edad avanzada, véase Monereo Pérez, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013, *passim*.

<sup>9</sup>Gallego Losada, R: *El dilema de las pensiones en España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, págs. 120-134.

<sup>10</sup>Monereo Pérez, J.L: "Intervención administrativa en los despidos colectivo", *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 125, 2014, pág. 219.

internacional. Ello ha conducido necesariamente a que en el espacio económico europeo se hayan llevado a cabo estrategias de *reestructuración empresarial* y de adaptación competitiva a las constantes transformaciones de los mercados y exigencias de rentabilidad de las empresas. Por esta razón, la intervención del Derecho comunitario en este campo parte de la constatación de la necesidad de armonizar la regulación legal de los Estados miembros.

Paulatinamente, los derechos sociales de los trabajadores se han ido reconociendo en el Derecho Comunitario a través de las diferentes directivas que se han aprobado y por las que se pretende aproximar la legislación de los Estados europeos a lo dispuesto por el ordenamiento supranacional<sup>11</sup>. A este fin, nace la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio sobre despidos colectivos<sup>12</sup>, en aras de reforzando la protección de los trabajadores en caso de despido colectivo y logro de un desarrollo económico-social equilibrado en la UE.

Principalmente, la protección que ofrece aquí la legislación europea se concreta en los derechos de consulta-negociación e información con los representantes de los trabajadores, obligación ésta que deberá respetar el empleador en caso de que pretenda iniciar el correspondiente procedimiento de despido colectivo. Constituye este punto, en particular, pieza clave para el mantenimiento en el empleo de los trabajadores mayores o, en su caso, para el fomento de medidas internas de recolocación o prevención de su expulsión del mercado activo de trabajo.

El marco comunitario que presenta la Directiva de 1998 se construye no sólo sobre el papel pro-activo que deberá desempeñar la Administración Laboral sino, y lo que es aún más importante, sobre un modelo de flexibilidad negociada del preceptivo período de consulta-negociación, esto es a lo que la doctrina ha denominado como "negociación colectiva gestional"<sup>13</sup>.

El contexto de referencia que marca la normativa europea sobre despidos colectivos conlleva necesariamente la implicación consciente y participativa de los representantes de los trabajadores en las decisiones de la empresa, de modo que los pactos que se acuerden en el marco de este procedimiento gestional constituirán expresión formal de la negociación colectiva llevada a cabo de conformidad con el principio de buena fe. La codecisión negociada se convierte así en un instrumento muy útil para la toma de decisiones en los supuestos de reestructuración empresarial, de ahí que entren en juego los derechos de información y consulta.

No obstante, deberá tenerse también en cuenta por los agentes negociadores la necesidad de adoptar medidas "sociales de acompañamiento" que reduzcan o atenúen las consecuencias de los despidos colectivos para los trabajadores mayores.

A este respecto, cobran especial importancia los Planes Sociales (que son pactados en empresa de más de cincuenta trabajadores) como medida de amortiguación de los

---

<sup>11</sup>Arastey Sahún, M<sup>a</sup>. L: "La protección por despido en la Constitución Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 57, 2005, pág. 368.

<sup>12</sup>Relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 225/16).

<sup>13</sup>Monereo Pérez, J.L: "Intervención administrativa en los despidos colectivo"...op.cit., pág. 922.



efectos del procedimiento de regulación de empleo (los antes denominados ERE). De lo que se trata es de posibilitar la continuidad y la viabilidad del proyecto empresarial a través del empleo de distintas soluciones: recolocación de trabajadores, movilidad geográfica, creación de bolsas de empleo... etcétera. Ciertamente, el papel que cumple la representación de los trabajadores a la hora de la negociación de estas medidas es esencial para la consecución de los objetivos que marca, primero, la Directiva comunitaria 98/59/CE y, posteriormente, la normativa nacional<sup>14</sup> a fin de proteger a los trabajadores mayores.

La Directiva 98/59/CE se caracteriza, en principio, por implantar un modelo abierto y de "flexibilidad jurídica" que se adapta perfectamente a las distintas opciones de política legislativa. Por lo que en tanto los Estados Comunitarios alcancen los objetivos que son propuestos por la UE, las autoridades nacionales podrán elegir la forma y los medios ("Derecho flexible")<sup>15</sup>.

En los supuestos de reestructuración de empresas la Directiva de referencia fomenta la consecución de soluciones consensuadas a través del diálogo social y la negociación colectiva gestional (el modelo típico que se impulsa es el de la "flexibilidad negociada")<sup>16</sup>, lo que se en la práctica se ha traducido en la adopción de diversas opciones de política legislativas entre los Estados que forman parte de la Unión.

La experiencia demuestra como durante la crisis económica, a pesar de la situación sumamente negativa de los mercados y las finanzas, las empresas de toda Europa han emprendido procesos de reestructuración muy diferentes, algunos de los cuales pueden ser calificados como de constructivos, eficaces y útiles para limitar las pérdidas de puestos de trabajo gracias al empleo de métodos innovadores<sup>17</sup>.

Sin embargo, otras empresas (como es el caso de las españolas) se han inclinado por un tipo de reestructuración interna o *downsizing* basado en la reducción de las plantillas y, por tanto, en la destrucción de empleo (principalmente, de personas con edades próximas a una jubilación) como vía de mejora de la productividad de la empresa. En estos procesos de reestructuración interna se utiliza como criterio preferentemente para las mutaciones de empresa la figura del despido colectivo, aunque también cabe el

---

<sup>14</sup>Molero Marañón, M<sup>a</sup>.L y Valdés Dal-Ré, F: *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Granada, Comares, 2014, págs. 128-129.

<sup>15</sup>Monereo Pérez, J.L: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Comares, 2006, pág. 88.

<sup>16</sup>Monereo Pérez, J.L: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral...op.cit.*, págs. 171-172.

<sup>17</sup>Tal y como destacaba el informe 2009 del Observatorio Europeo de la Reestructuración (ERM), titulado "La Reestructuración en la recesión", en respuesta a la crisis, muchas empresas de toda Europa han tomado iniciativas para mantener el empleo; para lo cual emplean diversas medidas de reducción de las horas de trabajo. Estas medidas incluyen paradas de producción, vacaciones obligatorias, reducción de la semana o la jornada laboral, un mayor recurso a cuentas de horas de trabajo, rotación de permisos...etcétera En algunas empresas, los niveles salariales se han ajustado a la baja y las reducciones temporales de entre un 10% y un 20% no son infrecuentes. La mayoría de las empresas han aplicado distintas combinaciones de estas medidas y, tras intensas negociaciones, han llegado a adoptar diversos compromisos, a saber: salarios más bajos a cambio de participaciones en el patrimonio de la empresa. Y todo ello a fin de evitar el recurso a la figura del despido, como última opción. En otros países se conceden indemnizaciones por despido, a menudo combinadas con el disfrute de una jubilación anticipada. Ver el Libro Verde sobre "Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? (SEC 2012, 59 final), firmado en Bruselas el 17 de enero de 2012, COM (2012) 7 final.

recurso al despido individual<sup>18</sup> cuando el acumulado supera el umbral previsto por definición para el *downsizing*<sup>19</sup>. Lamentablemente la reducción o atenuación de los efectos del despido colectivo a través de la negociación de planes sociales encuentra, en este último de tipo de empresas, un escaso desarrollo entre las partes implicadas (agentes sociales y administración laboral)<sup>20</sup>, debido quizás al deficiente y limitado modelo de participación y gestión negociada que presenta la normativa europea<sup>21</sup>.

Pese al intento de armonización comunitaria, la ambigüedad de esta Directiva y, por supuesto, la grave situación de crisis financiera no han favorecido el logro de los objetivos marcados. Por lo que, en la actualidad, son muchos los Estados que guiados por criterios economicistas han olvidado ese sistema de protección reforzada negocial frente al despido colectivo, por lo que al final los colectivos más vulnerables son los que sufren las consecuencias de un modelo expulsivo de la mano de obra.

## **B. POLÍTICAS EUROPEAS SOBRE ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES**

El envejecimiento de la población es un reto importante para los sistemas de pensiones de todos los Estados europeos, ya que como revelan las estadísticas el alargamiento de la esperanza de vida, junto con el paso a la jubilación de los nacidos del *boom* de natalidad, auguran consecuencias económicas y presupuestarias de gran calado en la Unión Europea al reducir el potencial de crecimiento económico y ejercer presión sobre las finanzas públicas.

En este sentido, los distintos países comunitarios han de adaptarse “para asegurar su viabilidad en el largo plazo y mantener unas pensiones adecuadas”. Y es que, a nivel europeo, el logro de la sostenibilidad del sistema de pensiones<sup>22</sup> se ha convertido en una prioridad, debiéndose combinar este ambicioso objetivo con el impulso o promoción del envejecimiento activo<sup>23</sup>.

La Decisión 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional (2012)<sup>24</sup> ha reconocido la necesidad de combatir el efecto del envejecimiento demográfico que se proyecta sobre los modelos europeos. Para ello ha

---

<sup>18</sup>El Libro Verde sobre "Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? (SEC 2012, 59 final) expone, en este sentido, que el hecho de que en algunos países las empresas hayan optado por los despidos como forma de reestructuración incide negativamente la economía. La Comisión califica la actuación de estos países como reactivas, en lugar de previsoras y correctoras. El recurso a la figura del despido no sólo causa un efecto importante sobre la economía, sino también sobre la inversión y el crecimiento económico.

<sup>19</sup>Véase el requisito cuantitativo o numérico que enumera el artículo 51.1 del ET para declarar un despido como colectivo.

<sup>20</sup>Aragón Medina, J; Rocha Sánchez, F y De la Fuente Sanz, L: *Los planes sociales en los procesos de reestructuración en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2010, pág. 125.

<sup>21</sup>Monereo Pérez, J.L: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral...*op.cit., págs. 177-178. La

<sup>22</sup>Ampliamente, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, Madrid, Ed. Tecnos, 2013.

<sup>23</sup>Véase el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre "Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles" firmado en Bruselas el 16 de febrero de 2012, COM(2012) 55 final.

<sup>24</sup>Diario Oficial de la Unión Europea de 23 de septiembre de 2011 (L 246/5).

afirmado que una respuesta fundamental a este rápido cambio de la estructura de edades consiste en "promover la creación de una cultura del envejecimiento activo como un proceso permanente y, en consecuencia, garantizar que las personas que actualmente tienen cerca de 60 años o más, cuyo número aumenta rápidamente y que, globalmente, están más sanas y mejor formadas que ningún otro grupo anterior de esa edad, gocen de buenas oportunidades de empleo y participación activa en la vida familiar y social, también a través de actividades de voluntariado, el aprendizaje permanente, la expresión cultural y el deporte".

Se trata, por tanto, de garantizar un envejecimiento más saludable para todos y, en particular, para las personas más próximas a una edad de jubilación, lo que "puede contribuir a que las personas de más edad incrementen su participación en el mercado de trabajo, permanezcan activas más tiempo en la sociedad y mejoren su calidad de vida individual, y a que se reduzca la carga para los sistemas de atención sanitaria y social y para los regímenes de pensiones".

El término "envejecimiento activo" al que tanto tiempo le dedicó la UE fue definido en 2012 por la Organización Mundial de la Salud como el proceso en el que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen<sup>25</sup>.

De ahí que las políticas comunitarias de envejecimiento activo deban basarse pues "en una sociedad para todas las edades", lo que implica "crear mejores oportunidades para que las mujeres y los hombres de más edad puedan participar en el mercado laboral, combatir la pobreza, en particular la de las mujeres, y la exclusión social, incentivando el voluntariado y la participación activa en la vida familiar y en la sociedad, y fomentando un envejecimiento saludable con dignidad".

A tal fin, se fijan como objetivos "adaptar las condiciones laborales, luchar contra los estereotipos negativos relacionados con la edad y contra la discriminación por razón de edad, mejorar la higiene y la seguridad en el trabajo, adaptar los sistemas de aprendizaje permanente a las necesidades de una mano de obra de más edad y garantizar que los sistemas de protección social sean adecuados y proporcionen incentivos correctos"<sup>26</sup>.

En materia de Seguridad Social, esta nueva visión de las políticas comunitarias sobre "envejecimiento activo" implicará buscar alternativas que compensen el cese de la actividad de los trabajadores de edad avanzada. De modo que se combinen correctamente las Políticas de Seguridad Social y las de Empleo en un sentido "pro-activo" y, por tanto, de reactivación de la capacidad de ofrecer empleos como solución para asegurar el mantenimiento, la viabilidad y la seguridad del sistema de pensiones<sup>27</sup>. Por lo que visto de una perspectiva protectora, estas medidas deberán ir enfocadas, en primer lugar, al objetivo de mantenimiento de la vida laboral y, en segundo lugar, a la

---

<sup>25</sup>Véase el apartado 9 de la Decisión 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2011 sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional (2012).

<sup>26</sup>Ver artículo 2 de la Decisión 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2011 sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional (2012).

<sup>27</sup>Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., pág. 105.

reincorporación en la vida laboral para el caso de que el trabajador cese prematuramente<sup>28</sup>.

Es precisamente en este punto equidistante donde se ha planteado la reformulación del régimen jurídico de las pensiones, lo cual ha sido fuente de una fuerte tensión entre dos objetivos, de un lado, la prolongación de la vida activa y, de otro lado, la sostenibilidad del sistema de pensiones.

En este contexto los Estados miembros de la UE, siguiendo lo dispuesto por las directrices comunitarias, deberán aumentar las tasas de empleo de los trabajadores de más edad mediante el fomento de la innovación en la organización del trabajo y el aumento de la empleabilidad de los trabajadores de más edad mejorando sus aptitudes<sup>29</sup>. Por tanto, la idea del envejecimiento activo aparece referida a los derechos de las personas próximas a una edad de jubilación, siendo así el fin último de ésta el evitar su expulsión o exclusión en la participación activa de la sociedad.

No obstante a lo anterior, el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”, firmado en Bruselas el 16 de febrero de 2012, se refiere a la necesidad de diseñar y poner en práctica estrategias globales que permitan adaptar los distintos sistemas de pensiones nacionales a las cambiantes circunstancias económicas y demográficas.

Y ello en una línea tendente a asegurar la viabilidad a largo plazo de las pensiones y necesaria sostenibilidad de las finanzas públicas, de forma que no decaiga la seguridad del sistema de Seguridad Social. En este documento se repiten los considerados del Libro Verde sobre el envejecimiento de la población, el impacto de la crisis económica en los sistemas de pensiones<sup>30</sup> y la importancia fundamental que tienen las pensiones para la buena marcha social y económica de Europa<sup>31</sup>. Por lo que, en general, el Libro Blanco no aporta ninguna idea completamente nueva, pues los objetivos que marca son los mismos que están presentes en otros documentos europeos desde el año 2001<sup>32</sup>.

No obstante, pese a este importante cambio en el sistema de políticas de empleo, lo cierto es que esa idea del envejecimiento activo que tanto se trata de impulsar desde el ámbito europeo no ha calado suficientemente en España debido a la situación de crisis

---

<sup>28</sup>Sánchez-Urán Azaña, Y: "Trabajadores de edad avanzada: I. Jubilación anticipada y jubilación parcial (Cuestiones prácticas tras la Reforma 2013)", *Actualidad Laboral*, nº 9, Septiembre de 2013, pág. 2.

<sup>29</sup>En este sentido, 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, insta a los Estados miembros, en las directrices número 7 y número 8, a aumentar la participación de la mano de obra mediante políticas que promuevan el envejecimiento activo.

<sup>30</sup>Se pretende asegurar "unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros" (Libro Verde de la Comisión Europea firmado en Bruselas el 7 de julio de 2010 (COMO (2010) 365 final).

<sup>31</sup>En concreto el Libro Verde apunta a que deben llevarse a cabo reformas tendentes a “animar a que más gente trabaje más y durante más tiempo para obtener derechos similares a los de antes: aumento de las edades de jubilación; recompensa a quien se jubila más tarde y penalización a quien lo hace antes; paso de las prestaciones basadas en las retribuciones de los mejores años a un derecho basado en la media de las retribuciones a lo largo de la carrera laboral; cierre o restricción de las vías de salida temprana; medidas del mercado de trabajo para animar a los trabajadores de más edad a permanecer en él y permitirles hacerlo y para fomentar en él una mayor igualdad entre hombres y mujeres”.

<sup>32</sup>Alonso Seco, J. M<sup>a</sup>: *Política Social Europea*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a distancia, 2014, p. 253.

económica. Por lo que el legislador nacional olvidando el importantísimo cambio demográfico y la necesidad de que todas las personas puedan disfrutar de una pensión que les permita vivir dignamente, determina que lo imperante es en el momento presente "sacar a los trabajadores mayores del mercado de trabajo como fórmula para reducir el desempleo" y renovar sangre nueva. De modo que se ignora que el éxito de las políticas de empleo, más allá del mercado de trabajo, no está en anteponer los intereses económicos a las garantías laborales, sino en garantizar unos niveles de pleno empleo para todas las personas<sup>33</sup>.

## **II. FOMENTO DEL EMPLEO DE MAYORES, DESPIDO COLECTIVO Y SEGURIDAD SOCIAL: TRES VARIANTES EN ETERNO CONFLICTO**

Actualmente, se ha incrementado el número de personas mayores en edad de trabajar y que no encuentran empleo. Ello es debido al cambio demográfico, pero también al imparable envejecimiento de la población, así como al aumento de la esperanza de vida. Aunque hay que señalar que los jóvenes han sido punto de referencia en esta materia, lo cierto es que cada vez más los mayores están ganando protagonismo debido a la maduración, en términos de edad, de la generación del *baby boom*. Ello, evidentemente, va a determinar con el paso del tiempo un aumento del número de personas mayores, lo que al término afectará primero a aquellos próximos a una edad de jubilación y, seguidamente, a aquellos ya jubilados.

Principalmente, hay que decir que, este incremento ha afectado más a las personas desempleadas mayores de 45 años (normalmente entre 55 y 64 años) y, en función de la variante "sexo", se comprueba que las mujeres resultan más afectadas que los hombres. Esta lamentable situación obliga, al final y como medio de búsqueda de una vida digna, a que el núcleo familiar tenga que buscar fuentes adicionales de ingresos que palien los efectos del desempleo, así como el deterioro de condiciones laborales.

De la interconexión entre el sistema de Políticas de Empleo, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se deduce cómo el vigente modelo normativo está montado sobre la base del "pleno empleo", sin que con ello quepa olvidar el ciclo vital ternario. Por lo que, cuando se consigan conjugar, efectivamente, ambas variantes podrá asegurarse el disfrute de un sistema de protección social que garantice un equilibrio satisfactorio entre los niveles de empleo y de protección social frente a las situaciones de necesidad. De lo que se trata es de mantener la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones gracias al establecimiento de nuevas formas de empleo que aseguren, de una forma pro-activa, la reinserción laboral y la ayuda entre el tránsito desempleo-empleo y el empleo-jubilación.

En efecto, a día de hoy, el sistema de Seguridad Social no está preparado para asumir una función reparadora frente a las situaciones de pérdida prematura del empleo, sino para ostentar una labor preventiva y, por tanto, de satisfacción frente a las situaciones de necesidad. Por lo que, lo ideal sería aquí adaptar el sistema de protección social y de política de empleo al ciclo vital -en términos de conjunto- de todas las personas, evitando así que la primera sea utilizada al servicio del trabajo flexible y precario, para así fomentar la renovación de plantillas a cambio de la expulsión anticipada del

---

<sup>33</sup>Suárez Corujo, B: " Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico"...op.cit., pág. 770.

mercado laboral de los trabajadores mayores<sup>34</sup>. No se trata de rejuvenecer al personal mediante el establecimiento de formas flexibles y baratas de desempeño laboral, sino de operar cambios en la configuración jurídico-política del sistema de empleo y de pensiones, para así asegurar un envejecimiento activo al tiempo que un trabajo digno<sup>35</sup> y la promoción de transiciones profesional.

A este respecto, los artículos 40<sup>36</sup> y 50<sup>37</sup> de la Constitución Española establece una política de atención primaria orientada al pleno empleo y, por tanto, a garantizar la suficiencia financiera de las personas de edad avanzada. Sin embargo, la reinserción y readaptación profesional de este colectivo encuentra especiales dificultades (Recomendación número 162 de la OIT), de ahí que se recurra a su cese prematuro ante la falta de adaptación tecnológica e industrial. Así es, la doctrina científica identifica a estos sujetos como “pocos proclives al reciclaje profesional y a los nuevos retos profesionales”<sup>38</sup> y establece como causa “la carga que suponen los trabajadores maduros para la empresa”<sup>39</sup>.

A fin de mantener el “fomento de la capacidad de empleo” y erradicar la inactividad a la que se encuentra sometida este grupo se ha diseñado una vía promocional a través del mecanismo de incentivos y bonificaciones a la Seguridad Social. En efecto, indica la actual Ley de Empleo (aprobada a través del Real Decreto Legislativo 3/2015) que el objetivo principal consiste en “... llevar a cabo unas políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presentan más dificultades de inserción laboral”, entre los que se encuentran los mayores de 45 años.

No obstante, cabe reseñar que son muy deficitarias las medidas y conatos legislativos que han operado a este fin. Así pues, destaca en este ámbito: 1) La Estrategia Española de activación para el empleo 2017-2020<sup>40</sup>; 2) El Plan Anual de Política de Empleo para el 2018 (PAPE)<sup>41</sup>; 3) La “Garantía 45+” (iniciativa presentada por algún grupo parlamentario y que pretendía fomentar la inserción de los mayores, al igual que para los jóvenes se creó “la garantía juvenil”. Quizás debido a la pobreza de los resultados de

---

<sup>34</sup>Monereo Pérez, J.L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”...op.cit., págs. 166 y 167.

<sup>35</sup>Godino Reyes, M: “Del empleo a la jubilación en tiempo de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas” en VV.AA., Ortiz Castillo, F y Sánchez-Rodas Navarro, C (Dir.) y Rodríguez Iniesta, G (Consejero), *Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2013, pág. 119.

<sup>36</sup>Establece este artículo que “1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo. 2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales...”.

<sup>37</sup>“Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad”.

<sup>38</sup>Sánchez-Urán Azaña, Y: “Trabajadores de “edad avanzada”: empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº33, 2001, págs. 218-222.

<sup>39</sup>López Cumbre, L: *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 112.

<sup>40</sup>Real Decreto 1032/2017, de 15 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020.

<sup>41</sup>Dos instrumentos estos que identifican a estos como un colectivo afectado por el desempleo, pero que sin embargo no prevén medidas. A saber, el PAPE del año 2015 contemplaba la creación de servicios y programas de políticas activas de empleo en las distintas Comunidades Autónomas. Sin embargo, el resultado ha sido que sólo en el País Vasco y en Extremadura han establecido dichas medidas. Suárez Corujo, B: “ Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico”...op.cit., págs. 770 y siguientes.

la Garantía juvenil no se ha llevado a cabo esta medida). Y, finalmente, 4) la "Estrategia 55 y más" (del año 2011), la cual pretendía ser un complemento tanto de la Estrategia Española de empleo, como de la reforma del sistema público de pensiones.

## **A. PREJUBILACIÓN: ENTRE LA FLEXIBILIDAD DEFENSIVA Y LA OFENSIVA COMO FORMA DE SALIDA PREMATURA DEL MERCADO DE TRABAJO**

Una gran parte del empleo que se pierde en España trae su causa en los procesos de reestructuración empresarial, los cuales suelen llevar aparejados el uso de fórmulas intermedias entre el desempleo y la jubilación para poder hacer efectivo el despido colectivo de trabajadores maduros<sup>42</sup>. Este proceso se inicia a partir de la gran crisis mundial de los años 70 y tras la apertura económica de la nación española. Desgraciadamente, este proceso se mantendrá invariable durante años perviviendo, hoy por hoy, aunque con leves atenuaciones legislativas.

Inicialmente, el sistema de políticas de empleo no estaba muy desarrollado debido a que, por entonces, se mantenía un Instituto Nacional de Empleo muy burocratizado y escasamente efectivo. De ahí que imaginar, en este contexto, que los trabajadores de mayor edad iban a tener nuevas oportunidades para continuar con sus carreras profesionales era considerado algo surrealista e, incluso, una idea platónica. No se confiaba en que el servicio público de empleo estuviera en condiciones de gestionar la recolocación de estas personas, pero es que tampoco las entidades creadas "ad hoc" para apoyar estas transiciones, como son los fondos de promoción de empleo, fueron capaces de evitar la exclusión social de este colectivo<sup>43</sup>.

Ya en este tiempo comenzaban a fraguarse los modelos de "flexibilidad defensiva" y "flexibilidad ofensiva"<sup>44</sup>. Mientras que el primero se basa en una desregulación parcial de las relaciones laborales, la expulsión de la mano de obra madura (y su sustitución por trabajadores precarios y mano de obra barata) y el deterioro del estatuto protector; por el contrario, el segundo trata de fomentar la productividad, la competitividad y la calidad en el empleo. Así es, el modelo "ofensivo" pone en cuestión la precarización del empleo, la reducción de las medidas de protección social y la recuperación económica como fin para el desarrollo de las personas.

En efecto, se debe implantar un sistema desmercantilizado que priorice en la adopción de medidas de recolocación (interna y externa) para así fomentar el desarrollo

---

<sup>42</sup>Monereo Pérez, J.L: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiantes", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 74 Extra, 2008.

<sup>43</sup>Rodríguez-Piñero Royo, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad", *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado. Nuevos retos del mercado laboral: pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento*, 30 de septiembre de 2017, versión digital.

<sup>44</sup>Para la construcción de esa distinción y sus fundamentos, consúltese Monereo Pérez, J.L: *Introducción el nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, tirant lo blach, 1996; *Ibid., Para una crítica de las soluciones iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo*, en la *Revista Lan Harremanak*/20-21 (2009), págs.51-136; y recientemente, *Ibid., La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, específicamente, págs. 54 y sigs.

profesional generacional y evitar la expulsión de la mano de obra madura<sup>45</sup>. Para la consecución de este último modelo resultará preciso la implicación del sistema heterónomo, con el de otras fórmulas plurales y la autonomía colectiva. De modo que se combine ley y negociación colectiva, sin que con ello se ponga en peligro las bases mismas para la sostenibilidad financiera del sistema de protección social<sup>46</sup>.

Durante décadas la falta de sensibilidad hacia los trabajadores mayores brilló por su ausencia, por lo que impulsados por un sistema de "flexibilidad defensiva" el ordenamiento jurídico comunitario (y, por ende, también el nacional) comenzó a apostar por la implantación de la denominada "jubilación flexible"<sup>47</sup>.

Y es que, la tranquilidad que daba la garantía de rentas que generalmente se aseguraba, hacía que el impacto desproporcionado sobre estas personas no fuera considerado un problema. Por lo que, la principal preocupación era rebajar la presión que las pensiones ejercen sobre un sistema público sobrecargado<sup>48</sup>. La contextualizada era la de fomentar la extinción contractual por razones de edad y en base a la previsión ya establecida por el artículo 49.1 f) del Estatuto de los trabajadores "extinción del contrato de trabajo por jubilación".

Por esta época destacaba la implantación de medidas que permitían compatibilizar la jubilación flexible y la parcial con el trabajo, las jubilaciones forzosas pactadas en convenio.... de lo que se trataba es de facilitar un amplio abanico de opciones a las que podía acogerse el trabajador en relación a su ciclo vital elástico<sup>49</sup>. El efecto de expulsión del mercado de trabajo no era valorado como especialmente negativo, si no venía acompañado de una situación de desprotección. A este respecto nace la figura de la prejubilación bajo el paraguas de los planes sociales o situaciones alternas: jubilación anticipada, jubilación parcial, autoempleo, etcétera<sup>50</sup>.

Acceder prematuramente a una jubilación, con rentas públicas garantizadas, no era considerado un perjuicio relevante y ello aun cuando se tratara de una medida impuesta a los trabajadores mayores ante los procesos inminentes de reestructuración empresarial (lo cual suponía privarles de la posibilidad de continuar en el empleo), pero es que además permitía la sustitución de los mayores por jóvenes, lo que convierte a la jubilación en un instrumento al servicio de las políticas de empleo.

De esta forma se puede llevar a cabo la reordenación inevitable de plantillas mediante la amortización de puestos de trabajo. Por lo que, para aquellos trabajadores afectados ya

---

<sup>45</sup>Monereo Pérez, J.L: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiantes" y Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., págs. 173-178.

<sup>46</sup>Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., págs. 177-178.

<sup>47</sup>Moreno Romero, F: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea...* op.cit., págs. 25-28.

<sup>48</sup>Rodríguez-Piñero Royo, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad"...op.cit., versión digital.

<sup>49</sup>Moreno Romero, F: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea...* op.cit., págs. 30-31.

<sup>50</sup>Montoya Melgar, A y Sánchez-Urán Azaña, Y: "Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº extraordinario, 2003, pág. 20 en su versión digital.



sólo quedaba determinar cómo había de llevarse la ampliación de la protección social pública. Lo que explica la gran cantidad de recursos destinados a eliminar puestos de trabajo para así sacar a las personas que los ocupaban durante su vida laboral activa; dejando sin fondos, paradójicamente, a las políticas de empleo, subdesarrolladas durante décadas en la nación española<sup>51</sup>.

Principalmente, en la praxis ordinaria se está utilizando con mucha habitualidad la figura de la "prejubilación" para extinguir, de una forma no traumática, los contratos de trabajo durante los procesos abiertos de despido colectivo. Se trata ésta de una situación intermedia e híbrida -que enlaza el subsidio por desempleo con el acceso a la pensión de jubilación-, la cual carece de un reconocimiento legal explícito en el ordenamiento jurídico<sup>52</sup>, pero que sin embargo aparece referenciada en múltiples disposiciones de la actual Ley General de la Seguridad Social<sup>53</sup> (aprobada mediante 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). A pesar de la imprecisión que presenta<sup>54</sup>, lo cierto es que esta forma de "prejubilación programada" ha sido ya admitida por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pudiendo así tener su origen por vía legal o convencional<sup>55</sup>.

Son múltiples las definiciones que se han dado para estas situaciones, algunas más proclives al establecimiento normativo y definitivo de esta figura, mientras que otras resultan más generales y acordes con la práctica habitual (pero no ideal). En la primera línea se encuentra la siguiente definición: "situación de hecho y de derecho en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación del Sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria. Una situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación"<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup>Rodríguez-Piñero Royo, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad"...op.cit., versión digital.

<sup>52</sup>A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento comunitario, en donde el Reglamento CE 883/2004, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social la define como: "... todas las prestaciones en metálico, distintas de las prestaciones de desempleo y de las prestaciones anticipadas de vejez, concedidas a partir de una edad determinada, al trabajador que haya reducido, cesado o suspendido sus actividades profesionales hasta la edad en que pueda acogerse a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada...". Ver artículo 1 del Título I en su apartado x) del Reglamento CE 883/2004.

<sup>53</sup>Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., págs. 177-187.

<sup>54</sup>Montoya Melgar, A y Sánchez-Urán Azaña, Y: "Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo"... op.cit., págs. 22 y siguientes. Afirman estos autores que esta figura es de difícil encaje en el ordenamiento jurídico, pues no se contempla actualmente ningún mecanismo protector para todas aquellas que personas que cesan en su relación laboral y no reúnen los requisitos para el acceso a una pensión de jubilación (ya sea en su modalidad contributiva o no contributiva), por lo que lo más adecuado es que las personas afectadas pasen a disfrutar el subsidio por desempleo.

<sup>55</sup>Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2000, Caso Defreyn/Sabena, S.A. Para un conocimiento más exhaustivo, ver López Cumbre, L: "Prestaciones complementarias de prejubilación: un debate sobre la naturaleza retributiva o de protección social. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2000, Caso Defreyn/Sabena, S.A", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº Extraordinario, 2003.

<sup>56</sup>López Cumbre, L: *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998, págs. 85 y 86.

Otro sector la identifica como “aquella situación transitoria que se produce para trabajadores de cierta edad, desde el momento del cese en la empresa hasta que alcanzan la jubilación anticipada o la jubilación a la edad legal<sup>57</sup>” o “situación en que se encuentra un trabajador de edad avanzada y en razón de tal circunstancia, cuando se extingue su relación laboral sin expectativas de reingreso a la vida laboral activa y hasta el momento en que pase a percibir una pensión de jubilación, ya sea anticipada u ordinaria”<sup>58</sup>.

En cualquier caso, lo que está claro es que la prejubilación supone el reconocimiento de una prestación económica externa al sistema de Seguridad Social y que viene a cubrir o sustituir la carencia de rentas de aquellos trabajadores próximos a una jubilación y que, con motivo de su edad cesen, voluntariamente<sup>59</sup> o involuntariamente (como ocurre en la mayoría de los casos), en su actividad laboral. Cabe entender la prejubilación programa como una figura impuesta unilateralmente por el empresario (y que cuenta, en muchos casos, con el beneplácito de los negociadores)<sup>60</sup> para despedir colectivamente a los trabajadores maduros, a cambio de una renta sustitutiva para el periodo laboral que les resta hasta su jubilación.

Tal y como ha considerado la doctrina científica, la prejubilación constituye una medida que le interesa a ambas partes (trabajador y empresario), pero que por otra parte puede entrañar el riesgo de vulnerar claramente en la praxis el principio de igualdad y no discriminación por razón de edad<sup>61</sup>.

Y es que, fundamentando la causa de extinción colectiva en razones económicas, los empresarios recurren a esta vía para ocultar una realidad palpable. En efecto, detrás de todo esto lo que se busca es expulsar a aquellos trabajadores que son considerados "prescindibles" o "menos productivos" (ignorando así los conocimientos y experiencia profesional que son necesarias en el desempeño de las labores en la empresa) para así emplear precariamente a una mano de obra barata y más productiva (a saber: jóvenes, inmigrantes, mujeres, etcétera).

---

<sup>57</sup>Devesa Carpio, M: "Una introducción a los Planes de Prejubilación", *Revista Previsión y Seguro*, nº48, 1995, pág. 9. Sánchez-Urán Azaña, Y: "Trabajadores de edad avanzada: I. Jubilación anticipada y jubilación parcial (Cuestiones prácticas tras la Reforma 2013)"...op.cit., pág. 245.

<sup>58</sup>Consejo Económico y Social (CES): Informe sobre Vida laboral y prejubilaciones, publicado en Madrid, 2000, pág. 41.

<sup>59</sup>González Ortega, S: "La anticipación de la edad de jubilación", *Revista de Seguridad Social (RSS)*, núm.36, 1987, pág. 20.

<sup>60</sup>A saltado, a fecha de 4 de diciembre de 2017, la noticia de que el Banco Santander- tras comprar al Banco Popular- ha puesto sobre la mesa que los trabajadores de entre 50 y 54 años que sean despedidos puedan recibir una indemnización de una sola vez del 80% del sueldo, por 8 años con el tope máximo de 380.000 euros, más 2.000 euros por cada trienio y condiciones ventajosas en préstamos hipotecarios. Se trata ésta de una medida que adoptada de común acuerdo con la mesa negociadora para aminorar los efectos del despido colectivo. Hasta el momento, esta entidad bancaria ofrecía a los trabajadores de edad madura una indemnización de 40 días por año trabajado. Según los sindicatos, este cambio supone “un paso de gigante” que “iguala” las salidas a las condiciones del Expediente de Regulación de Empleo iniciado en el año 2016.

En términos parecidos se produce el despido colectivo de los trabajadores de Bankia tras la fusión de esta entidad bancaria con BMN. Las plantillas de ambas entidades suman alrededor de 17.000 trabajadores y, de cara al proceso de integración en marzo de 2018, el equipo de dirección ha puesto encima de la mesa la necesidad de reducir 2.510 empleos.

<sup>61</sup>Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., págs. 186-189.

Esta situación de "connivencia forzada " entre partes debería desde un punto jurídico ser castigada<sup>62</sup>, pues no puede aceptarse el hecho de que un despido colectivo se base en condiciones inherentes a la persona del trabajador. Ciertamente, este dato ya resulta contrario a lo dispuesto por la Directiva comunitaria 2000/78/CE del Consejo<sup>63</sup>, en donde claramente se prohíbe el despido de trabajadores de edad avanzada. Así es, "... por mucho que doctrinalmente se intente acomodar el carácter necesariamente voluntario de aquella al régimen jurídico de esa causa extintiva, diferenciando entre la voluntariedad en el origen de la extinción y la voluntariedad en la aceptación de la misma, en el sentido de entender que cabe la simple aceptación voluntaria de la ruptura contractual por parte del trabajador pese a que el origen de la misma esté en la decisión unilateral del empresario"<sup>64</sup>. De esta manera, la prejubilación acaba convirtiéndose en un mecanismo u objeto a concretar durante período de negociación colectiva gestional que tiene lugar durante los procesos de reestructuración colectiva empresarial.

Pero, además, cabe decir que a día de hoy no tiene sentido seguir apoyando sin reservas y limitaciones estrictas esta medida, pues ya desde el ámbito europeo se habla de la necesidad de favorecer el "envejecimiento activo"<sup>65</sup>. Por lo que, resulta esencial seguir una vía "pro-activa" de formación y ocupación, para así evitar la salida prematura de los trabajadores mayores y fomentar un tránsito gradual y progresivo del trabajo a la jubilación<sup>66</sup>. Evitando, por otra parte, las consiguientes repercusiones y efectos negativos que sobre el sistema de pensiones ello ocasiona y teniendo en cuenta la imperiosa necesidad de garantizar el disfrute de unas pensiones dignas.

En cualquier caso, el Plan de prejubilación, fruto del contrato individual o colectivo, se regulan todas las condiciones que rigen el nacimiento, extinción, así como los derechos y obligaciones de las partes<sup>67</sup>. Por lo que, al término, la prejubilación se configura como una contingencia específica y distinta a las reguladas por el sistema de Seguridad Social, en donde el convenio especial cumple un papel muy relevante al permitir que aquellos colectivos más vulnerables puedan acceder al sistema de protección social<sup>68</sup>. El Convenio Especial se constituye como un instrumento negocial de naturaleza jurídica público-privada, el cual se articula mediante acuerdos celebrados entre los trabajadores y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) con el objeto de generar, mantener o ampliar, en determinadas situaciones, el derecho a las prestaciones de la

---

<sup>62</sup>Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., pág. 189.

<sup>63</sup>De 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

<sup>64</sup>Sánchez-Urán Azaña, Y: "Trabajadores de "edad avanzada": empleo y protección social"...op.cit., pág. 247.

<sup>65</sup>Monereo Pérez, J.L: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013, págs. 115 y siguientes.

<sup>66</sup>Monereo Pérez, J.L: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiantes" y Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., pág. 189.

<sup>67</sup>Godino Reyes, M: "Del empleo a la jubilación en tiempo de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas"...op.cit., pág. 123.

<sup>68</sup>Cuando, por diversas circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico (entre otras, con motivo de un ERE), los trabajadores han salido de la protección del mismo o tienen dificultades para acceder a determinadas prestaciones.

Seguridad Social<sup>69</sup>. Y no se olvide que, adicionalmente, la contingencia de prejubilación puede ser objeto de cobertura a través de los planes y fondos de pensiones privados<sup>70</sup>.

En este orden de ideas, para los casos de despido colectivo el artículo 51.9 del ET establece una verdadera obligación de acordar este convenio, a saber: "cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social".

Actualmente, este sólo podrá ser celebrado por personas que figuen incluidos en el despido colectivo, siempre que tengan más de 55 años de edad y no tengan la condición de mutualista a 1 de enero de 1967. De ahí que se imponga, durante todo el periodo de prejubilación, la obligación de cotizar a ambas partes hasta que el trabajador alcance los 65 años de edad. Ahora bien, la obligación de cotizar del empleador sólo se extiende hasta los 61 años, pudiendo éste realizar el pago de una vez o de manera fraccionada. Ya de primeras llama la atención el hecho de que este convenio se suscriba entre trabajador y empresario, de un lado, y, de otra, por la TGSS. Cuando lo normal es que el convenio se pacte entre el trabajador y la Tesorería<sup>71</sup>.

A finales del siglo XX, la Comisión Europea examinará las consecuencias negativas que esta situación puede conllevar atendiendo al fenómeno del "envejecimiento constante de la población" y sobre su puesta en peligro para la sostenibilidad de las pensiones<sup>72</sup>. Se dará cuenta de que lo ideal sería combinar apropiadamente flexibilidad y estabilidad, para que pueda operar una organización adecuada del trabajo.

Y es que, no se olvide, que los procesos de reestructuración empresarial van acompañados normalmente de despidos colectivos. De ahí que surja la necesidad de establecer mecanismos de control y amortiguadores de los efectos negativos de los procesos de reestructuración. Sin que con ello se dejen de lado a uno de los grandes protagonistas en los procesos de despido colectivo, esto es, los agentes sociales<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup>Rodríguez-Piñero Royo, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad"...op.cit., versión digital.

<sup>70</sup>Monereo Pérez, J.L y Fernández Bernat, J.A: "Planes de pensiones y *prejubilación*: (El caso poliseda: aplicación del Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones a los compromisos empresariales de *prejubilación*. A propósito de la STS de 19 de diciembre de 2016)", en *Revista de derecho social*, núm. 78, 2017, págs. 159-170.

<sup>71</sup>Sempere Navarro, A y San Martín Mazzucconi, C: "Selección de trabajadores afectados por un ERE (Criterios prácticos)", *Boletín Gómez-Acebo & Pombo*, enero 2014. Disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/seleccion-de-trabajadores-afectados-por-un-ere-criterios-practicos.pdf>

<sup>72</sup>Moreno Romero, F: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea...* op.cit., pág. 113.

<sup>73</sup>Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., pág. 180.

## **B. LA PREJUBILACIÓN COMO PUENTE JURÍDICO PARA EL ALIVIO DE INTERESES EMPRESARIALES: ¿PENALIZACIÓN?, ¿INCENTIVO? Y USO FRAUDULENTO**

Desde un punto de vista laboral y de política de empleo, la figura de la “prejubilación” ha supuesto el desarrollo de múltiples parches normativos. En unos momentos la legislación fue más proclive, mientras que en otros resultó levemente penalizadora. Y es que no se olvide que, detrás de todo ello, se encuentra cómo único objetivo el de ayuda a las empresas para reajustar sus plantillas ante momentos de déficit presupuestario.

A fin de aliviar tensiones empresariales, el legislador modificó o utilizó indebidamente algunas figuras jurídicas. Así por ejemplo, alargó el tiempo de permanencia en desempleo para, por consiguiente, facilitar el acceso anticipado a la pensión de jubilación, empleando para ello fórmulas jurídicas intermedias (a saber: jubilación anticipada forzosa, jubilación voluntaria, diversos subsidios...etcétera).

En este sentido, los costes quedaban a cargo del trabajador y de la Seguridad Social, quien en este último caso debía soportar las consecuencias negativas que sobre un sistema público debilitado recaía desde un punto de vista financiero. El Convenio Especial de Seguridad Social venía a cumplir aquí una función relevante. De este modo, se lograba en la práctica disuadir el retorno al empleo de los trabajadores mayores, a cambio de no garantizar su protección continuada y el disfrute de una pensión de jubilación generosa<sup>74</sup>.

Igualmente, las indemnizaciones por despido fueron fraudulentamente empleadas. Y es que, con el único propósito de encubrir la realidad de un despido colectivo por razones de edad, estas indemnizaciones eran elevadas para así lograr un acuerdo de plantillas y conseguir la autorización administrativa necesaria para abrir el ERE. Sin embargo, en la práctica, la mencionada indemnización formaba parte de los fondos sobre los que se construía la prejubilación, incrementando la cuantía de la prestación por desempleo o de las pensiones de jubilación anticipada o bien dando cobertura económica a los períodos de desprotección entre el disfrute de la una y de la otra.

En un inicio la prejubilación (bajo la fórmula de "jubilación anticipada") fue utilizada en empresas más propias del sector servicios (por ejemplo: banca, telefonía, industrias...), pero paulatinamente se va generalizando a todos los sectores productivos. Es por ello que algunos de sus antecedentes, más señalados, se encuentran en el Real Decreto-ley 9/1981, de 5 de junio, sobre medidas para la reconversión industrial<sup>75</sup> y en la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización<sup>76</sup>. La primera

---

<sup>74</sup>Rodríguez-Piñero Royo, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad"...op.cit., versión digital.

<sup>75</sup>BOE núm. 138, de 10 de junio de 1981. Normativa que fue completada por la Orden de 15 de marzo de 1982 por la que se desarrolla un sistema de ayudas por jubilaciones anticipadas para trabajadores de Empresas no sujetas a planes de reconversión. Posteriormente, esta Orden quedó derogada por la de 9 de abril de 1986, que regulaba la concesión a las Empresas en crisis, no sujetas a planes de reconversión, de ayudas para la jubilación anticipada de sus trabajadores. Y, a su vez, ésta fue sustituida por la Orden de 5 de octubre de 1994, a través de la quedó regulada la concesión de ayudas previas a la Jubilación Ordinaria en el Sistema de la Seguridad social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de Empresas.

<sup>76</sup>BOE núm. 180, de 28/07/1984.

normativa fue destinada a regular las ayudas económicas para empresas “no sujetas a planes de reconversión”, mientras que en la segunda se regulaba con carácter temporal los llamados “planes de reconversión”. En cualquier caso, se reconocían se reconocían para aquellos trabajadores próximos a los 60 años o más unas ayudas equivalentes a la prestación por jubilación, otras prestaciones y subsidios (y complementos) por desempleo por un tiempo mayor al legal y con independencia de los períodos previos de cotización. Nacieron así, gracias a la Ley 27/1984, los Fondos de Promoción de Empleo<sup>77</sup> encargados de cubrir el tiempo necesario hasta que el trabajador alcanzara la edad para el acceso a una jubilación anticipada<sup>78</sup>. Con posterioridad se confirmara y reafirmará en esta idea gracias a la publicación de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria<sup>79</sup>, en donde ya se precisa, aún más, la dotación de las ayudas vinculadas a procesos de reconversión tras un despido colectivo y el compromiso empresarial de completar dichos subsidios por desempleo y pensiones de jubilación<sup>80</sup>.

En este contexto, las jubilaciones anticipada que existía con -carácter general- eran "la forzosas" y, por tanto, las vinculadas a procesos de extinción de las relaciones de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Ciertamente, el despido del trabajador se producía por causas no imputables al mismo y como consecuencia de una reestructuración empresarial que impidiese su continuidad laboral, ahora bien para que éste pudiera gozar del derecho a las ayudas mencionadas debía de cumplir con una serie de requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.

A este respecto, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social exigía para el acceso a una jubilación anticipada "voluntaria" (cambio operado respecto a la normativa anterior en donde sólo se hablaba de jubilaciones anticipadas "forzosas") que, como mínimo, el trabajador ostentara la edad de 61 años. Aparte, en ella se requiere que el interesado esté inscrito como demandante de empleo, al menos, 6 meses antes de la fecha de solicitud de la jubilación, acreditación de un mínimo de cotización efectiva de treinta años.

El tránsito “indebido” o puente jurídico para la prejubilación -no regulada legalmente- operaba de la siguiente manera: Primeramente, el trabajador percibía una indemnización por despido generosa como para así aludir cualquier medida de política de empleo; Seguidamente y una vez agotada la indemnización, el trabajador pasaba a desempleo. En este caso, podía éste disfrutar de un máximo de 2 años (dependiendo de lo cotizado), ahora bien, si una vez finalizado el trabajador no alcanzaba la edad ordinaria para el

---

<sup>77</sup>Regulados a través del Real Decreto 335/1984, de 8 de febrero (BOE 21 febrero 1984, núm. 44). Expone el artículo 2 de este Real Decreto que: "1. Los Fondos de Promoción de Empleo se constituirán como asociaciones sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia y tendrán el carácter de Entidad colaboradoras del Instituto Nacional de Empleo, actuando bajo la inspección del mismo.

2. Podrán asociarse para la constitución de un Fondo de Promoción de Empleo las Empresas de un sector declarado en reconversión, las Sociedades de reconversión y las Organizaciones empresariales y los Sindicatos que hayan negociado y prestado su conformidad al Plan de Reconversión correspondiente. Los Fondos de Promoción de Empleo tendrán el ámbito territorial que fijen sus Estatutos, pudiendo extenderse a todo el territorio nacional".

<sup>78</sup>Godino Reyes, M: "Del empleo a la jubilación en tiempo de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas" ...op.cit., pág. 122.

<sup>79</sup>BOE núm. 176, de 23/07/1992.

<sup>80</sup>Para un conocimiento más exhaustivo ver García Ninet, J.I: "Sobre el complemento a cargo de la empresa en la pensión de jubilación anticipada en empresas públicas sometidas a reconversión industrial", *Tribuna social*, Número 13, 1992, pág. 29.

acceso a una jubilación entonces, en Tercer Lugar, se reconocía el subsidio por desempleo para mayores de 55 años. Finalmente, el carácter asistencia de esta medida permitía que se mantuviera hasta que alcanzara la edad legal para poder acceder a un pensión contributiva<sup>81</sup>.

De acuerdo con este esquema eran varias las premisas que incentivaban a ambas partes para el acceso a una prejubilación: 1) el operar despidos más caros que la del resto de trabajadores de la empresa, 2) junto a la indemnización que reciben por despido hay que sumar el pago de una cuota a través del Convenio especial con la Seguridad Social y 3) una vez alcanzada la edad para el acceso a una jubilación anticipada o a una jubilación ordinaria, la empresa puede (si así se acuerda en el correspondiente Plan de prejubilación) pagar una renta vitalicia gracias a la entrada en escena de los acuerdos a los que éste llega con las compañías aseguradoras. En la práctica todo este entramado propicia que los prejubilados no retornen al mercado laboral activo. Ahora bien, cabe decir que en toda esta fase no puede calificarse al prejubilado ni como asalariado, ni como desempleo, ni tampoco como jubilado. Se trata, en todo caso, de una jubilación anticipada efectuada "*ex ante*"<sup>82</sup>.

El despido colectivo de mayores de 50 o más años de edad, claramente, se incentiva. En particular, el RDL 16/2013 de 23 de diciembre<sup>83</sup>, introdujo un nuevo beneficio empresarial del que resultaran favorecidas las grandes empresas, empresas multinacionales y grupos de empresas, pues alivió considerablemente el coste del plan de prejubilación. Y es que, a través de este RDL se preció que quedarían excluidas del coste por la prestación por desempleo de sus trabajadores maduros despedidos todas las empresas que hubiesen registrados pérdidas importantes de actividad productiva. Por lo tanto, lo relevante no es aquí que tuviesen beneficios como grupo corporativo a nivel mundial, sino que hubiesen experimentado pérdidas en su actividad.

El mayor fracaso de todo entramado legislativo se vio reflejado en Andalucía con el famoso caso conocido como de fraude o "escándalo de los EREs". Se trata de una red de corrupción política vinculada a la Junta de Andalucía y que tiene su origen en la investigación del caso de corrupción en la empresa sevillana Mercasevilla. Los antecedentes de este supuestos se encuentran en el procedimiento iniciado en 2001 por la Junta de Andalucía y por el cual, el Gobierno -presidido por Manuel Chaves- trató de respaldar a aquellas empresas con problemas económicos que venía iniciando, debido a su situación de déficit, EREs con la finalidad de realizar prejubilaciones. Esta situación llevó a que la Comunidad Autónoma Andaluza aprobara una regulación para estas ayudas que fue cuestionada, debido a que ofrecía serias dudas de legalidad.

Asimismo, el Estado aprobó el Real Decreto 908/2013, de 22 de noviembre, por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas extraordinarias a

---

<sup>81</sup>Gallego Losada, R: *El dilema de las pensiones en España...* op.cit., págs. 120 y 121.

<sup>82</sup>Gallego Losada, R: *El dilema de las pensiones en España...* op.cit., págs. 120-123. Aparte, hay que señalar que la Ley 27/2011-posteriormente modificada por la Ley 3/2012 y por enmienda "telefónica"- imponía a las empresas que efectuaran EREs también la obligación de que abonaran una aportación económica cuando los despidos colectivos afectaras a trabajadores mayores de 50 años (Ver Disposición Final 4ª de la Ley 3/2012). Ahora bien, se exigía que del total de trabajadores despedidos sea mayor el porcentaje de aquellos próximos a una edad de jubilación (es decir, mayores de 50 años).

<sup>83</sup>De medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. Publicado en el BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 2013.

trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas y, ya con posterioridad, el Real Decreto 3/2014, de 10 de enero por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas -y que sustituye a toda la normativa aprobada durante los años 90-.

En este conocido escándalo que se investiga actualmente de diversas prejubilaciones presuntamente fraudulentas de personas que nunca habían trabajado en las empresas afectadas. Todas ellas fueron financiadas a cuenta de la partida 31L, a la que llamaron "fondo de reptiles". Aparte, se estudio el pago de subvenciones a empresas que no estaban presentando un ERE o, incluso, a personas que no llegaron a crear ninguna empresa. Así como, las generosas comisiones que se pagaron a intermediarios entre la Junta y los trabajadores: aseguradoras, consultoras, bufetes de abogados y sindicalistas.

El excesivo recurso a la vía del despido colectivo motivado por la falta de una regulación valiente, garantista y por tanto intervencionista en los procesos de reestructuración empresarial ha motivado, precisamente, el uso abusivo y discriminado de los fondos públicos. Se precisa de un mayor control y racionalización en esta ámbito para así lograr el fin último del sistema de Seguridad Social, que no es otro que el de amparar a todos los ciudadanos frente a las distintas situaciones de necesidad.

La flexibilización del despido, la débil o suave penalización de las prejubilaciones y el consiguiente aumento de la edad de acceso a una jubilación han sido, sólo, algunos de los elementos que han incidido negativamente en caso. Aparte cabe señalar que no se puede confiar en el papel que de garantía de los intereses generales efectúa la Administración Pública española (y el cual se ha puesto en tela de juicio)<sup>84</sup>, cuando ni siquiera el mismo legislador ha frenado los efectos perversos que el uso desviado de la prejubilaciones origina de cara a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y al colectivo de trabajadores maduros.

### **C. MODELO NORMATIVO: EL PAPEL DE LOS AGENTES COLECTIVOS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES MAYORES**

Con la reforma operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el legislador español dio paso a una de las modificaciones legislativas más cruciales y poco garantistas con los derechos de los trabajadores y sus representantes. Por razones de "celeridad", la Ley 3/2012 suprime el trámite de autorización administrativa previa de los despidos colectivos y, con ella, la idea de la doble fase (heterónoma-administrativa autorizante y autónoma colectiva durante el periodo de consultas-negociación).

Por lo que, ahora, la Autoridad Laboral se habrá de limitar a llevar a una labor meramente instrumental y de apoyo activo a las partes negociadoras en el sentido pro-activo que prevé el artículo 14 del Convenio de la OIT núm. 158, así como el apartado 25 de la Recomendación de la OIT núm. 166. Ello, evidentemente, repercute muy

---

<sup>84</sup>Rodríguez-Piñero Royo, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad"...op.cit., versión digital.



negativamente a la hora de garantizar el mantenimiento de los mayores en los puestos de trabajo, pues a efectos prácticos deja en manos de ambas partes (empresarios y negociadores) la decisión en cuanto a los trabajadores seleccionados para ser despedidos y sin considerar, en muchos casos, el requisito de la edad.

Sin embargo, en principio, esta previsión no es contraria ni a los principios que declara la vigente Constitución Española (art. 38), ni tampoco se opone a la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos, por lo que dado que no sea considerada un elemento necesario deberá potenciarse una efectiva negociación colectiva gestional, que implique proactivamente a la autoridad laboral en los términos de apoyo, asesoramiento y mediación. Ahora bien, de la lectura atenta a las cláusulas que establece la Directiva, cabe deducir que la intención del legislador comunitario no es fomentar los despidos, sino orientar la futura consultas-negociación a fin de encontrar soluciones a las reestructuraciones de empresas.

A causa de la deficiente articulación que presenta la directiva comunitaria, el legislador español ha instaurado un sistema de "flexibilización negociada desvirtuada" que refuerza, claramente, los poderes que le son conferidos al empresario<sup>85</sup> y, por tanto, el despido colectivo. De forma que, una vez agotado el periodo de consultas-negociación, sin acuerdo con los representantes de los trabajadores, el empresario procederá a despedir unilateralmente. Y es que, por desgracia, el sistema legal (europeo e interno) potencia doblemente el reforzamiento de los poderes empresariales, procurando además que la negociación colectiva no vayan en contra de la dirección de los mismos<sup>86</sup>.

Pero olvida que la clave del éxito no está en inclinar la balanza a favor del poder empresarial, sino en fomentar el modelo de "flexibilidad consensuada". Así es, de ese modo, se evitara que éste utilice la vía del ERE de manera sistemática, al tiempo que favorecerá la conservación del empleo, recolocación y formación de los trabajadores mayores afectados<sup>87</sup>. No obstante resultará ineludible, además, la intervención del legislador a fin de ahondar en esta idea propia de un sistema garantista de derechos.

#### **D. EL DERECHO DE CONSULTA-NEGOCIACIÓN ORDINARIO Y A LA EMISIÓN DE UN INFORME PREVIO EN CASO DE REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLAS**

Establece el artículo 51.2 del ET que "el despido colectivo deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores". A este respecto, se entiende por consultas "... el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo" (Art. 64.1 del ET).

---

<sup>85</sup>Monereo Pérez, J.L: "Intervención administrativa en los despidos colectivo" ...op.cit., págs.223-229.

<sup>86</sup>Monereo Pérez, J.L: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral...*op.cit., pág. 177.

<sup>87</sup>Monereo Pérez, J.L: "Despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L (Dir), Triguero Martínez, L.A y González de Patto, R.M (Coord)., *Modalidades de Extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014, págs. 152-158.

Por tanto, para que el empresario pueda iniciar el correspondiente expediente de regulación de empleo deberá, previamente, abrir un período de consultas con los representantes de los trabajadores consistente en la emisión de un informe previo no vinculante para el empresario<sup>88</sup>. Aunque el ET atribuye la competencia a los representantes legales de los trabajadores (Comité de empresa y delegados de personal), hay que reconocer que quedan también aquí incluidos los delegados sindicales<sup>89</sup>. En definitiva, el derecho a consultas en el cual se integra el derecho a la emisión de un informe previo, por parte de los representantes de los trabajadores, podrá llevarse a cabo siempre que el empresario vaya a adoptar medidas consistentes en "las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella" (Art. 64.5 a) del ET).

La apertura de un periodo de consulta por parte del empresario, en virtud de las reglas que transpone al ordenamiento español la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos, hace referencia "más que a un deber de consultas, pareciera que lo que se reclama es una auténtica negociación colectiva" (en palabras del Alto Tribunal Europeo)<sup>90</sup>. Y, precisamente, es ahí en donde los negociadores habrán de incidir para reducir los efectos del despido para los trabajadores de más edad: "La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad" (Art. 51.2 del ET). Por lo que, a entendimiento de la doctrina judicial y científica, el derecho a consultas al que hacen referencias los artículos 51 y 64 del ET se identifica con una verdadera negociación en la cual se integra el derecho a la adopción de informe previo<sup>91</sup>.

La consulta deberá realizarse por parte del empresario en un momento y con un contenido apropiados (y, por lo tanto, no discriminatorios), de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, proceder a su examen adecuado a fin de preparar, en su caso, la consulta y el informe (Art. 64.6 del ET).

---

<sup>88</sup>Monereo Pérez, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992, págs. 438-442; *Ibid.*, "El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno", en la revista *Temas Laborales*, núm. 130/2015, págs. 311-350.

<sup>89</sup>En este sentido, el artículo 10.3.3º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical establece: "Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo:... 3º. Ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de éstos últimos".

<sup>90</sup>Sentencia del TJCE (Sala segunda) de 27 de enero de 2005, asunto C-188/03, Caso *Irmtraud Junk* contra *Wolfgang Kühnel*. Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: "El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno", en la revista *Temas Laborales*, núm. 130/2015, págs. 311-350.

<sup>91</sup>En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Civitas, 1994; *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992, *passim*; Molero Marañón, Mª.L y Valdés Dal-Ré, F: *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas...*op.cit., pág. 107-109.

El plazo para la emisión del informe previo deberá elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes. En lo que respecta al empresario, la Ley del ET impone que deberá reunirse con los representantes de los trabajadores para que puedan éstos “obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre... las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales...”. La respuesta que conceda el empresario a los representantes legales debe ser razonada y motivada, aun cuando luego decida unilateralmente efectuar el despido colectivo.

Los deberes que se le imponen al empresario se aproximan a un verdadero deber de negociación, lo que determina que se pueda solapar la emisión del informe previo con el derecho a consultas al que se refiere el artículo 51 del ET para los despidos colectivos. Ciertamente, se tratan de dos derechos que se ubican en preceptos distintos (pero funcionalmente vinculados), uno específico, que es el que figura en el artículo 51 del ET y, otro general, al que refiere el artículo 64 del ET. Ambos mecanismos de negociación podrán darse de forma acumulada, de forma que, para evitar duplicidades, los representantes de los trabajadores podrán durante el transcurso de la negociación emitir su informe (Art. 3.3 del RD 1483/2012<sup>92</sup>). Quedando así éste último derecho diluido en las consultas que se desarrollen durante la negociación colectiva gestional.

Y es que parece absurdo que el empresario exija que ambos procesos se lleven a cabo por separado, ya que es en ese periodo de consultas en donde se abrirá el proceso de diálogo e intercambio de opiniones que conlleva la negociación. No obstante, podrá ocurrir también en la práctica que los representantes de los trabajadores decidan no emitir su informe previo al considerar que el aspecto determinante es la negociación durante el período de consultas, hecho que es perfectamente posible pues coinciden a un mismo tiempo los sujetos que actúan como representantes y ambos derechos<sup>93</sup>.

#### **E. MEDIDAS DIRIGIDAS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES MAYORES: LAS INSUFICIENCIAS DEL MODELO PARTICIPATIVO Y NEGOCIAL DE LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES Y SU CONVENIENCIA DE REFORMA DESDE EL “GARANTISMO JURÍDICO-SOCIAL”**

La apertura del procedimiento de despido colectivo no sólo requiere de la correspondiente comunicación a la Autoridad Laboral, sino también de la apertura de un período de consulta con los representantes de los trabajadores que "... deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad" (Art. 51.2 del ET y 7 del RD 1483/2012). No se

---

<sup>92</sup>Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE de 30 de octubre).

<sup>93</sup>Escudero Rodríguez, R: "Los márgenes dejados por la ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo" en VV.AA, Escudero Rodríguez, R (Coord), *La negociación en los expedientes de regulación de empleo*, Madrid, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2012, págs. 24-25. Molero Marañón, M<sup>a</sup>.L y Valdés Dal-Ré, F: *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas...*op.cit., págs. 107-109.

trata de una simple consulta, sino de un proceso de negociación colectiva gestional, es decir, de transmisión de información e intercambio de opiniones a fin de propiciar la negociación de buena fe<sup>94</sup> que logre la consecución de un acuerdo constructivo de reorganización.

El contenido de esas consultas es muy limitado al circunscribirse su ámbito de actuación sólo a las "efectos o consecuencias del despido" y no a las "causas o factores determinantes de la situación de crisis" (reforma del ET que fue operada por la Ley 3/2012 y que camina en la línea del art. 2.2 párrafo 1º de la Directiva 98/59/CE). Pero siempre subyacen a la consulta-negociación de reestructuración la realidad objetiva de las "causas".

El mismo art. 2.3.b) de la Directiva impone la obligación jurídica al empresario de comunicar *por escrito* a la representación de los trabajadores, "los motivos del proyecto de despido"<sup>95</sup>. La reforma es objeto de críticas, ya que si lo que se pretende es minimizar los efectos de la crisis y proteger al trabajador, indudablemente, la formulación de una normativa flexibilizadora que invite irremediamente al despido colectivo no es la mejor solución. Por esa razón, los interlocutores sociales deben estar abiertos a la negociación de soluciones alternativas a los despidos o, en un último caso, a colaborar a fin de que los trabajadores afectados mejoren su empleabilidad y se reintegren en el mercado laboral lo antes posible<sup>96</sup>. En este concreto punto, se echan en falta la imposición de medidas que impongan la obligación de negociar la recolocación, recualificación y el retorno de los trabajadores maduros.

El objeto de las consultas es muy abierto (Art. 51.2 del ET), por lo que ha tenido que ser la normativa reglamentaria (Art. 7 del RD 1483/2012) la que establezca una mayor concreción sobre el contenido y alcance de las mismas. Así pues, entre las medidas destinadas a "evitar o reducir los despidos" se encuentran: a) La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte; b) Movilidad funcional de los trabajadores; c) Movilidad geográfica de los trabajadores; d) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de los trabajadores; e) Inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable; f) Acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial y g) Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados (Art. 8.1 del RD 1483/2012). En todo caso, esta previsión puede ser objeto de mejora por los negociadores durante el período de consultas-negociación, pues la ley sólo impone un mínimo de derecho necesario.

Entre las medidas destinadas a "atenuar" las consecuencias del despido en los trabajadores están: "a) El derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o

---

<sup>94</sup>De conformidad con la previsión que recoge este principio, se podrá declarar la nulidad del despido colectivo cuando el empresario incumpla o obstaculice la negociación colectiva gestional de buena fe. Ver, Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2012 y STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012, Recurso 17/2012).

<sup>95</sup>Monereo Pérez, J.L: "El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado "expediente" de crisis)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 34, 2013, pág. 27.

<sup>96</sup>Ver Libro Verde sobre "Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? (SEC 2012, 59 final), firmado en Bruselas el 17 de enero de 2012, COM (2012) 7 final.

similar grupo profesional que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se estipule; b) La recolocación externa de los trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente, en el caso de que se consideren estas medidas, deberá incluirse en la documentación del procedimiento, además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo; c) Acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores; d) Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social, siempre que no persigan la continuidad de la prestación laboral de los trabajadores afectados hacia la misma empresa mediante contratos de obras o de servicios o tipos contractuales análogos que tengan por fin la elusión en fraude de ley de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo; e) Medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica y f) Medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo" (Art. 8.2 del RD 1483/2012).

Asimismo, se prevén otras medidas que pueden ser objeto de consultas-negociación a fin de atenuar los efectos del despido colectivo. En este sentido, el artículo 51.5 del Estatuto de los Trabajadores dispone que: "Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo. Mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad". Esta disposición supone una notable mejora del contenido de la negociación colectiva gestional, pues amplía positivamente una materia que puede ser objeto de tratamiento en el período de consultas. De forma que los representantes de los trabajadores desempeñarán en este aspecto un papel fundamental respecto de aquellos colectivos más desfavorecidos (como son, por ejemplo, los trabajadores de mayor edad que son despedidos antes del cumplimiento de la edad de jubilación, lo que les dificulta a posteriori el encuentro de un nuevo empleo)<sup>97</sup>.

No obstante lo anterior, desaparece del tenor literal del artículo 51 del ET la referencia a la indemnización que deberá abonarse en caso de despido colectivo. Únicamente, el artículo 53.1 b) del ET establece que el empresario deberá respetar las exigencias legales del artículo 51 del ET, entre las que se incluyen el pago de "... la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades". Nótese que se trata de una previsión dudosa acerca de su calificación como norma de derecho necesario absoluto o de derecho necesario relativo/tope mínimo. Por lo que tanto la doctrina científica<sup>98</sup>, como la jurisprudencia, han entendido que pese a la flagrante omisión legal resulta claro que se trata de "un mínimo indispensable *in peius* y tan sólo mejorable por acuerdos de carácter colectivo o individual". Por lo que, la idea de dejar abierta la posibilidad de su mejora durante el procedimiento de negociación colectiva gestional equilibra una mínima salvaguarda de los derechos de los trabajadores<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup>Monereo Pérez, J.L: "El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado "expediente" de crisis)"...op.cit., pág. 31.

<sup>98</sup>Gil Plana, J: "El despido colectivo: aspectos sustantivos", en VV.AA, Montoya Melgar, A y García Murcia, J (Dir), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid, Civitas, 2012, pág. 276.

<sup>99</sup>Monereo Pérez, J.L: "El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado "expediente" de crisis)"... op.cit., págs. 44-45.

Con la reforma de 2012 desaparece la obligación de negociar "un Plan de acompañamiento social" en las empresas de más de cincuenta trabajadores, lo cual no implica que no pueda negociarse "medidas de acompañamiento" que se centren en evitar la expulsión indeseada y prematura de los trabajadores del mercado de trabajo. Lo único es que, ahora, esas medidas sociales de acompañamiento no son obligatorias por ley, por lo que, en caso de adoptarse de común acuerdo habrán éstas de ceñirse a las circunstancias concretas de la empresa<sup>100</sup> a través de mecanismos de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad (art. 51.2 del ET). Legalmente, se sustituye así el Plan Social de acompañamiento por el "Plan de recolocación externa" (Art. 9 del RD 1483/2012 y 51.10 del ET) de alcance más restringido. Lo cual es merecedor de crítica, pues deberían tener una lógica de complementariedad<sup>101</sup>.

El nuevo artículo 51.2 del ET no sólo está limitando la capacidad de los sujetos negociadores dentro de esa búsqueda de soluciones más satisfactorias para los intereses para los trabajadores<sup>102</sup>, sino que además está permitiendo que en pequeñas, medianas y grandes empresas puedan operarse libremente los despidos colectivos, por debajo incluso del umbral establecido y sin que los agentes negociadores puedan frenar este abuso. Dichos límites sólo podrían solventarse con una actividad de apoyo público de carácter extraordinario, que pusiera en funcionamiento una serie de recursos de solución supletorios respecto de aquellos inmediatamente objeto de negociación por las partes en conflicto<sup>103</sup>.

El actual "Plan de recolocación externa" es una obligación jurídica que se impone al empresario, pero en lo que respecta a su contenido podrá "... ser concretado o ampliado a lo largo del periodo de consultas" (Art. 9.5 del RD 1483/2012).

En tal sentido, la negociación habrá de llevarse a cabo de buena fe y con vistas a la consecución de un acuerdo, en particular, en aquellos aspectos vinculados a su objeto y al tipo de medidas de acompañamiento social, debiendo el empresario facilitar toda la información necesaria para que los representantes de los trabajadores puedan negociar en un sentido protector con los trabajadores afectados por el despido<sup>104</sup>. Por lo que, en caso de que el empresario no negocie dicho plan de recolocación o las medidas sociales de acompañamiento, dado que se trata de una materia que constituye contenido esencial durante el periodo de negociación colectiva gestional, su incumplimiento podrá ser objeto de impugnación por vía judicial (Artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social). La reclamación podrá fundamentarse en base a la no realización del período de consultas que establece el artículo 51.2 del ET (Artículo 124.2 de la Ley 36/2011), pues a resultados de lo dispuesto por el artículo 2 de la Directiva 98/59/CE las consultas constituyen contenido mínimo. Así pues, el

---

<sup>100</sup>Goñi Sein, J.L.: "El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012", *Documentación Laboral*, nº 95-96, 2012, pág. 45.

<sup>101</sup>Suárez Corujo, B.: " Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico" ...op.cit., pág. 785.

<sup>102</sup>Tortuero Plaza, J.L.: "La jubilación forzosa en las políticas de empleo", *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 33 de 2001.

<sup>103</sup>Monereo Pérez, J.L y Fernández Avilés, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 1997, pág. 156.

<sup>104</sup>Monereo Pérez, J.L.: "El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado "expediente" de crisis)"...op.cit., pág. 39.

incumplimiento por parte del empresario podrá ser objeto de sanción administrativa muy grave a resultas de lo previsto por el artículo 8.14 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>105</sup>.

## **F. INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO DE LA PREJUBILACIÓN: LOS PLANES PRIVADOS DE PENSIONES**

De entre las medidas que desde el ámbito de la protección social destacan en pro de la búsqueda de empleo de los mayores se encuentran, de un lado, aquellas relativas al endurecimiento de los requisitos para el acceso a las prestaciones públicas son(a saber: de jubilación -de 65 a 67 años- y subsidio asistencial por desempleo para mayores - antes de 52 años- ahora de 55 años. En el caso de jubilación anticipada, el aumento de 63 a 65 años, en el supuesto de que no haya cotizado al menos 38 años y 6 meses o el adelanto de 61 a 63 años, cuando los períodos de cotización resulten mayores a los indicados). Y, de otro lado, ese conjunto de medidas que utilizan el estímulo para intentar lograr que los mayores sigan en activo: a) prohibición de pactar en los Convenios colectivos cláusulas que posibiliten la extinción de los contratos por cumplimiento de la edad de jubilación (recuérdese la derogación de la antigua Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores); b) incremento del porcentaje adicional por cada año completo cotizado a partir de la edad legal de retiro y c) compatibilidad entre pensión y trabajo, a fin de fomentar la "jubilación activa".

No obstante a lo anterior, y pese a los conatos legislativos por establecer un efectivo "envejecimiento activos, lo cierto es que nuevamente desde el ámbito de la protección social complementaria se fomenta la prejubilación. Así es, los planes de pensiones privados se configuran como contingencias protegidas por el régimen de Planes y Fondos de pensiones<sup>106</sup>. Constituyen, en la práctica, una vía de escape para el pago complementario y suplementario de la responsabilidad pública en las pensiones de jubilación<sup>107</sup> que, lamentablemente, encubren una prejubilación en caso de despido colectivo<sup>108</sup>. De hecho, gracias al Real Decreto-Ley 16/2013 de Medidas para ofrecer la Contratación Estable y Mejorar la Empleabilidad de los Trabajadores se han previsto "las aportaciones empresariales a planes de pensiones" cómo una fórmula pactada de

---

<sup>105</sup> Apartado 14 del artículo 8 redactado por el apartado 11 del artículo 18 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (Boletín Oficial del Estado de 7 de julio).

<sup>106</sup> La promotora de los planes y fondos de pensiones fue la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. (BOE núm. 137, de 9 de junio de 1987). Esta ley nace con la finalidad de dar cumplimiento a la Directiva 80/987/CEE, del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

<sup>107</sup> Recuérdese que conforme al artículo 5 del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones, podrán realizar aportaciones tanto el trabajador, como "... los empresarios individuales que realicen contribuciones empresariales a favor de sus trabajadores, como promotores de un plan de pensiones de empleo, podrán realizar aportaciones propias al citado plan".

<sup>108</sup> Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., págs. 192-194. También, Monereo Pérez, J.L y Fernández Bernat, J.A: "Planes de pensiones y prejubilación: (El caso poliseda: aplicación del Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones a los compromisos empresariales de prejubilación. A propósito de la STS de 19 de diciembre de 2016)", en *Revista de derecho social*, núm. 78, 2017, págs. 159-170.

retribución integrada en la base de cotización a la Seguridad Social. De ahí que computen a la hora de calcular la indemnización por despido, pues no se discute ya su naturaleza salarial (Sentencia del TS de 2 de octubre de 2013 y 3 de mayo de 2017)<sup>109</sup>.

En la actualidad, he tenerse en cuenta en esta materia de un lado, el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones y, de otro, el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones. En sendas normativas se dispone: 1) que la acceso a la contingencia de jubilación tendrá lugar de acuerdo con lo dispuesto por la LGSS y, en caso de jubilación anticipada, a partir de los 60 años; 2) sería imprescindible para el acceso a la anticipación de la prestación por jubilación: "a) que haya cesado en toda actividad determinante del alta en la Seguridad Social, sin perjuicio de que, en su caso, continúe asimilado al alta en algún régimen de la Seguridad Social, b) Que en el momento de solicitar la disposición anticipada no reúna todavía los requisitos para la obtención de la prestación de jubilación en el régimen de la Seguridad Social correspondiente". Y, finalmente, 3) el cese en la actividad laboral deberá darse por algunas de las causas previstas en el ET, en concreto, "... en los casos contemplados en los artículos 49.1.g), 51, 52 y 57 bis del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores".

Ahora bien, tras la reforma del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones introducida por el Real Decreto 681/2014 de 1 de agosto se prevé su pago anticipado, no siendo necesario que el beneficiario agote el derecho a la prestación por desempleo para poder solicitar el rescate por un plan de pensiones. Únicamente, el trabajador deberá acreditar tres requisitos para poder solicitar el abono del plan de pensiones privado: 1) estar en situación legal de desempleo (se incluyen los supuestos de extinción por despido colectivo), 2) encontrarse inscrito en las oficinas públicas correspondientes como demandante de empleo en el momento de presentar la solicitud y 3) no tener derecho a percibir la prestación contributiva por desempleo o haberla agotado.

### III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

A nivel europeo el envejecimiento de la población viene constituyendo un reto importante, ya que como revelan las estadísticas el alargamiento de la esperanza de vida, junto con el paso a la jubilación de los nacidos del *boom* de natalidad, hacen pensar sobre las consecuencias económicas y presupuestarias que sobre los distintos Estados europeos conlleva reducir el potencial de crecimiento financiero. Por esa razón la UE ya ha reconocido la necesidad de combatir el efecto del envejecimiento demográfico, para lo cual se deben llevar a cabo en todo el ámbito comunitario políticas enfocadas a la prolongación de la vida activa.

---

<sup>109</sup>En este sentido, el Tribunal Supremo en su última sentencia de 2017 ha dictaminado que: "La posible cualidad de mejora voluntaria de la Seguridad Social (sic.) que podría atribuirse a... los planes de jubilación solo puede predicar de las prestaciones obtenibles en virtud del correspondiente aseguramiento, pero no en virtud a las primas, que son salario en especie del que el trabajador hipotéticamente puede beneficiarse".



Sin embargo, lo más destacado de estas directrices europeas es la falta de regulación concreta de cómo se han de llevar a cabo esas políticas de promoción del envejecimiento activo, lo que unido a la contradicción entre textos comunitarios ha propiciado que se plantee en España una fuerte tensión en torno a dos conceptos “envejecimiento activo” o “sostenibilidad del sistema de pensiones”.

Ciertamente, la falta de una normativa comunitaria jurídicamente vinculante y la grave situación de crisis de empleo que afecta a España (superior al resto de la UE) han influido también en esa idea de abrir un caluroso debate.

En este contexto, el despido colectivo de los trabajadores maduros o próximos a una edad de jubilación ha sido utilizado con excesiva frecuencia y manifiesto abuso, en lugar de manera excepcional, a través de la figura de la prejubilación u otras formas de extinción contractual. Por lo que, al término, se ha instaurado en el ordenamiento nacional un rechazable modelo de flexibilidad defensiva orientado, única y exclusivamente, hacia la expulsión de la mano de obra madura más que a la reinserción profesional, recualificación, movilidad interna y retorno de dichos trabajadores.

Desgraciadamente, hemos decir que cada vez más esa edad de acceso a la prejubilación ha ido descendiendo, a saber: de 60 años, se pasó a 55 años y ahora ese umbral abarca a trabajadores de entre 50 y 54 años de edad. Recuérdese, a este respecto, el caso del Banco Santander publicado a fecha de diciembre de 2017 o el que, de forma inminente, se va a llevar a cabo por la entidad Bancaria Bankia tras su fusión con el BMN. Y es que, ya se ha anunciado el deseo de reducir 2.510 empleos, así como el cierre de varias sucursales en toda España.

Al hilo de esta idea debe tenerse en cuenta el papel que cumple el Derecho del Trabajo y el sistema de políticas de empleo, pues no cabe desconocer que en todo este entramado se conjugan ambas perspectivas. En efecto, desde el ámbito laboral, el artículo 51 del ET se ha convertido en la vía perfecta para la pérdida irreparable de capacidad productiva madura, esto es, de transmisión de saber y de experiencia profesional. Y ello es así porque se han impuesto una particular visión del problema en donde los trabajadores mayores son calificados como un colectivo “prescindible”, “falto de capacitación”, “falto de adaptación a las nuevas tecnologías” y, por ende, “menos productivos”.

Por lo que, la solución problema pasa por la vía de convertir al Estado en un mercado instrumentalizado al servicio de las estrategias económicas y empresariales. Por otro lado, desde el ámbito de las políticas de empleo, la salida del mercado de trabajo de todas aquellas personas próximas a una edad de jubilación se ha visto como una solución para así favorecer la inserción laboral de los más jóvenes a través del establecimiento de un sistema más barato en donde hacen su aparición los principios de precariedad laboral, abuso y fraude.

De este modo, cree frenarse el alto desempleo que tanto están dañando las arcas de nuestro sistema público de Seguridad Social. Es por ello que, trate de explicarse, como hasta el momento no se han llevado a cabo medidas de política activa para los mayores o trabajadores próximos a una edad de jubilación. Pero paradójicamente estas políticas de precariedad laboral generalizada, a su vez, cuestionan visiblemente el objetivo de la sostenibilidad de los pensionistas actuales y de los futuros pensionistas (ahora jóvenes).

Actualmente, el sistema de Seguridad Social se encuentra bastante debilitado. De ahí que se cuestione "la sostenibilidad de las pensiones" y el actual modelo defensivo español. Sin embargo, el legislador tampoco actúa en este ámbito desde una perspectiva pro-activa de fomento de la recualificación profesional y modificación de las prestaciones fraudulentamente empleadas (principalmente, la de desempleo y jubilación). Sino que, por el contrario, tras las últimas reformas legislativas marca este un cambio radical que hace cuestionar los parámetros comunitarios y de impulso del "envejecimiento activo" a través de la jubilación activa y el retorno al mercado de trabajo de los trabajadores mayores (jubilación flexible).

Ciertamente, opino que la solución no está en facilitar la expulsión de la mano de obra a través del mecanismo de la prejubilación, sino en crear unas condiciones idóneas para garantizar la inserción laboral en condiciones cambiantes. Ahora bien, para ello debe reorientarse la Seguridad Social a las vicisitudes del ciclo vital de las personas, de modo que actúe ésta de forma complementaria y no preventivamente, o sea, como medida sustitutiva de la protección social del trabajo. Ello conlleva la necesaria penalización de la prejubilación y de las demás formas de anticipación de la edad de jubilación, la consiguiente, promoción del envejecimiento activo de la mano de los servicios públicos de empleo y administraciones implicadas<sup>110</sup>.

Se echa en falta el establecimiento de una legislación valiente y acorde con una política coherente del tratamiento de la edad de jubilación que proteja a los trabajadores maduros frente a la mercantilización de las relaciones laborales durante los procesos de reestructuración empresarial.

El excesivo recurso a la vía del despido colectivo ha motivado, además, el uso abusivo y discriminado de los fondos públicos. Acuérdesse, a este respecto, del caso del "Escándalo de los EREs" en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Ello evidencia la necesidad de un mayor control y racionalización en esta ámbito para así lograr el fin último del sistema de Seguridad Social, que no es otro que el de amparar a todos los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad.

La flexibilización del despido, la débil o suave penalización de las prejubilaciones y el consiguiente aumento de la edad de acceso a una jubilación han sido sólo algunos de los elementos que han incidido negativamente en caso. De nada sirve mantener el vigente sistema de encadenamiento de generosas indemnizaciones por despido, con la prestación por desempleo, el subsidio asistencia para mayores de 55 años y, finalmente, la pensión de jubilación ordinaria u anticipada del trabajador con complemento, en su caso, a través de las casas de seguro y planes privados de pensiones.

Todo esto genera un alto coste en los despidos y una grave desigualdad entre colectivos de distinta edad (que va en contra del principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Carta Magna). Aparte cabe señalar la excesiva intervención de los Poderes Públicos, en esta materia. Ello ya ha hecho dudar del papel que desarrolla la Administración

---

<sup>110</sup>VV.AA: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir. y Coord.), Granada, Comares, 2015.

Pública española para la garantía de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

La protección social complementaria ha cumplido también, en este punto, una importante labor pues, en contra de todo pronóstico, ha sido utilizada para fomentar los procesos de prejubilación. Es por ello que, a día de hoy, se establezca como una posible solución el que los bancos (promotores de estos planes) paguen un impuesto que contribuyan a la viabilidad del sistema de pensiones.

No obstante, a mi parecer, puede ser ésta una medida útil, pero en absoluto puede afirmarse que vaya a levantar el barco que sostiene al sistema de pensiones. En todo caso, podría tratarse de una fórmula complementaria.

Asimismo, también podría eliminarse el pago que sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) realizan todos los jubilados con independencia de su pensión. No tiene sentido mantener esta vía, cuando ya han contribuido durante toda su vida activa al IRPF (doble pago). Además, téngase en cuenta que, para algunos colectivos, no puede ni tan siquiera hablarse de que disfruten de pensión digna (a saber: el caso de mujeres que durante su vida activa han encadenado contratos a tiempo parcial, con temporales y en general los trabajadores precarios), por lo que el perjuicio en estos casos es bastante alarmante. En este sentido, se podría proponer destinar dichas cantidades a la sostenibilidad del sistema de pensiones. Ahora bien, en todo caso, como medida complementaria.

La clave en esta materia está en combinar una ley coherente, racional y acorde con el ciclo vital de las personas, con el fomento de soluciones negociales entre los actores sociales implicados en los procesos de negociación-colectiva gestional durante los procesos de reestructuración empresarial.

Desgraciadamente, la actual Directiva de 1998 sobre despidos colectivos y también aquella que se refiere al establecimiento de un marco general para la información y a la consulta de los trabajadores de 2002 son sólo causa raíz de la creación de un modelo legislativo sobre reestructuración empresarial "débil", que no impone limitaciones explícitas a la expulsión de los trabajadores mayores y no refuerza en este sentido la intervención negociada de los órganos de representación de los trabajadores.

De ahí que se pueda calificar el vigente sistema de consultas-negociación como desnaturalizado. Si bien, aunque la normativa europea no pretende fomentar el despido, lo que sí es cierto es que adolece de la insuficiencia de querer implantar una negociación colectiva gestional poco incisiva respecto al establecimiento de limitaciones más reforzadas de los intereses empresariales. Por lo de que bajo el predominio de la racionalidad económica en lugar de instaurarse en el espacio europeo un sistema garantista y de protección de derechos fuerte, por contra, se ha permitido que los Derechos nacionales se flexibilicen/liberalicen, abriendo así la veda a "práctica" de expulsión de los trabajadores maduros en los supuestos de crisis y reorganización del sistema productivo.

Sigue siendo pues una asignatura pendiente en la agenda de la UE la puesta en marcha de un catálogo de medidas preventivas y correctoras de las situaciones de reestructuración empresarial.

Y es que, el hecho de que se perfile un modelo abierto y flexible de regulación de la reestructuración empresarial sin suficientes garantías efectivas de estabilidad en empleo de los mayores ha conducido a su despido masivo, máxime cuando se trata de Estados poco previsores y que entienden el despido colectivo como solución preferente ante las crisis ordinarias y extraordinarias (a buen ejemplo: España). En todo caso en nuestro país no se ha establecido un sistema contrario al ordenamiento comunitario, ya que mantiene el período de consultas-negociación, aunque con las últimas reformas de 2012 se ha retrocedido bastante en este punto al limitar duramente el papel de los agentes negociadores y de la Autoridad Laboral.

La transposición a nuestro ordenamiento jurídico de las directivas comunitarias se ha traducido en la práctica en la instauración de un sistema de flexibilización negociada "desvirtuada", por lo que aun cuando se lleve a efecto el período de consultas, si el empresario así lo decide, unilateralmente se podrá ejecutar el despido. Ciertamente, en este punto, los trabajadores mayores se han visto muy negativamente afectados.

Y es que, ante los últimos cambios legislativos, los negociadores tienden a pactar prejubilaciones como vía de escape al despido colectivo. Éstos podrían, en todo caso, negociar "medidas de acompañamiento" para así aliviar la expulsión indeseada y prematura de los trabajadores del mercado de trabajo. Sin embargo, el hecho de que no sean obligatorias por ley las hace de muy difícil negociación en la práctica. Por lo que, al final, cualquier solución de recolocación, recualificación o movilidad interna que quiera adoptarse convierte al proceso de consulta-negociación en una lucha encarnizada.

Indudablemente, este lamentable retroceso, actúa una vez más en pro de los intereses del empresario, pues limita el protagonismo de los negociadores colectivos y desincentiva la futura consecución de un acuerdo que mejore la estabilidad en el empleo y la empleabilidad de los trabajadores mayores a través del comento de medidas de flexibilidad interna (a saber: recolocación, recualificación, movilidad interna...). Entonces ¿qué sentido tiene prever el establecimiento de cláusulas mínimas mejorables por negociación colectiva?

Está claro que aquí la negociación colectiva gestiona, así como el convenio colectivo típico no cumplen con el criterio finalista para el que se creó, pues los instrumentos legislativos de Derecho Laboral y los Sistemas de Políticas de Empleo y Seguridad Social son actualmente insuficientes y deficientes. Se debería establecer un sistema integrado de garantías legales y de negociación colectiva de las reestructuraciones mucho más reforzado. Una vía, ésta, que permitiría una aplicación del Derecho del Trabajo de las reestructuraciones empresariales más coherente y respetuosa con los principios que presiden la constitución democrático-social del trabajo y su forma política típica de Estado Social de Derecho.

Recibido:05.06.2018. Aceptado:28.06.2018.

## **EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD EN EUROPA Y ESPAÑA**

THE SUSTAINABILITY FACTOR IN EUROPE AND SPAIN

**Juan Antonio Maldonado Molina**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad de Granada

ORCID ID: 0000-0002-5673-3620

## RESUMEN

Los sistemas basados en técnicas de reparto (*pay-as-you-go*, que parten de en la solidaridad intergeneracional), tratan de buscar soluciones al desequilibrio activos/pasivos que se avecina. Para ello, se proponen alternativas que constituyen una “revolución” en los sistemas de protección social: optar por reformas estructurales; o bien por reformas paramétricas. En este artículo vemos ambas figuras, a través de dos referentes nacionales: el sueco (cuentas nocionales); y el español (reformas paramétricas), aunque en este último caso el factor de sostenibilidad no ha llegado a aplicarse, bien porque la Ley no lo contempló (en la relativo a la edad), o se le ha dado una moratoria (cuantía inicial). Junto a ello analizamos el fracasado mecanismo de ajuste automático en la revalorización de la pensiones en España.

**PALABRAS CLAVE:** Factor de sostenibilidad, mecanismos de ajuste automático, cuentas nocionales

## ABSTRACT

The systems based on pay-as-you-go techniques, which based on intergenerational solidarity, try to find solutions to the imbalance of assets/passive that one approaches. For this, alternatives that constitute a “revolution” in social protection systems: opt for structural reforms; or by parametric reforms. In this article we see both figures, through two national references: the Swedish (notional defined contribution); and Spanish (parametric reforms), although in this case, the sustainability factor has not been applied, either because the Law did not contemplate it (in relation to age), or a moratorium has been given (initial amount). Together with this we analyze the automatic balancing mechanism in the revaluation of pensions in Spain.

**KEYWORDS:** Sustainability factor; automatic balancing mechanism; notional defined contribution

## **SUMARIO**

**I. INTRODUCCIÓN. EL INCREMENTO DE LA ESPERANZA DE VIDA Y EL BABY BOOM COMO ORIGEN DEL PROBLEMA**

**II. ALTERNATIVAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SISTEMA DE PENSIONES: REFORMAS ESTRUCTURALES VS. REFORMAS PARAMÉTRICAS**

**III. EL MODELO SUECO: CUENTAS NOCIONALES Y MECANISMO DE BALANCE AUTOMÁTICO**

**IV. EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD. MODALIDADES**

**V. EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA**

**A. LA LEY 27/2011 Y LA LEY 23/2013**

**B. EL PROYECTADO FACTOR DE SOSTENIBILIDAD EN LA EDAD DE JUBILACIÓN**

**C. EL *NONATO* FACTOR DE SOSTENIBILIDAD EN LA CUANTÍA DE LA JUBILACIÓN**

**D. MECANISMO DE AJUSTE AUTOMÁTICO EN LA REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES**

**VI. CONCLUSIONES**

## I. INTRODUCCIÓN. EL INCREMENTO DE LA ESPERANZA DE VIDA Y EL BABY BOOM COMO ORIGEN DEL PROBLEMA

La Seguridad Social es una institución inmanentemente dinámica, en la que influyen factores endógenos, pero también exógenos, que hacen que siempre sea necesario acometer adaptaciones y reformas<sup>1</sup>. Las que ha habido hasta 2011, han sido reformas - por lo general- parciales, que no han expresado una política coordinada reformista del Sistema, de un proyecto coherente y global, sino que eran reformas coyunturales, movidas por las necesidades de ajuste en partidas referidas al gasto.

Estas reformas se han centrado en la pensión de jubilación. Basta echar la mirada atrás para recordar que en nuestro Sistema, en los últimos treinta años, la jubilación ha sido objeto de siete grandes reformas<sup>2</sup> (sin entrar en otras menores), lo cual es un contrasentido para una prestación de funciona con reglas de largo plazo<sup>3</sup>.

No perdamos de vista que los regímenes de vejez deben caracterizarse por un esquema asegurador sólido, que sirva para generar seguridad entre los asegurados, y revista de certidumbre la relación jurídica de Seguridad Social. Las constantes reformas del Sistema no hacen sino socavar la confianza de los ciudadanos, impidiendo que el Sistema cumpla su cometido fundamental, que no es otro que dar seguridad (social) al individuo.

Frente a ellas, en los últimos tiempos, se han aprobado reformas que no han supuesto meras adaptaciones, sino que abrieron una senda nunca recorrida hasta ahora, un camino que empiezan a seguir buena parte de los Sistemas de Seguridad Social basados en la solidaridad intergeneracional (en la técnica de reparto)<sup>4</sup> (los activos de hoy sostienen a los actuales pasivos), cuyo sistema financiero se ve comprometido por la evolución demográfica y del empleo. Sin embargo, como veremos, en España ese proceso ha quedado interrumpido.

Recordemos que son dos los principales detonantes de la insuficiencia financiera de los Sistemas de reparto:

---

<sup>1</sup>Referido al Sistema español, indica VIDA SORIA que “(L)a historia de nuestra Seguridad Social a partir de 1974 es pura y simplemente la historia de su Reforma no culminada; más bien de sus intentos de reforma y de sus reformas parciales” («Estudio Preliminar sobre la recuperación de un clásico de la doctrina de la Seguridad Social», *La política contemporánea de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pág. 44).

<sup>2</sup> A saber: Ley 26/1985; Ley 24/1997; RD-L 16/2001 y Ley 35/2002; Ley 40/2007; Ley 27/2011; RDL 5/2013; Ley 23/2013.

<sup>3</sup>Ello es así porque, en el nivel contributivo, el aseguramiento de la vejez se articula sobre la base de largos períodos de “gestación”, y por tanto muy expuestos a cambios normativos que alteren su natural devenir. En consecuencia, la impenitente política reformadora de la Seguridad Social está especialmente contraindicada para una prestación cuyas reglas de funcionamiento sólo se completan con el transcurso de un largo período de tiempo. El efecto de tantas reformas es la inestabilidad económica del Sistema, cuyas previsiones económicas en el largo plazo no se cumplen porque siempre se cruza una reforma que modifica el escenario (MALDONADO MOLINA, J.A., *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 535 y 536).

<sup>4</sup>Sistemas de reparto, denominados sistemas pay-as-you-go (PAIGO), que podría traducirse como “pago sobre la marcha”. Como es sabido, conforme a este sistema los pagos corrientes se financian con ingresos corrientes, o dicho de una forma gráfica, lo que con una mano se ingresa, con la otra se reparte entre los que en el momento actual tienen una situación de necesidad.



- uno, el incremento de la esperanza de vida.
- dos, la llegada a la jubilación de la generación del “*baby boom*”, que genera un auténtico “tsunami” demográfico (traducido en el “abuela boom”).

Junto a estos dos motivos demográficos, hay un tercero económico, y es la precariedad laboral. Téngase en cuenta que los Sistema de protección social se construyeron sobre la base de un modelo de “trabajador” (en masculino) con unos caracteres que ya no son tan habituales: con una relación laboral indefinida y a tiempo completo; de modo que no creaba excesivas distorsiones la aplicación del principio de contributividad. Sin embargo, el modelo de relaciones laborales ha mutado, y ello tiene un claro impacto en los Sistemas de Seguridad Social<sup>5</sup>.

Son cuestiones de sobre conocidas, por lo que no entraremos en ellas. Pero una imagen por cada uno de estos detonantes es reveladora de lo que hablamos:

a) Incremento de la esperanza de vida

Año	Esperanza de vida al nacimiento	
	Hombres	Mujeres
2013	79,9	85,5
2014	80,1	85,6
2019	81,4	86,7
2024	82,8	87,7
2029	84,0	88,7
2034	85,2	89,6
2039	86,3	90,5
2044	87,4	91,4
2049	88,4	92,2
2054	89,3	93,0
2059	90,3	93,8
2063	91,0	94,3

Fuente: Proyecto de Presupuestos Seguridad Social 2018, Informe Económico-Financiero, Volumen V, tomo I, pág. 35<sup>6</sup>, recogiendo datos del INE, Proyecciones de la población española 2016-2066

De forma simplificada, esto supone que el número de años como perceptor de una prestación se va a incrementar, dando lugar además a un aumento del número de pasivos. En definitiva, la partida del gasto va a aumentar de forma notable.

b) El “tsunami” del *Baby Boom*

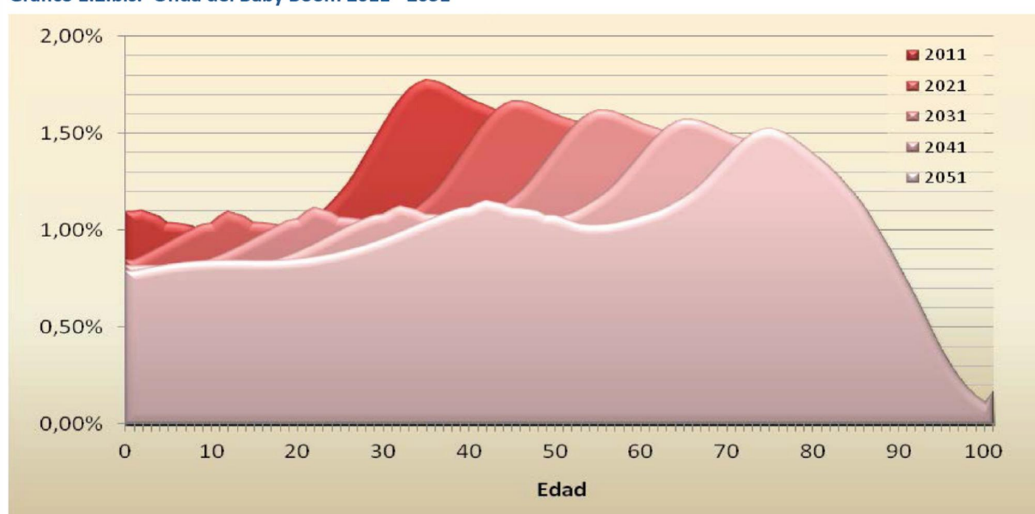
<sup>5</sup>Al respecto, nos remitimos a nuestro estudio MALDONADO MOLINA, J.A., «El Trabajo a Tiempo Parcial y su impacto en el Sistema de Pensiones: especial referencia a la pensión de jubilación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF), nº 424, 2018.

<sup>6</sup>Proyecto de Presupuestos Seguridad Social 2018 [[http://www.seg-social.es/Internet\\_1/Estadistica/PresupuestosyEstudi47977/Presupuestos/ProyPres2018/SerieVerdeDesaIngGast18/VolumenVSerieVerde18/index.htm](http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/PresupuestosyEstudi47977/Presupuestos/ProyPres2018/SerieVerdeDesaIngGast18/VolumenVSerieVerde18/index.htm)] [Consulta: 19 abril 2018]

No se trata simplemente de que el número de pasivos aumente por vivir más años, sino que porque está por llegar la consecuencia de una anomalía demográfica, como es el *baby boom*. Una generación prolífica, solidarios con la sociedad, cuyos hijos no han querido o podido seguir sus pasos, teniendo un número inusualmente reducido de hijos (cuestión en la que -como se sabe- la incorporación de la mujer al mundo laboral y la ausencia de políticas eficaces de conciliación de la vida laboral y familiar, han tenido mucho que ver).

Esta generación del “*baby boom*” llegará a su vejez, dando lugar al “*abuela boom*”, que es un tsunami demográfico que amenaza con arrasar con los Sistemas de protección social. Tras él, demográficamente se repondrá el equilibrio generacional. La clave que es que los Sistemas protectores estén lo bastante asentados como para que sus pilares no queden arrasados.

Gráfico 1.2.bis.- Onda del Baby Boom 2011 - 2051



Fuente: INE. INEBASE. Proyecciones de población a largo plazo. 2012-2052. Consulta en marzo de 2013

La tasa de dependencia proyectada parece que hará inviable que los Sistemas de Protección Social continúen basados en un sistema financiero de reparto sin correcciones.

### Tasas de dependencia Proyectadas

Años	Mayores de 64 años (%)	Menores de 16 años (%)	Total (menores de 16 y mayores de 64 años) (%)
2012	26,1	24,1	50,1
2013	26,7	24,3	51,0
2014	27,6	24,5	52,1
2015	28,3	24,7	53,0
2016	28,8	24,7	53,5
2021	31,6	23,9	55,5
2026	35,8	21,9	57,7
2031	41,4	20,8	62,2
2041	56,7	22,2	78,9
2051	68,2	24,7	92,9
2061	66,5	23,4	89,9
2066	64,9	22,8	87,7

Fuente: INE

## II. ALTERNATIVAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SISTEMA DE PENSIONES: REFORMAS ESTRUCTURALES VS. REFORMAS PARAMÉTRICAS

Ante este escenario, se buscan alternativas, pero con un límite, y es el respeto al principio de solidaridad intergeneracional. Estas alternativas constituyen una “revolución” en los sistemas de protección social, teniendo en común el mismo objetivo: salvar a los sistemas basados en técnicas de reparto (*pay-as-you-go*), fundados en la solidaridad intergeneracional, del desequilibrio activos/pasivos que se avecina.

En el plano teórico, hay dos grandes alternativas: optar por reformas estructurales; o bien por reformas paramétricas. La principal diferencia entre una y otra es que las primeras apuestan por un sistema de “contribución definida” (se sabe lo que se aporta, pero la cuantía de la prestación queda a expensas de la evolución demográfica), mientras que los segundos continúan manteniendo el de “prestación definida” (como los vigentes hasta ahora), pero introduciendo mecanismos que modifican algunos parámetros (edad, cuantía) de forma automática según la evolución demográfica o económica.

Sistemáticamente, podemos clasificarlas en las dos categorías siguientes.

- Reformas estructurales. A su vez, presentan dos modalidades:

a) Contribución definida real (Capitalización) (“*Defined Contribution*”). No respeta el principio de solidaridad intergeneracional.

b) Contribución definida teórica (Cuentas nocionales) (“*Notional Defined Contribution*”). Aunque de forma teórica cada trabajador acumula una “hucha”, sigue respetándose una cierta solidaridad intergeneracional ya que esas aportaciones se emplean para financiar las prestaciones de cada momento.

- Reformas paramétricas. Se mantiene el sistema de prestación definida, pero introducen dos posibles medidas (o ambas a la vez):

- a) Mecanismos de ajuste automático (“*automatic balancing mechanism*”)
- b) Factor de sostenibilidad (“*sustainability factor*”)

La expresión “paramétrico” procede de las Ciencias Matemáticas, aludiendo al uso de parámetros o variables que permiten manipular o alterar el resultado final de una ecuación. Con las reformas paramétricas se busca aportar “seguridad económica” a costa de la “seguridad jurídica”.

En efecto, se pretende reforzar la seguridad económica, aunque pagando un precio: sacrificar una aparente seguridad jurídica. Y decimos aparente, porque las constantes reformas que ha experimentado el Sistema tampoco aportaban ya seguridad en este campo. Con la introducción de esta variable, ni la edad, ni la cuantía pueden preverse, sino que estarán a las reglas que sean sostenibles para cada cohorte generacional o en cada escenario socioeconómico.

Nos detendremos en el sistema de cuentas nocionales, exponiendo en el siguiente apartado un ejemplo de puesta en práctica del mismo: el modelo sueco. Y en los posteriores apartados trataremos las reformas paramétricas, que son las que se han aprobado en nuestro país en 2011 y 2013.

Respecto de las reformas estructurales, hay que comenzar advirtiendo que debe descartarse el sistema de capitalización<sup>7</sup>, ya que no tiene cabida ni en nuestro país<sup>8</sup>, ni en la Unión Europea<sup>9</sup>.

Por tanto, prescindimos de su análisis, siendo un sistema plenamente conocido en el plano teórico, consistente en ser planes de ahorro a largo plazo, en el que los trabajadores aportan los fondos, que no pueden ser rescatados –generalmente- hasta que no cumplen la edad pensionable.

---

<sup>7</sup>No puede dejar de recordarse que cíclicamente, de forma recurrente, suele plantearse la revisión del sistema financiero de la Seguridad Social, propugnando la sustitución del sistema de reparto por el de capitalización. No obstante, como es sabido, tales debates quedaron superados desde la aprobación en 1995 del Pacto de Toledo, que revalidó el sistema de reparto frente al de capitalización.

<sup>8</sup>Ni en el artículo 41 ni otro precepto constitucional alusivo a la Seguridad Social se recoge de forma expresa una apuesta por el sistema financiero ni por ningún otro. Pese a ello, no puede afirmarse que la Constitución sea neutra al respecto, ya que los artículos 1.1 (la justicia social como valor del Estado social y democrático de Derecho) y 40.1, que proclama el principio de distribución equitativa de la renta personal, pueden llevar a la conclusión de que el sistema de reparto –frente al de capitalización- es el que tiene una mayor encaje constitucional, sistema que permite de forma más clara hacer efectivo el principio de solidaridad intergeneracional.

<sup>9</sup>En el ámbito de la Unión Europea, el Proyecto de Constitución de julio de 2003 aludía a la solidaridad entre generaciones, cuestión que engarza con el modelo de protección social a fomentar dentro de la política de la Unión, y que implícitamente significa una apuesta por el sistema de reparto en detrimento de la capitalización. En el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, cuyo artículo 1.4 modifica el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, se indicó que “(l)a Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño”. De este modo, frente a los regímenes de capitalización basados en el ahorro y no en la solidaridad intergeneracional, y por ello con un efecto menos redistributivo de las rentas, en el ámbito de la Unión Europea se opta en favor del sistema de reparto, ante la convicción de que los objetivos de civilización, equidad e incluso de eficacia del Sistema de Seguridad Social son más factibles en este régimen.

Descartado el sistema de capitalización (de contribución definida “real”), a mediados de los noventa del siglo pasado se abrió el debate sobre la introducción de un sistema de contribución definida “teórica” (en inglés, *Notional Defined Contribution*, NDC, y que en español ha acabado llamándose como “cuentas nocionales”, expresión que entiendo es menos expresiva que si se hubiera recurrido a la de “cuentas teóricas”).

Usando la terminología de los planes de pensiones, podría decirse que se pasa de un modelo de “prestación definida” (donde se fija la prestación a recibir por el partícipe o beneficiario, mientras que las aportaciones varían anualmente en función de cálculos actuariales), a uno de “aportaciones definidas” (en el que la cuantía de las aportaciones a realizar por el promotor o el partícipe se encuentra previamente definida, y las prestaciones a recibir se cuantificarán cuando acontezca la contingencia en función de las aportaciones capitalizadas).

Este modelo de cuentas nocionales tiene como principal característica el que opera mediante unas cuentas ficticias en las que cada contribuyente ingresa sus aportaciones (cotizaciones), y el importe “anotado” será el que perciba cuando se retire. Lógicamente, no percibe todo el importe de un solo pago, por lo que procede determinar cuánto le corresponde mensualmente. Y para ello, se recurre a la esperanza de vida, dividiendo el importe total entre los años que previsiblemente puede vivir.

Pues bien, esta idea de calcular el importe según las circunstancias demográficas, inspiró un segundo mecanismo: el llamado “factor de sostenibilidad”. Como ahora veremos, ajusta la edad o la cuantía de la pensión al momento demográfico o económico. Son sistemas que se conocen como “paramétricos”, dado que se ajustan automáticamente unos parámetros del Sistema, pero no reforma el conjunto del sistema. Veamos ambas figuras, a través de dos referentes nacionales: el sueco (cuentas nocionales); y el español (reformas paramétricas).

### **III. EL MODELO SUECO: CUENTAS NOCIONALES Y MECANISMOS DE BALANCE AUTOMÁTICO**

En 1994, y para hacer frente a los problemas económicos derivados del envejecimiento poblacional, los principales partidos políticos suecos (socialdemócratas, conservadores y liberales), acordaron crear un grupo de estudio que abordara alternativas, que culminara en un nuevo Sistema de Pensiones que se mantuviera estable, evitando las continuas reformas. Este grupo expertos trabajó desde 1995 a 2000, y presentó una propuesta que fue aprobada en 1998, entrando en vigor el 1 de enero de 1999 (con reglas transitorias hasta 2014)<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup>El 8 de junio de 1998 el parlamento sueco aprobó una ley sobre una nueva pensión de vejez en Suecia. Fue el final de un largo proceso que se inició en la década de los ochenta (aboliendo la pensión de viudedad, por ejemplo, se reemplazó por un subsidio temporal). En 1994 el parlamento (con el voto favorable de cinco de los siete partidos políticos presentes en el Parlamento, que representaban al 80 por ciento del electorado. El nuevo sistema se introdujo gradualmente a partir de 1999, calculándose con este sistema las pensiones desde 2001 (pero con un período transitorio que se extendió hasta 2014). Un análisis detenido del mismo, en SCHERMAN, K.G., *The Swedish pension reform*, OIT, 1999 ([http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---soc\\_sec/documents/publication/wcms\\_207699.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_207699.pdf)).

Uno de esos expertos fue el responsable de poner en práctica el nuevo modelo: Ole Settergren, que desde entonces ha ocupado distintos cargos de dirección en el Sistema de Pensiones Sueco.

## A. CUENTAS NOCIONALES

Como hemos adelantado, se inspira en los sistemas de capitalización (contribución definida), pero manteniendo el sistema pay-as-you-go (es decir, reparto), ya que realmente no hay una efectiva contribución definida, dado que las cuotas ingresadas se destinan a pagar las pensiones del momento presente. Pero es una contribución definida “teórica” (*Notional Defined Contribution*, NDC), ya que el importe de la pensión resultará de lo que aparece anotado en su cuenta (“cuentas nocionales”), dividido entre los años de esperanza de vida que tiene esa generación.

Este modelo –que, como todos los sistemas, tiene sus defensores y detractores<sup>11</sup>- se implantó por vez primera en Suecia, estando vigente en ese país desde 2001, habiéndose extendido posteriormente a Noruega, Polonia, Letonia, Italia, Mongolia y Kirguistán<sup>12</sup>. En cuanto a su financiación, los suecos cotizan cada mes un 18,5% para pensiones (un 7% sería la cuota obrera, y el 11,5% de la empresa). Un 16% se destina a la cuenta nocional que gestiona el Estado a través del sistema público de pensiones (“*inkonstpension*”, que se revaloriza según evolución salarios), y el 2,5% restante se aporta a un sistema de capitalización privado (a uno de los más de ochocientos fondos privados existentes en Suecia)(“*premiepension*”, que se revaloriza según rentabilidad fondos de inversión). Este último dato es una de las explicaciones de por qué desde algunos sectores financieros de nuestro país se ha tratado de tomar como modelo el de las cuentas nocionales, ya que en Suecia ha conllevado realizar aportaciones obligatorias a los seguros privados.

El Estado obliga a suscribir un Plan de Pensiones privado como complemento obligatorio, destinando el 2,5%, aunque, si lo prefiere, puede destinar ese porcentaje al fondo público para que éste invierta el dinero<sup>13</sup>. Son planes gestionados por el sector

---

<sup>11</sup>Al ser un debate que surge en Suecia, los primeros análisis de este modelo los encontramos en sueco (SETTERGREN, O. WITH OLSSON, H. (1997) Kapitel 5 Inkomstindex “Inkomstgrundad ålderspension – finansiella frågor m.m.”, Ds 1997:67, Socialdepartementet, Estocolmo). Una exposición sobre sus primeros defensores (Palmer 2000, Fox and Palmer 1999) y críticos (Valdés-Prieto 2000, Disney 1999), en SETTERGREN, O., *The Automatic Balance Mechanism of the Swedish Pension System*, Working Papers in Social Insurance 2001:2 [[https://www.forsakringskassan.se/wps/wcm/connect/42ecb24a-c222-4347-95e4-b0fff8b1555e/wp0102\\_the\\_automatic\\_balance\\_mechanism\\_of\\_the\\_swedish\\_pension\\_system.pdf?MOD=AJPERES](https://www.forsakringskassan.se/wps/wcm/connect/42ecb24a-c222-4347-95e4-b0fff8b1555e/wp0102_the_automatic_balance_mechanism_of_the_swedish_pension_system.pdf?MOD=AJPERES)]. [Consulta: 4 mayo 2018].

<sup>12</sup>AUERBACH, A.J; LEE, R., «Notional defined contribution pension systems in a stochastic context: design and stability», Working Paper 12805, diciembre 2006, [<http://www.nber.org/papers/w12805.pdf>], [Consulta: 4 mayo 2018].

<sup>13</sup>HERNÁNDEZ GUIJARRO, L. “Pensiones: Claves del modelo sueco y por qué es tan justo y sostenible”, Diario Digital *Inversion&finanzas.com* (15-09-2015). Según se recoge en este artículo periodístico, “Aproximadamente el 90% de sus trabajadores son partícipes de uno de los cuatro principales planes de pensiones de empleo. La adhesión es cuasi obligatoria y sus condiciones son fruto de negociación colectiva a nivel nacional entre organizaciones empresariales y sindicales con lo que las condiciones son relativamente homogéneas”. [<http://www.finanzas.com/noticias/economia/20150915/pensiones-claves-modelo-sueco-3237570.html>], [Consulta: 3 mayo 2018].

privado pero contratados a través de la agencia de pensiones sueca que actúa como intermediario<sup>14</sup>.

Por tanto, hay dos modalidades de pensiones contributivas: una pública (*inkonstpension*), y otra complementaria pero obligatoria (*premiepension*). La primera, mantiene la lógica de los sistemas de reparto –como hemos adelantado- ya que aunque el importe difiere de lo que haya acumulado en la “cuenta nocional” en relación a la esperanza de vida, el importe de las contribuciones se destinan al pago de las prestaciones del momento actual. Los saldos de las cuentas nocionales de los trabajadores fallecidos antes de su jubilación, lógicamente, se reparten entre todos los trabajadores inscritos en el sistema. No ocurre igual con la *premiepension*, que al gestionarse con fondos de pensiones privados, sigue la lógica de la capitalización.

Junto a estas dos pensiones contributivas, se contempla una no contributiva, denominada “*garantipension*”, que garantiza una pensión mínima a quienes les correspondería una prestación inferior a un importe determinado. Se financia a través de impuestos, exigiéndose una residencia en Suecia de cuarenta años. No se condiciona a no superar un umbral de rentas, sino únicamente a que la pensión contributiva sea inferior a un importe<sup>15</sup>.

La segunda particularidad que presenta es la ausencia de la noción de edad de jubilación. En efecto, como hemos indicado, consiste en crear una cuenta ficticia en la que se anotan las cotizaciones, y ese importe se divide por los años de esperanza de vida que haya en el momento de la jubilación. Y precisamente ahí, en la edad, es donde hay una segunda novedad. Efectivamente, se prescinde de la edad pensionable. A partir de los 61 años, todos los suecos pueden jubilarse a la edad que deseen. El día que quiera jubilarse, se cuenta todo lo que haya cotizado<sup>16</sup>, y se aplica un coeficiente de conversión teniendo en cuenta la esperanza de vida.

Este sistema ha tenido como efecto un retraso de la edad real de jubilación, porque se estimula el mantenimiento de la actividad: seguir cotizando dará lugar a una cuenta nocional más abultada, y al avanzar en la edad, la esperanza de vida es menor y en consecuencia se divide por menos. El resultado es que cuanto antes se retire, menor será la pensión, y viceversa.

Además de la cuenta nocional, y de la supresión de la edad de jubilación, hay una tercera novedad, y es el ajuste automático a las condiciones económicas.

## **B. MECANISMOS DE BALANCE AUTOMÁTICO**

Es un mecanismo de ajuste a fin de mantener un equilibrio entre contribuciones y prestaciones. Si en un ejercicio los activos del sistema (definidos como la suma de las

---

<sup>14</sup>ARGONDOÑA, A.; DÍAZ-GIMÉNEZ, J.; DÍAZ-SAAVEDRA, J., ÁLVAREZ, B., *El reparto y la capitalización en las pensiones españolas*, Fundación Edad&Vida, 2013, págs. 30 y 71. ([http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/portal\\_social/import/fedadvida/fev0001.pdf](http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/portal_social/import/fedadvida/fev0001.pdf))

<sup>15</sup>ARGONDOÑA, A.; DÍAZ-GIMÉNEZ, J.; DÍAZ-SAAVEDRA, J., ÁLVAREZ, B., *El reparto y la capitalización en las pensiones españolas, cit.*, pág. 72.

<sup>16</sup>Anualmente, los trabajadores suecos reciben el denominado "Sobre Naranja", en el que se les informa del saldo acumulado en su cuenta. El sistema nace bajo el principio de una corona de contribución, una corona de derecho de pensión.

contribuciones) son inferiores al importe de las prestaciones previstas, el crecimiento tanto de las pensiones como de los derechos acumulados en las cuentas individuales se reducen hasta que se recupera el equilibrio del sistema.

En Suecia, este mecanismo de ajuste entró en funcionamiento en 2010 por primera vez<sup>17</sup>.

#### IV. EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD. MODALIDADES

Frente a la inseguridad económica motivada por los desequilibrios demográficos, aparece a final de la primera década del siglo XXI una figura con la que se trata de dar estabilidad económica a los Sistemas de Seguridad Social: el factor de sostenibilidad. Con él se busca reforzar la seguridad económica, aunque a costa de sacrificar una “aparente” seguridad jurídica (decimos “aparente”, porque las constantes reformas no aportaban seguridad tampoco en este campo), ya que ni la edad ni la cuantía puede preverse, sino que estará a las reglas que sean sostenibles para cada cohorte generacional o en cada escenario socioeconómico. Podemos definirlo como un mecanismo que da seguridad económica

Y decimos que da estabilidad económica porque en cierto modo el objetivo de esta medida es contable: que aplaque a los “mercados”. Pero entendemos que es “ciencia ficción” jurídica, ya que un análisis tan a largo plazo es imposible de realizar con rigor, ya que en cuarenta años pueden producirse cambios enormes en las relaciones laborales y en el conjunto de la sociedad, cambios imponderables en este momento. Por tanto, vaticinar cuánto aumentará la edad de jubilación en función del incremento de la esperanza de vida es tarea inútil, porque será la forma de trabajar en el futuro la que determine la productividad del sistema laboral para financiar el Sistema (técnicas de producción, jornadas, etc., fruto de los cambios operados por la incorporación de nuevas tecnologías).

¿Qué variables se toman como referencia para aplicar el factor de sostenibilidad (FS)? Pueden agruparse en tres categorías, según cuál sea el factor que motiva el cambio:

- FS de primera generación: la esperanza de vida
- FS de segunda generación: la ratio activos/pasivos
- FS de tercera generación: la situación económica (presupuesto) (Mecanismos de equilibrio automático)

A su vez, ¿sobre qué parámetro puede incidirse?

- Sobre la edad de jubilación
- Sobre el período mínimo de cotización exigido

---

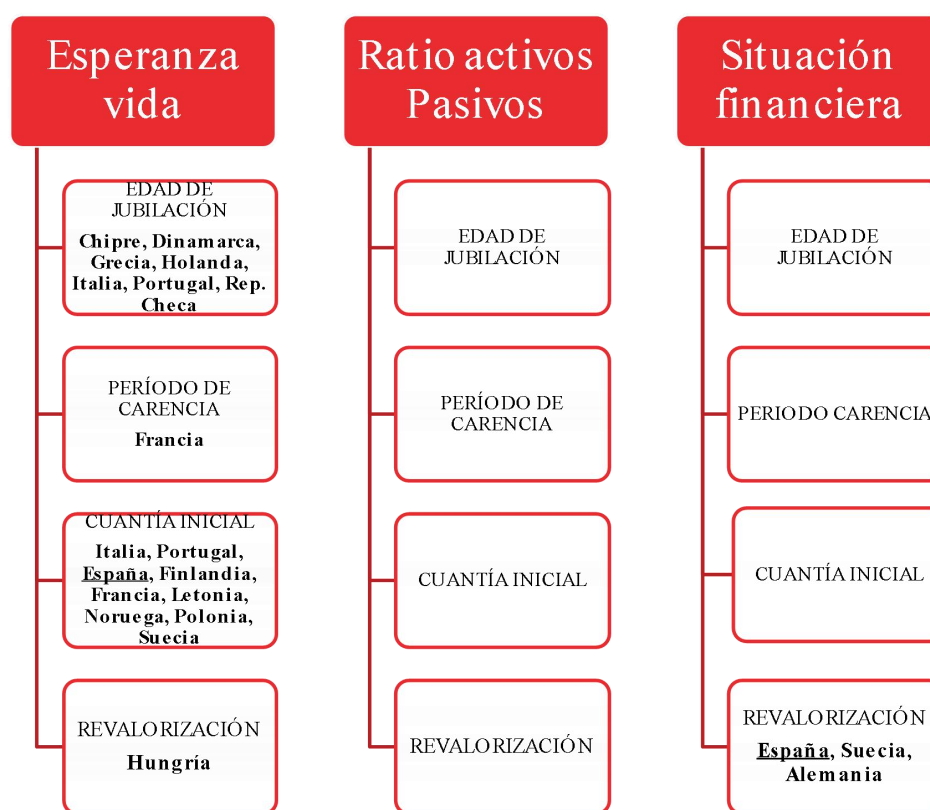
<sup>17</sup>HERNÁNDEZ GUIJARRO, L. “Pensiones: Claves del modelo sueco y por qué es tan justo y sostenible”, Diario Digital *Inversion&finanzas.com* (15-09-2015). Según se recoge en este artículo periodístico, “Aproximadamente el 90% de sus trabajadores son partícipes de uno de los cuatro principales planes de pensiones de empleo. La adhesión es cuasi obligatoria y sus condiciones son fruto de negociación colectiva a nivel nacional entre organizaciones empresariales y sindicales con lo que las condiciones son relativamente homogéneas”. [<http://www.finanzas.com/noticias/economia/20150915/pensiones-claves-modelo-sueco-3237570.html>], [Consulta: 3 mayo 2018].



- Sobre la cuantía, dentro de la cual a su vez puede aplicarse a dos variables:
  - A la fórmula de cálculo de la pensión (cuantía inicial)
  - A la fórmula de revalorización (indexación de pensiones)

En la Unión Europea hay numerosas experiencias al respecto, tanto en cuanto al tipo de factor de sostenibilidad aplicado, como sobre los parámetros afectados, aunque predomina el factor de sostenibilidad de primera generación (atendiendo a la esperanza de vida), y afectando a dos parámetros: la edad de jubilación; y el cálculo de la cuantía inicial de la pensión.

De forma gráfica, en el ámbito de la UE el Factor de Sostenibilidad se ha implementado como sigue:



## V. EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA

### A. LA LEY 27/2011 Y LA LEY 23/2013

Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en su artículo 8 introdujo una nueva disposición adicional en la LGSS (la quincuagésima novena 59 LGSS 1994), rubricada «Factor de sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social», con la siguiente redacción:

“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”.

Por tanto, eran dos las notas destacadas de esta medida:

- Temporal: entraría en vigor a partir de 2027.
- Material: afectaría a los parámetros fundamentales del Sistema: edad, cuantía inicial, revalorización, período carencia. Pero no se concretaba en qué consistiría esa revisión.

Abrió la puerta a una reforma paramétrica, pero sin aclarar sobre qué parámetros se podría incidir, y postergándola temporalmente a 2027.

Sin embargo, este escenario, contemplado inicialmente para 2027, se adelantó a 2014 (en lo relativo a la revalorización) y a 2019 (inicialmente, en la cuantía inicial). Cuando se reguló, no se contempló este modelo para la edad de jubilación, sino para la cuantía inicial y para la revalorización (Ley 23/2013). No obstante, haremos referencia a la edad, ya que la Memoria económica de la Ley 27/2011 sí lo contemplaba y cuantificaba el ahorro del sistema.

El origen de este adelanto de la reforma paramétrica se encuentra en el nuevo artículo 135 de la Constitución, desarrollado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, incluyendo dentro de su ámbito de aplicación a las “*Administraciones de Seguridad Social*” (art. 2.1.d) LO 2/2012). Y en su artículo 18 punto 3, 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, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*”.

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, en su disposición adicional novena contempló la creación de un comité de expertos independientes “*a fin de que elabore un informe sobre el factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, para su remisión a la Comisión del Pacto de Toledo*”. El Informe del Comité de Expertos se hizo público el 7 de junio de 2013.

Y finalmente, con 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, se adelanta en parte la previsión que la Ley 27/2011 había contemplado para 2017, introduce por primera vez una reforma paramétrica en el sistema español de Seguridad Social, como posteriormente pasaremos a desarrollar. Así, el Factor de

Sostenibilidad afecta a la pensión de jubilación, con dos notables diferencias respecto de lo previsto en 2011:

- Temporal: A partir de 2019<sup>18</sup>.
- Material: solo la cuantía inicial.

Junto al Factor de Sostenibilidad, se introduce un mecanismo de ajuste automático para la revalorización, que entró en vigor en 2014, y que como es sabido, ha dado lugar a movilizaciones, fruto de las cuales se han incrementado de forma excepcional las pensiones, encomendándose a la Comisión de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo el fijar otra fórmula para la revalorización de las pensiones.

## **B. EL PROYECTADO FACTOR DE SOSTENIBILIDAD EN LA EDAD DE JUBILACIÓN**

La Ley 27/2011, como hemos indicado, fue la que incorporó el factor de sostenibilidad, factor que afectaría a los parámetros fundamentales de la jubilación, lo que implícitamente incluía la edad de jubilación. Sin embargo, la norma no enumeraba los parámetros, y en consecuencia no aludía expresamente a la edad.

Pero la Memoria Económica del Anteproyecto de Ley sí aludía a un retraso de la edad por encima de los 67 años, a partir de 2017. Y reveló cuán importante era esta cláusula en la reforma del sistema, indicando que “como consecuencia, de acuerdo con las estimaciones de los apartados precedentes, esta revisión implicaría un ahorro del sistema de la Seguridad Social en porcentaje sobre PIB proporcional al obtenido con las medidas anteriores, teniendo en cuenta que cada 10 años aumenta en algo menos de un año la esperanza de vida a los 67 años”.

Es decir, se preveía que la edad se retrase un año por cada década que vaya transcurriendo a partir de 2027. En la Memoria Económica se recoge que en 2040 ya habría una reducción del 0,5% por aplicación de esta medida, lo que no es posible sin una previa elevación de la edad de jubilación. En consecuencia, se preveía que en 2040 la edad de jubilación ya no sea 67 años, sino previsiblemente 68 años, aumentando un año aproximadamente por década<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup>La disposición final única 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, relativa a la entrada en vigor, disponía “Por su parte, el factor de sostenibilidad regulado en el artículo 211 del texto refundido, únicamente se aplicará a las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social que se causen a partir del 1 de enero de 2019”. El Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, en su Disposición final trigésima octava, da una nueva redacción a la disposición final única RD Legislativo 8/2015, estableciendo “La aplicación del factor de sostenibilidad regulado en el artículo 211 del Texto Refundido se llevará a cabo una vez que, en el seno de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, se alcance un acuerdo acerca de la aplicación de las medidas necesarias para garantizar la sostenibilidad del sistema. No obstante y en todo caso, su entrada en vigor se producirá en una fecha no posterior al 1 de enero de 2023”.

<sup>19</sup> DE LA FUENTE advierte que la fijación de esa edad dependerá de la decisión política que se adopte en su momento (apoyándose en las declaraciones del Ministro de Trabajo el 21 de febrero de 2011, que añadía que esa decisión “está abierta, no predeterminada y no es automática”. Declaraciones recogidas por L. ABELLÁN, *El País*, 22-2-2011), “lo que revela la ilusión de evitar, mediante el establecimiento de modificaciones paramétricas basadas en fórmulas estadístico-matemáticas, la adopción de decisiones político-legislativas susceptibles de control democrático y de oposición social” (DE LA FUENTE LAVÍN,

No se trata de una medida accesorio, sino que en las cuentas realizadas por el Ministerio de Economía se refleja cómo a través de esta cláusula se esperaba ahorrar en 2060 una tercera parte del ahorro total del conjunto de medidas<sup>20</sup>:

**RESUMEN VALORACIÓN CONJUNTA.  
AHORRO DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
PORCENTAJE SOBRE EL PIB**

Años	% s/ base reguladora (1)	Base reguladora (1)	Retraso edad de jubilación (*)(**)	Efecto del incremento del nivel del PIB	Factor de Sostenibilidad	TOTAL
2015	0,0	0,0	0,1	0,0	0,0	0,1
2020	0,0	0,1	0,2	0,0	0,0	0,3
2030	0,1	0,4	0,8	0,1	0,0	1,4
2040	0,3	0,8	1,0	0,2	0,5	2,8
2050	0,3	1,0	1,0	0,2	1,0	3,5
2060	0,3	1,0	0,9	0,2	1,2	3,6

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda

(\*) Condicionada a la modificación de la pensión por variación de porcentaje y base reguladora.

(\*\*) Contiene cotizaciones por retraso de la edad de jubilación, mayor cotización de la jubilación parcial, supresión de la jubilación con 64 años, coeficiente reductor jubilación anticipada y mínimos

(1) Contiene efectos en las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad.

El objetivo de esta medida era contable: que la reforma tuviera una cuenta de resultados extraordinariamente favorable, que aplacara a los “mercados”. Pero era “ciencia ficción” jurídica, ya que un análisis tan a largo plazo es imposible de realizar con rigor, ya que en cuarenta años pueden producirse cambios enormes en las relaciones laborales y en el conjunto de la sociedad, cambios imponderables en este momento.

### **C. EL *NONATO* FACTOR DE SOSTENIBILIDAD EN LA CUANTÍA DE LA JUBILACIÓN**

Con 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, se adelanta en parte la previsión que la Ley 27/2011 había contemplado para 2017, introduce por primera vez una reforma paramétrica en el sistema español de Seguridad Social. Así, contempla dos nuevas reglas<sup>21</sup>: aplicación de un factor de sostenibilidad a la cuantía

M., «La flexibilidad en la edad de jubilación», en MONEREO PÉREZ Y MALDONADO MOLINA (Dir.), *La edad de jubilación*, Comares, Granada, 2011, pág. 486.

<sup>20</sup>MALDONADO MOLINA, J.A., «La edad de jubilación, retiro y vejez», en *La edad de Jubilación*, Comares, Granada, 2011, pág. 108.

<sup>21</sup>Para un análisis a fondo de esta importante reforma, vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E., «El factor de sostenibilidad de las pensiones de jubilación y la garantía de la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad» en *Revista Relaciones Laborales*, nº 5, 2014; MONEREO PÉREZ, J.L. Y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., «El factor de sostenibilidad en

inicial de la pensión de jubilación; y un mecanismo de ajuste automático en la revalorización de las pensiones. El plazo ya no será 2017, sino -inicialmente- el 2019 para el factor de sostenibilidad de la pensión de jubilación; y el 2014 para la nueva fórmula de revalorización.

Como bien expresa la Exposición de Motivos de esta ley, la introducción del factor de sostenibilidad constituye una medida cualitativamente distinta a las medidas reformadoras llevadas a cabo con anterioridad, por cuanto lo que se implanta no es un cambio concreto en el régimen jurídico de las pensiones, sino un instrumento de reequilibrio o de ajuste automático de las mismas, en función de la evolución de la esperanza de vida, hasta ahora inexistente.

Por tanto, el factor de sostenibilidad es un parámetro adicional a los ya existentes para el cálculo de la pensión de jubilación inicial, que ayuda a conseguir una cuantía media de las pensiones compatible con el nivel de gasto total destinado a esas pensiones y a mantener el equilibrio financiero del sistema a medio y largo plazo.

Según la Exposición de Motivos de la Ley, su finalidad es mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas, garantizando a las generaciones presentes y futuras la percepción de pensiones adecuadas y suficientes. Dice que la Ley que este factor asegura el riesgo asociado al incremento de la longevidad y ajusta la equidad intergeneracional, si bien sólo respecto de las pensiones de jubilación.

La pensión de jubilación contributiva ya no se determinará totalmente en proporción a la renta de activo, sino la cuantía oscilará según la evolución de la esperanza de vida del pensionista (y en consecuencia del tiempo que se espera esté cobrando la pensión).

En efecto, el factor de sostenibilidad, recogido actualmente en el art. 211 LGSS 2015, iba a determinar modificaciones en la determinación inicial de la cuantía de las pensiones de jubilación causadas a partir de 2019 (fecha, que como hemos adelantado, ha sido pospuesta por la Ley de Presupuestos para 2018, como máximo a 2023). Supone un cambio sustancial en el régimen jurídico, que además atenta a la seguridad jurídica base en un mecanismo de protección de riesgos futuros como es la Seguridad Social, que en esta materia deja de ser segura.

El factor de sostenibilidad ajusta la pensión inicial de jubilación de manera que el importe total que perciba a lo largo de su vida un pensionista que acceda al sistema de pensiones dentro de un cierto número de años, y que previsiblemente tendrá mayor

---

España: ¿un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?», en *Revista de Derecho Social*, nº 62, 2013; MONEREO PÉREZ, J.L Y 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*, Madrid, Tecnos, 2014; SUÁREZ CORUJO, B., «Las increíbles pensiones menguantes: la metamorfosis del sistema público de pensiones a través del factor de sostenibilidad», en *Revista Relaciones Laborales*, nº 5, 2014; OCHANDO CLARAMUNT, C. y 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 6, 2015.

esperanza de vida, sea equivalente al que perciba el que se jubile en un momento anterior. Sintéticamente, funciona del siguiente modo:

- Se calculará cuánto ha aumentado la esperanza de vida a los 67 años en un determinado período quinquenal (en 2019 –año inicialmente previsto- la variación de la esperanza de vida entre 2012 y 2017; en 2024, la variación entre 2017 y 2022; y así sucesivamente).
- Ese porcentaje se aplica sobre la cuantía que le correspondería normalmente al trabajador, al entender que el importe que resulta de aplicar las reglas legales corresponde a una situación demográfica determinada, y si ésta varía, corresponde variar el cálculo inicialmente previsto.

La fórmula matemática (un polinomio) se recoge en el artículo 211 LGSS:

$$FS_t = FS_{t-1} * e^{*67}$$

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.

e\*67 = Valor que se calcula cada cinco años y que representa la variación interanual, en un periodo quinquenal, de la esperanza de vida a los sesenta y siete años, obtenida esta según las tablas de mortalidad de la población pensionista de jubilación del sistema de la Seguridad Social.

Trata de garantizar el principio de contributividad pero en el sentido de que no se cobre más de lo que se ha cotizado. El factor de sostenibilidad ajusta la pensión inicial de jubilación de manera que el importe total que perciba a lo largo de su vida un pensionista que acceda al sistema de pensiones dentro de un cierto número de años, y que previsiblemente tendrá mayor esperanza de vida, sea equivalente al que perciba el que se jubile en un momento anterior<sup>22</sup>.

Obviando las ciencias matemáticas y quedándonos en las ciencias jurídicas, podría aducirse que se está aplicando la doctrina “rebus sic stantibus”, de modo que si las circunstancias concurrentes cuando el sujeto realiza sus contribuciones al sistema sufren una alteración sustancial, puede dar lugar a una modificación. Sin embargo, esta teoría es difícil de aplicar a la cuantía de la jubilación, ya que:

- la variación de la esperanza de vida en un lustro difícilmente tendrá unas dimensiones que permita hablar de alteración sustancial.
- esta variación corresponde a la esperanza de vida a los 67 años, de forma que tampoco hay certeza que sea finalmente así, es una merca estimación en base a una ciencia tan poco exacta como la demografía.

---

<sup>22</sup>MALDONADO MOLINA, J.A., «La pensión de jubilación ordinaria. Concepto, requisitos y cuantía», *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, vol. II., pág. 76.

- el sistema financiero de reparto hace que realmente no haya un vínculo contractual que haga exigible lucrar un determinado importe. Este derecho viene por otro lado, por el derecho a la seguridad social consagrado constitucionalmente, y es que sin seguridad jurídica no hay seguridad social, y el que el importe a percibir pueda variar según los cálculos quinquenales hechos por el Ministerio no aporta mucha seguridad (social) al asegurado.

El Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, en su Disposición final trigésima octava, da una nueva redacción a la disposición final única Real Decreto Legislativo 8/2015, estableciendo “la aplicación del factor de sostenibilidad regulado en el artículo 211 del Texto Refundido se llevará a cabo una vez que, en el seno de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, se alcance un acuerdo acerca de la aplicación de las medidas necesarias para garantizar la sostenibilidad del sistema. No obstante y en todo caso, su entrada en vigor se producirá en una fecha no posterior al 1 de enero de 2023”.

En consecuencia, se aprueba una moratoria en la entrada en vigor, hasta 2023, tiempo en el que deben llegar a un acuerdo dentro de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo. Ese Acuerdo puede ser mantener lo inicialmente previsto, modificarlo, o directamente suprimirlo, con lo cual no entraría en vigor tampoco en 2023, y ello pese a que la redacción del proyecto de la Ley de PGE parece sugerir que el Gobierno no renunciaba a su entrada en vigor. Con el cambio de Gobierno, no está claro que entre en vigor antes de 2023. Pero entiendo que será necesario lograr un acuerdo que garantice la sostenibilidad del sistema, lo cual desde luego puede pasar por un nuevo factor de sostenibilidad en lo relativo a la cuantía inicial, tanto de la pensión de jubilación como otras pensiones.

#### **D. MECANISMO DE AJUSTE AUTOMÁTICO EN LA REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES**

La adaptación de las pensiones puede articularse a través diversos modelos u opciones, la mayor parte de los cuales se han conocido en nuestro Ordenamiento en algún momento histórico, dado que en España (en una perspectiva histórica) la revalorización de pensiones adolece de un régimen jurídico caracterizado por la diversidad.

En nuestro sistema, el artículo 50 de la Constitución prevé la revalorización de las pensiones, concretándose en las reglas previstas en los artículos 58 LGSS (pensiones contributivas) y 62 LGSS (pensiones no contributivas).

El artículo 58 LGSS fue reformado por 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. Introdujo una nueva fórmula, que ya no se vincula a la evolución del IPC, sino que depende de la evolución financiera del Sistema (con unos límites mínimos y máximos). Se ha optado por un nuevo modelo rupturista con el que durante décadas ha regido en nuestro Sistema, pasando de ajuste conforme al IPC, a un ajuste automático en función de los ingresos y los gastos del sistema. Pero es falsamente automático, porque realmente se sabe que difícilmente habría grandes novedades.

En efecto, en ningún caso el resultado obtenido podrá dar lugar a un incremento anual de las pensiones: como mínimo, inferior al 0,25 %; como máximo, superior a la variación porcentual del IPC en el periodo anual anterior a diciembre del año, más 0,50%. Y dada la situación económica del Sistema, nadie duda que jamás estaría por encima del 0,25%

Se parte del siguiente polinomio:

$$IR_{t+1} = \bar{g}_{i,t+1} - \bar{g}_{p,t+1} - \bar{g}_{s,t+1} + \alpha \left[ \frac{I_{t+1}^* - G_{t+1}^*}{G_{t+1}^*} \right]$$

Siendo:

IR = Índice de revalorización de pensiones expresado en tanto por uno con cuatro decimales.

t+1= Año para el que se calcula la revalorización.

$\bar{g}_{i,t+1}$  = Media móvil aritmética centrada en t+1, de once valores de la tasa de variación en tanto por uno de los ingresos del sistema de la Seguridad Social.

$\bar{g}_{p,t+1}$  = Media móvil aritmética centrada en t+1, de once valores de la tasa de variación en tanto por uno del número de pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.

$\bar{g}_{s,t+1}$  = Media móvil aritmética centrada en t+1, de once valores del efecto sustitución expresado en tanto por uno. El efecto sustitución se define como la variación interanual de la pensión media del sistema en un año en ausencia de revalorización en dicho año.

$I_{t+1}^*$  = Media móvil geométrica centrada en t+1 de once valores del importe de los ingresos del sistema de la Seguridad Social.

$G_{t+1}^*$  = Media móvil geométrica centrada en t+1 de once valores del importe de los gastos del sistema de la Seguridad Social.

$\alpha$  = Parámetro que tomará un valor situado entre 0,25 y 0,33. El valor del parámetro se revisará cada cinco años.

Resumiendo, la revalorización estará en función de los Ingresos (I) y Gastos (G) del Sistema. Para el cálculo, se considerarán todos los I y G todos los de los Presupuestos de la Seguridad Social, pero sin tener en cuenta:

- Los del INGESA e IMSERSO
- De los ingresos:
  - las cotizaciones por cese de actividad de trabajadores autónomos.
  - las transferencias del Estado para la financiación de las prestaciones no contributivas, excepto la financiación de los complementos a mínimos de pensión.
- De los gastos:
  - las prestaciones por cese de actividad de trabajadores autónomos.
  - las prestaciones no contributivas, salvo los complementos a mínimos de pensión.

Para las pensiones no contributivas, el artículo 62 LGSS parte de una filosofía equiparadora con las pensiones contributivas, indicando que se «al menos» se incrementarán en el mismo porcentaje que fije la Ley para las contributivas.



En la práctica, implica que las pensiones solo se revalorizarán 0,25%, con independencia del incremento del coste de la vida. Es decir, no es un mecanismo de ajuste automático, porque las variables que toma en consideración son tan improbables (que haya más ingresos que gastos, una utopía en el escenario presente y futuro), que en realidad la expresión “mecanismo automático” en este caso no es más que un eufemismo.

En la siguiente tabla, de elaboración propia con datos del INE, podemos ver cómo ha evolucionado la revalorización de las pensiones en relación al IPC

AÑO	IPC (nov)	REVALORIZACIÓN (para ese año) (se aprueba en diciembre del año anterior)	
		CONTRIBUTIVAS	NO CONTRIBUTIVAS
2006	2,6 %	2 % (paga compensatoria)	3,6 %
2007	4,1 %	2 % (paga compensatoria)	3,6 %
2008	2,4 %	2 % (paga compensatoria)	5,10 %
2009	0,3 %	2%	2,4 %
2010	2,3 %	1 %	1%
2011	2,9 %	CONGELADAS (salvo mínimas, 1%)	2,3 %
2012	2,9 %	1 % (salvo mínimas, 2,9%)	2,9%
2013	0,2 %	1% / 2% menores mil euros	2%
2014	-0,4 %	0,25 %	0,25 %
2015	-0,3 %		
2016	0,7 %		
2017	1,7 %		
2018	2 % (previsión)	0,25 % más 1,35% (salvo mínimas: 0,25% más 2,75%)	0,25% más 2,75%

Fuente: elaboración propia en base a datos del INE

Durante los primeros años de vigencia de la norma, pasó desapercibida la nueva fórmula, ya que el escenario económico fue el de deflación, por lo que pese a revalorizarse las pensiones solo el 2,5%, no hubo pérdida de poder adquisitivo. Sin embargo, a partir de 2017 fue cuando los colectivos de mayores tomaron conciencia de lo que se había aprobado en diciembre de 2013, cuando el IPC comenzó a sobrepasar de forma notable el incremento de las pensiones aprobado, originándose una pérdida de poder adquisitivo entre el colectivo de pensionistas, que ha provocado – como es sabido- tal contestación social (por primera vez en décadas el colectivo de los pensionistas ha salido a las calles a manifestarse en contra de dicho incremento<sup>23</sup>), que provocó que el Gobierno del Partido Popular acordara con el Partido Nacionalista Vasco incremento del importe de las pensiones para el 2018 y 2019 en la Ley de Presupuestos.

Obviamente, no se ha derogado la Ley 23/2013 (con el argumento que debiera ser previo acuerdo en el seno del Pacto de Toledo, y no en la Ley de Presupuestos), limitándose a prever unos incrementos extraordinarios, recogidos bajo la expresión “incremento adicional de las pensiones” (disposición adicional quincuagésima primera Proyecto de Ley de Presupuestos Generales para el año 2018) para los años 2018 y 2019. Como previene la Exposición de Motivos, todo ello “sin olvidar, que la Comisión de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo es la encargada de analizar la situación del sistema de Seguridad Social y establecer las recomendaciones que permitan garantizar su sostenibilidad financiera a medio y largo plazo”<sup>24</sup>.

La Ley de PGE no admite que la Ley 23/2013 sea injusta, sino que explica los incrementos de las pensiones por el “contexto de crecimiento económico y por el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria”, pero viene a reconocer que deberá modificarse, remitiéndose a los acuerdos que se alcancen en el seno de la Comisión de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo que garanticen la eliminación del déficit del sistema de la Seguridad Social. Entre tanto, se limita a establecer “un régimen transitorio de incremento de las pensiones para los años 2018 y, en su caso, 2019”. Así, contempla incrementos adicionales tanto para el año 2018 como 2019, aunque en este último caso lo hace pender a la ausencia de acuerdo en la Comisión de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo para la revalorización anual.

Para 2018, los incrementos adicionales serían los siguientes:

- las pensiones contributivas abonadas por el sistema de la Seguridad Social y las de Clases Pasivas, se incrementarán en un 1,35 % adicional al 0,25% previsto en el artículo 35 LPGE. Para la aplicación de este incremento se tomará la cuantía de pensión resultante de la revalorización efectuada el 1 de enero de 2018 conforme al artículo 35 de la LPGE.

- las cuantías mínimas de las pensiones del Sistema de la Seguridad Social y las de Clases Pasivas, se incrementarán en un 2,75 % adicional al 0,25% previsto en el artículo 43 de la LPGE.

---

<sup>23</sup>Cfr. [https://elpais.com/elpais/2018/03/17/album/1521280369\\_757173.html](https://elpais.com/elpais/2018/03/17/album/1521280369_757173.html).

<sup>24</sup>Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 [[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-20-10.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-20-10.PDF)], [Consulta: 4 junio 2018]. pág. 13.

- la Pensiones no contributivas de la Seguridad Social, se incrementarán en un 2,75% adicional al 0,25%.

Para 2019 se incrementarán en un porcentaje adicional equivalente a la diferencia entre el Índice de Revalorización de Pensiones fijado para ese año (que previsiblemente será el 0,25%) y el 1,6 por ciento.

En definitiva, y dado el nuevo ejecutivo resultante de la moción de censura, puede darse por finiquitado el mecanismo de ajuste automático en la revalorización de las pensiones, siendo de esperar que a través de la Comisión de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo se fije otra fórmula para la revalorización de las pensiones, que bien podría ser un verdadero mecanismo de ajuste automático pero realista y que garantice el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, como obliga el artículo 50 de la Constitución.

## VI. CONCLUSIONES

Los Sistemas de Seguridad Social de corte bismarckiano se diseñaron sobre un equilibrio demográfico que no existirá con la llegada a la tercera edad de la generación del baby boom, de modo que su financiación se verá comprometida

Negar la necesidad de una reforma a fondo, confiando en que un aumento de la partida de los ingresos solucione todos los problemas financieros del sistema, supone partir de la afirmación de que los ciclos económicos no afectarán a los ingresos presupuestarios, cosa que pocos economistas se atreverán a hacer. Es evidente que el Sistema español no puede seguir teniendo la altísima tasa de dependencia de las cotizaciones como fuente de ingresos, una tasa que resulta atípica si lo comparamos con los países de la UE cuyos sistemas de protección social son similares a nosotros. Está claro que hay que incrementar la financiación presupuestaria.

En efecto, dentro de las fuentes de financiación de nuestro Sistema, hay una enorme desproporción entre las cuotas de la Seguridad Social y los ingresos vía transferencias. Los datos presupuestarios para 2018 son los siguientes<sup>25</sup>:

CONCEPTO	Importe (en miles de euros)	Porcentaje
COTIZACIONES	114.915.750,00	76,64%
TRANSFERENCIAS	13.597.991,83	9,07%
OTROS INGRESOS	1.206.164,65	0,80%
Operaciones financieras	20.230.813,95	13,49%
<b>TOTAL</b>	<b>149.950.720,43</b>	<b>100,00%</b>

<sup>25</sup>Proyecto de Presupuestos Seguridad Social Ejercicio 2018 [[http://www.congreso.es/docu/pge2018/seg-social/Proyecto\\_2018/TomoCyD.pdf](http://www.congreso.es/docu/pge2018/seg-social/Proyecto_2018/TomoCyD.pdf)], [Consulta: 4 junio 2018]. pág. 14.

La evolución cuotas/aportaciones estatales ha ido difiriendo según el empleo, de forma que a mayor tasa de actividad, menor necesidad de recurrir a las aportaciones estatales.

Año	Cuotas	Total presupuestos (miles de euros)
1995	63,99%	65.549.168,2
2000	65,71%	92.131.303,6
2005	92,27%	95.268.170,6
2010	87,01%	121.235.664,57
2015	80,70%	136.103.232,09
2016	83,19%	140.933.905,50
2017	76,30%	144.903.510,52
2018	76,64%	149.950.720,43

Fuente: elaboración propia sobre datos Presupuestos

Pero si unimos las cifras de cotizantes con los de pasivos, es como queda más claro la imperiosa necesidad de incrementar los ingresos vía presupuestaria.

AÑO	RATIO COTIZANTES/PASIVOS
1990	2,40
1995	2,07
<b>1996</b>	<b>2,06</b>
2000	2,29
2005	2,61
<b>2007</b>	<b>2,71</b>
2010	2,57
2015	2,26
2016	2,29
2017	2,23
<b>2018</b>	<b>2,09</b>

Podríamos confiar en que una ampliación la financiación presupuestaria sería suficiente para garantizar la sostenibilidad del sistema, sumado a una mejora en la calidad en el empleo. Pero ambas cuestiones son irreales. La primera, porque en los demás países de la UE en los que hay fuertes aportaciones estatales, han tenido que recurrir a reformas

paramétricas, o incluso estructurales (como Suecia, con el sistema de cuentas nacionales).

Y respecto a la calidad en el empleo, hay que asumir que las relaciones laborales temporales y tiempo parcial serán algo inherente a los nuevos sistemas de producción (cosa distinta es que su régimen jurídico protector sea precario). Lo reconoce la OIT: el modelo de relaciones laborales ha mutado<sup>26</sup>.

Por todo ello, entiendo que es inaplazable abrir un debate serio sobre qué medidas y reformas adoptar para garantizar la sostenibilidad de las pensiones, máxime teniendo en cuenta que toda reforma que se aborde, requerirá de un período transitorio de adaptación. Recuérdese que el modelo sueco se gestó en los mismos años en los que en España se constituyó el Pacto de Toledo. En Suecia disponen de un sistema sólido (también es cierto que su economía es distinta a la nuestra), mientras que en España no ha salido adelante ninguna reforma en profundidad. Solo aumenta la edad de jubilación para las mujeres (que son las que en la práctica no reúnen los 38 años y medio cotizados que se exigen), ampliado la base reguladora a 25 años, y el porcentaje a 37 años. El factor de sostenibilidad ha caído en el debate político, fruto de no gestarse con el consenso necesario. Y el mecanismo de revalorización que de facto solo permitía incrementarlas un 0,25% era un despropósito, nada que ver con lo que realmente debería ser un modelo sostenible (que es a lo que debe aspirar cualquier factor de sostenibilidad).

El modelo de cuentas nacionales tiene sus inconvenientes, pero también sus ventajas. Y entre ese modelo, y limitarse a pedir mayores ingresos, hay un espacio en el que promover un sistema que no solo sea sostenible, sino que resuelva la problemática de la edad de jubilación (ligándola a libre elección del individuo, en el marco del envejecimiento activo y los derechos humanos de las personas mayores), la compatibilidad trabajo-pensión, y que responda a un modelo inclusivo de la población mayor en la sociedad del siglo XXI.

---

<sup>26</sup>Como advierte la OIT en su informe “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. El empleo en plena mutación”, de 2015: “(l)as nuevas tecnologías y los cambios en la forma en que las empresas organizan la producción son factores determinantes de (...) la extensión de las nuevas formas de trabajo. De ahí que la consecución del modelo de empleo estándar para la mayoría de los trabajadores sea cada vez más difícil. Por consiguiente, las políticas públicas no deberían centrarse únicamente en promover la transición desde modalidades de empleo no estándar hacia el empleo permanente, a tiempo completo y dependiente. También se debería tener en cuenta la necesidad de asegurar una protección adecuada para los trabajadores ocupados en todos los tipos de empleo”. OIT, *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. El empleo en plena mutación*, Resumen Ejecutivo, OIT, 2015, pág. 4.

Recibido: 13.06.2018. Aceptado: 28.06.2018.

## **LA NECESARIA REFORMA DEL SISTEMA PREVISIONAL EN EL PERÚ**

### **THE NECESSARY REFORM OF THE PENSION SYSTEM IN PERU**

**DANIEL DE LA VEGA ZAVALA**

Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Asociado Senior del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

## **RESUMEN**

En Perú coexisten dos regímenes de pensiones: un sistema público, el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), y un sistema privado, el Sistema Privado de Pensiones (SPP). El primero es de financiación mixta mientras que el segundo es un régimen de capitalización individual.

Con el objeto de plantear reformas económicas para financiar la cobertura universal de aseguramiento de salud y protección previsional sin afectar la sostenibilidad fiscal ni generar informalidad en el mercado de trabajo se creó en 2017 el Grupo de Trabajo "Comisión de Protección Social", dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas. En su primer informe propuso desarrollar un sistema de pensiones de afiliación automática, integrado, eficiente e independiente de la condición laboral, de modo que ningún peruano se quede sin una pensión básica.

**PALABRAS CLAVE:** Seguridad Social, pensiones, Perú, reformas.

## **ABSTRACT**

In Peru, two pension systems coexist: a public system, the National Pension System (SNP) and a private system, the Private Pension System (SPP). The first one is mixed financing while the second one is an individual capitalization regime.

In order to propose economic reforms to finance universal coverage of health insurance and pension protection without affecting fiscal sustainability or generating informality in the labor market, the Working Group "Social Protection Commission" was created in 2017, it dependent of the Ministry of Economy and Finance. In its first report, it proposed to develop a system of pensions with automatic affiliation, integrated, efficient and independent of the working condition, so that no Peruvian would be left without a basic pension.

**KEYWORDS:** Social Security, pensions, Peru, reforms.

## **SUMARIO**

**I. ANTECEDENTES DEL SISTEMA PREVISIONAL EN EL PERÚ**

**II. EL SISTEMA PREVISIONAL VIGENTE EN EL PERÚ**

**III. LA NECESIDAD DE LA REFORMA: PROBLEMÁTICA CON EL SISTEMA DE PENSIONES**

**IV. REFORMA EN CAMINO: SISTEMA DE PENSIONES INTEGRADO**

**V. REFLEXIÓN FINAL**



## I. ANTECEDENTES DEL SISTEMA PREVISIONAL EN EL PERÚ

En el Perú, el beneficio de jubilación ha sido regulado por diferentes cuerpos normativos. En la actualidad, coexisten dos regímenes de pensiones: uno público, el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) administrado por la ONP y; otro, privado, el Sistema Privado de Pensiones administrado por las AFP.

Fue a inicios del siglo pasado que por primera vez la empresa privada asumió la administración del pago de una prestación previsional<sup>1</sup>, pues mediante la Ley N° 1378, se estableció la obligación del empleador de asumir la responsabilidad por los accidentes de trabajo que les ocurrieran a sus empleados en el hecho del trabajo o con ocasión del mismo.

En esta etapa, las normas de carácter previsional incluían a todos los trabajadores, obreros o empleados, a cargo de un empleador, sin hacer distinción por la naturaleza del régimen laboral. Sin embargo, la distinción entre obreros y empleados se extendió a la legislación laboral y previsional. De esta manera, en el caso de los obreros, de acuerdo con la Ley N° 8433, promulgada en 1936, gozaban a su favor de una pensión de vejez a cargo de la Caja Nacional del Seguro Social Obrero.

Por otro lado, los empleados carecían de este beneficio hasta la promulgación de la Ley N° 10624. Dicha norma reguló el derecho al pago de una pensión a cargo del empleador, equivalente a un sueldo íntegro para los empleados con 40 años de servicio ininterrumpidos a las entidades bancarias, comerciales, industriales, agrícolas y mineras, que tuvieran un capital mayor a dos millones de oro. Con el Decreto Ley N° 11013 y el Decreto Ley N° 15117, se redujeron los años de servicio exigidos para acceder a la jubilación, fijando 30 años de servicio para los hombres y 25 años para las mujeres. Más adelante, con el Decreto Ley N° 17262, se creó el Fondo de Jubilación de los Empleados Particulares (FEJEP), el cual asumió a los trabajadores que estaban comprendidos en la Ley N° 10624 que no estuvieran percibiendo pensión de jubilación bajo dicha norma. El FEJEP fue administrado por el Seguro Social del Empleado, y para acceder a una pensión de jubilación se debía acreditar 20 o 25 años de servicio para un mismo empleador.

Años después, esta norma fue derogada mediante el Decreto Ley N° 19990, el cual creó el SNP en sustitución de los sistemas de pensiones de las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social y del Seguro Social del Empleado y del Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares. Este Régimen beneficia a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, a los trabajadores obreros y a los funcionarios y servidores públicos sujetos al régimen de la actividad pública, que no se encuentran incorporados al Decreto Ley N° 20530.

Por otro lado, el 19 de julio de 1980, con la dación del Decreto Ley N° 23161, se creó el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), como una institución autónoma y

---

<sup>1</sup>ABANTO REVILLA, César. (2015) “Regímenes complementarios de jubilación en el Perú ¿una opción paralela?”. En: DERECHO PUCP, N° 75. Lima.

descentralizada con autonomía técnica, económica y administrativa, con personería jurídica de derecho público interno, que tenía a su cargo cubrir a los asegurados y sus familiares contra los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, accidente, vejez y muerte y contra cualquier otra situación factible de ser amparada y señalada por ley.

Tal como señala NEVES<sup>2</sup>, antes de la reforma del sistema de pensiones, existía en el campo previsional una convivencia parcial entre el sector social y el privado. Precisamente, el IPSS administraba dos sistemas generales y uno especial. Los dos primeros son el Régimen de Prestaciones de Salud (RPS) y el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), regulados por el Decreto Ley N° 22484 y 19990, respectivamente. El especial, era el Régimen de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (RATEP), regulado en el Decreto Ley N° 18846.

Sin embargo, el SNP regulado por la Ley N° 19990 al ser un sistema de reparto, los trabajadores activos afiliados aportaban a un fondo comunitario, dicho fondo era el que proveía de recursos a las prestaciones de jubilación, invalidez y sobrevivencia que se otorgaban<sup>3</sup>. Sin embargo, los cambios geográficos, laborales y económicos (el elevado número de trabajadores informales, el desempleo, entre otros factores), y el aumento de la expectativa de la vida terminaron por afectar el funcionamiento de este tipo de regímenes de pensiones<sup>4</sup>.

El desgaste de este sistema, además de la crisis política, condujo a la reforma del Sistema de Pensiones. Así, en noviembre de 1992, a través del Decreto Ley N° 25897, se creó el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), en virtud del cual se instauró un sistema de capitalización individual administrado por las AFP, en el cual, cada afiliado posee una cuenta individual donde se depositan sus cotizaciones.

## II. EL SISTEMA PREVISIONAL VIGENTE EN EL PERÚ

De acuerdo con el ordenamiento peruano vigente, coexisten dos regímenes de pensiones: un sistema público, el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), regulado por el Decreto Ley N° 19990; y, un sistema privado, el Sistema Privado de Pensiones (SPP), regulado por el Decreto Supremo N° 054-97-EF.

Si bien se ha señalado que ambos regímenes son abiertos y excluyentes, pues cualquier trabajador puede optar y afiliarse por uno de ellos<sup>5</sup>, el objetivo transparente de la legislación es provocar la migración de los asegurados del SNP al SPP.

A continuación, precisaremos algunas características generales de ambos sistemas:

---

<sup>2</sup>NEVES MUJICA, JAVIER (1993). “Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: Opción Diabólica”. En: Themis, N° 25. Lima.

<sup>3</sup>ALARCÓN, Guillermo. (1993). Entrevista: “El Nuevo Sistema Privado de Pensiones”. En: Temis, N° 26. Lima.

<sup>4</sup>MEDIOLA, Alfredo y otros. (2013). Análisis del sistema privado de pensiones: propuesta de reforma y generación de valor. Primera Edición. Lima: Esan Ediciones.

<sup>5</sup>TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y ÁNGELES LLERENA, Karen. (2004) “Seguridad Social Peruana: Sistemas y Perspectivas”. En Themis, N°48. Lima.

- (i) El SNP es un sistema de financiamiento mixto, pues las pensiones de los jubilados en un periodo determinado se financian primordialmente con los aportes que realizan los trabajadores activos en el mismo periodo<sup>6</sup>. En este sentido, los aportes se destinan a un fondo común. Por el contrario, el SPP es un régimen de capitalización individual, en el cual los aportes que realiza cada afiliado se registran en una cuenta individual de capitalización(CIC), la que se incrementa con los sucesivos aportes y la rentabilidad generada por las inversiones del fondo. Es importante considerar que el Estado también participa en el financiamiento de las CIC a través de los bonos de reconocimiento, los cuales se otorgan para reconocer los aportes al SNP; y, de los bonos complementarios, los cuales se usan para financiar pensiones mínimas<sup>7</sup>.
- (ii) El SNP es administrado por una entidad estatal, nos referimos a la ONP, quien además se encarga de administrar de los pagos a los pensionistas de otros regímenes administrados por el Estado y los regímenes especiales. Mientras que el SPP es administrado por entidades privadas, denominadas AFP, las cuales son empresas privadas supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS)<sup>8</sup>. Cabe señalar que la legislación desalienta la permanencia en el SNP y favorece abiertamente la afiliación a las AFP. Por nombrar un par de ejemplos, tenemos los incentivos económicos que se otorgaron a los afiliados al SNP que optaron por trasladarse a una AFP (aumentos) y el hecho que si un trabajador no elige, en un plazo de 10 días desde el inicio de su relación laboral, un sistema previsional, el empleador está obligado a afiliarlo al SPP en alguna AFP. A propósito, cabe anotar que de la población afiliada a un Sistema de Pensión, las AFP son las que cuentan con mayor número de afiliados con 4 millones 482 mil 100 personas (19,2%), la ONP tiene 2 millones 518 mil 800 personas (10,8%) y otros sistemas de pensión, 277 mil 800 personas (1,2%)<sup>9</sup>. Igualmente, en el periodo 2011-2016, los afiliados a una AFP se han incrementado en 3,6 puntos porcentuales, al pasar de 15,6% el 2011 a 19,2% al primer semestre de 2016. En el caso de la ONP en 1,3 puntos porcentuales al pasar de 9,5% a 10,8% en el mismo periodo<sup>10</sup>.
- (iii) En relación a quienes tiene derecho a afiliarse al SNP, éste sólo comprende a los trabajadores dependientes (con carácter obligatorio) y a trabajadores independientes (de manera facultativa). Por su parte, el SPP permite la afiliación voluntaria de trabajadores dependientes e independientes; y, las personas que no

---

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup>CASALÍ, Pablo y PENA, Hernán. Los trabajadores independientes y la Seguridad Social en el Perú. (2012). Organización Internacional del Trabajo. Primera Edición: Lima.

<sup>8</sup>A partir del 25 de julio de 2000, la SBS asumió las funciones de la Superintendencia de AFP, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 27238.

<sup>9</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (INEI) (2016). "Cobertura del Sistema de Pensiones. Síntesis Estadística". Disponible en: [https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin\\_pensiones.pdf](https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_pensiones.pdf)

<sup>10</sup> Ibidem.

tengan la condición de trabajadores dependientes o independientes pueden afiliarse voluntariamente a la AFP que elijan, en calidad de afiliados potestativos<sup>11</sup>.

- (iv) El SNP tiene un sistema de beneficios determinados por Ley, de manera que, no existe relación entre el monto de lo aportado y la pensión que se va a recibir. De ahí que algunos consideran que este sistema es injusto e inequitativo para quienes aportaron a lo largo de sus años de servicio, pues al margen del monto aportado, al momento de su jubilación perciben pensiones irrisorias. En el SPP existe una relación entre lo aportado por el trabajador y el monto que figura en su CCI con la pensión a percibir<sup>12</sup>.
- (v) En el SNP para acceder a una pensión de jubilación se debe cumplir, entre otros requisitos, con tener 20 años de aportación y siempre que el trabajador (hombre o mujer) cuente con 65 años de edad. Sin embargo, en el SPP no se exige un mínimo de años de aportación, pues la pensión se determinará en función a los aportes acumulados que hubiera efectuado el trabajador y la rentabilidad obtenida por el fondo administrado por la AFP<sup>13</sup>.
- (vi) La cuantía de la pensión, en el SNP, será equivalente al 50% de la remuneración de referencia del afiliado, la cual se determina en función del tiempo de aportación. El porcentaje mencionado se irá incrementando por cada año adicional completo de aportación en 4% hasta alcanzar como límite el 100% de la remuneración de referencia. La pensión máxima a la fecha es de S/ 857.36 Soles (aproximadamente US\$ 263 Dólares Americanos).  
A diferencia de ello, en el SPP, la pensión de jubilación se calcula en base al saldo que arroje la CIC del afiliado al momento que le corresponde la prestación, en función a los siguientes factores: a) el capital acumulado formado por los aportes mensuales, el monto del bono de reconocimiento, si corresponde; y, los intereses que se hubieran devengado. b) la modalidad de jubilación que se adopte el trabajador, es decir: retiro programado, renta vitalicia personal, renta vitalicia familiar; y/o renta temporal con renta vitalicia diferida.
- (vii) El SNP otorga a favor del trabajador las siguientes prestaciones: pensión de jubilación e invalidez; y, a favor de sus familiares sobrevivientes; pensión de viudez, orfandad, ascendencia y capital de defunción. En cambio, las prestaciones que ofrece el SPP son las siguientes: pensión de jubilación e invalidez sobrevivencia y gastos por sepelio. En este sistema no se otorgan prestaciones en materia de salud y de accidentes de trabajo.
- (viii) En el SPP, a diferencia del SNP, la legislación ha dispuesto la posibilidad de que los empleadores realicen aportes voluntarios a la cuenta individual de los

---

<sup>11</sup> Artículo 4 del Decreto Supremo N° 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

<sup>12</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y ÁNGELES LLERENA, Karen. (2004) Óp. Cit.

<sup>13</sup> Ibidem.

trabajadores con fin provisional, sin que exista algún límite cuantitativo al respecto.

En suma, de acuerdo al ordenamiento previsional vigente, el Estado peruano ha instaurado la coexistencia de dos sistemas de pensiones que son excluyentes entre sí, otorgándose a los trabajadores la libertad de optar por afiliarse voluntariamente a alguno de ellos.

Adicionalmente a los regímenes expuestos anteriormente, el Sistema Previsional en el Perú está conformado por el Sistema de Cédula Viva, regulado por el Decreto Ley N° 20530. El régimen tuvo su origen en leyes antiguas que concedían pensiones vitalicias para un grupo reducido de funcionarios del Estado y a cargo del Tesoro Público<sup>14</sup>.

En este régimen están comprendidos los trabajadores públicos, fiscales (Decreto Legislativo N° 052), magistrados (Decreto Supremo N° 017-93-JUS), diplomáticos (Decreto Legislativo N° 894), JNE, Tribunal Constitucional, trabajadores del Banco de la Nación (Decreto Legislativo N° 339), EsSalud (Leyes N° 25066 y N° 24366). Asimismo, no se establece una edad mínima para gozar de la pensión de jubilación. Sólo se requiere 12.5 años (mujeres), 15 años (hombres) y 20 años.

### **III. LA NECESIDAD DE LA REFORMA: PROBLEMÁTICA CON EL SISTEMA DE PENSIONES**

El Sistema Previsional en el Perú ha sufrido constantes modificaciones legislativas. Precisamente, la modificación más polémica durante los últimos años ha sido la promulgación en el 2016 de la Ley N° 30425, norma que modificó el Decreto Supremo N° 053-97-EF, que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley (TUO) del SPP.

En efecto, mediante la incorporación de la Vigésimo Cuarta Disposición Final y Transitoria, se dispuso que los afiliados de las AFP, a partir de los 65 años de edad, podrán decidir entre percibir la pensión que le corresponda en cualquier modalidad de retiro; o, solicitar a la AFP la entrega del 95.5% del fondo disponible en su CIC.

De igual modo, otro los cambios relevantes que introdujo la Ley N° 30425, fue la incorporación de un párrafo al artículo 40 al TUO de la Ley del SPP, según el cual los afiliados tienen la posibilidad de retirar hasta el 25% de la CIC y utilizar dicho monto como garantía de la cuota inicial de un crédito hipotecario destinado para la adquisición de una primera vivienda. Inclusive, dicha opción puede ejercerse en cualquier etapa de la afiliación.

Asimismo, se añadió el artículo 42-A al TUO de la Ley del SPP, a fin de establecer que procede también la jubilación anticipada cuando el afiliado padezca de enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer que reduzca su expectativa de vida, debidamente declarada por el comité médico evaluador calificado por la SBS.

---

<sup>14</sup>CASALÍ, Pablo y PENA, Hernán. Los trabajadores independientes y la Seguridad Social en el Perú.

Sin duda, esta norma ha sido objeto de serios cuestionamientos, ya que se ha señalado que estamos frente a una norma inconstitucional, en tanto transgrede el principio constitucional de la intangibilidad de los fondos de pensiones recogido en el artículo 12° de la Constitución, el mismo que tiene la finalidad de salvaguardar los intereses de todos aquellos afiliados a un fondo de pensiones, ya sea público o privado, y que nunca se destinen dichos fondos a fines distintos de aquellos para los que fueron creados<sup>15</sup>.

Si bien entendemos que la finalidad de la norma era generar una mayor liquidez para los afiliados a los sistemas de pensiones; no obstante, la disponibilidad del fondo de pensión atenta con la misma naturaleza de la pensión, pudiendo generar que la población al llegar a la edad de jubilación no cuenten con fondos para garantizar una vejez digna. Ahora bien, recordemos que la reforma del Sistema de Pensiones peruano de 1992, tuvo como principal objetivo proveer de la sostenibilidad financiera que este sistema no tenía. De esta manera, el cierre de la brecha fiscal era fundamental para la estabilidad macroeconómica y se consideraba que la incorporación de un componente privado en la gestión del sistema de pensiones sería capaz de incentivar el ahorro en el país, canalizar recursos financieros a personas y empresas e impulsar el desarrollo del mercado de capitales y el crecimiento económico<sup>16</sup>.

En efecto, después de más de 20 años de la reforma, examinaremos brevemente las estadísticas elaboradas por la SBS más recientes<sup>17</sup>, a fin de verificar la implementación de la sostenibilidad financiera del SPP que se buscó con dicha reforma:

- En relación al número de afiliados, tenemos que las personas que se afiliaron al SPP durante el cuarto trimestre del año 2017 sumaron 97 004, cifra similar a la registrada en el trimestre anterior pero mayor en 10,9% con respecto al flujo registrado en el cuarto trimestre de 2016 (87 457 afiliaciones).

#### Afiliación Trimestral por Tipo de Trabajador (En miles de personas)

- En cuanto a la recaudación de aportes, éste ascendió a 2 675 millones de soles durante el cuarto trimestre del 2017, registrando así un aumento de 5,5% en relación a la registrada en el trimestre anterior y un crecimiento de 11,3% con respecto a la recaudación del cuarto trimestre del 2016 (2 403 millones de soles).

---

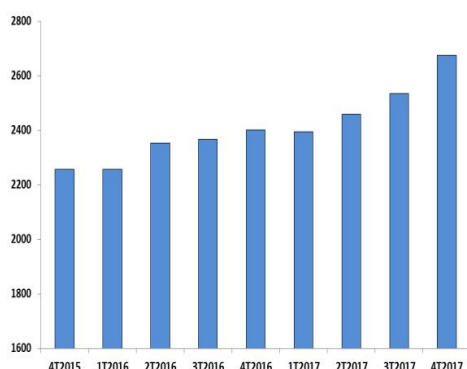
<sup>15</sup>COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN DEL EQUIPO DE DERECHO MERCANTIL. “¿Es constitucional que un afiliado al sistema privado de pensiones pueda acceder hasta el 95.5% de los fondos de su cuenta individual de capitalización?”. (2017) En: Revista de Actualidad Mercantil, N° 5. VILLARÁN ZEGARRA, José Alberto. “Y ahora, ¿Quién podrá defendernos (de los riesgos)? Análisis de la Vigésima Cuarta Disposición Final de la ley N° 30425 que aprueba el retiro de 95.5% del Fondo Privado de Pensiones”. (2016) Artículo Académico publicado como parte del Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>16</sup> TUESTA, David (2011), “Una revisión de los sistemas de pensiones en latinoamérica”, BBVA Research.

<sup>17</sup>Informe de Evolución del Sistema Privado de Pensiones al Cuatro Trimestre de 2017. Disponible en: <http://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.asp?p=34#>.

- Respecto a las solicitudes de traspaso aceptadas en el cuarto trimestre del año, éstas sumaron 13 862, flujo mayor en 13,6% al registrado en el trimestre previo pero menor en 5,4% con relación a diciembre de 2016. Sin embargo, en términos de montos netos (ingresos menos salidas), solo una de las cuatro administradoras del SPP registró un crecimiento de ingresos como resultado de la dinámica de traspasos.
- Por otro lado, en cuanto a la recaudación de aportes, éste ascendió a 2 675 millones de soles durante el cuarto trimestre del 2017, registrando así un aumento de 5,5% en relación a la registrada en el trimestre anterior y un crecimiento de 11,3% con respecto a la recaudación del cuarto trimestre del 2016 (2 403 millones de soles).

Aportes al SPP  
(En millones de soles)



- Finalmente, en cuanto a las utilidades de las AFP, al cierre de diciembre de 2017, la utilidad operativa del SPP descendió a 610 millones de soles, monto inferior al registrado en diciembre del 2016 (631 millones de soles).

En efecto, de acuerdo con las estadísticas a las que hemos hecho referencia concordamos con quienes afirman que luego de más de 20 años de funcionamiento del SPP, de cierto modo, la reforma alcanzó alguno de sus objetivos financieros<sup>18</sup>. No obstante, las deficiencias del sistema se presentan en el plano social; ya que, por ejemplo, sólo la tercera parte de la fuerza laboral se encuentra afiliada al SPP, porcentaje que se reduce a menos de 20% si se consideran afiliados con aportes regulares. La alta informalidad, los serios problemas de liquidez que tiene este colectivo, así como la pobre cultura previsional de la población no han favorecido el incremento de la cobertura de manera significativa<sup>19</sup>.

<sup>18</sup>ALONSO, Javier; SÁNCHEZ, Rosario; y TUESTA, David. (2014). “Un modelo para el sistema de pensiones en el Perú: Diagnóstico y recomendaciones”. En: Revista de Estudios Económicos, N° 27. Disponible en: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Estudios-Economicos/27/ree-27-alonso-sanchez-tuesta.pdf>.

<sup>19</sup>Ibidem.

Asimismo, en un país emergente como el nuestro, existen un conjunto de limitaciones que restringen la función del Estado de garantizar una protección social mínima a la población, dentro de las cuales tenemos<sup>20</sup>: escasos recursos fiscales, la elevada informalidad y baja productividad laboral; cambios en la composición demográfica asociados al envejecimiento poblacional y el descenso de aportantes jóvenes y los bajos niveles de empleo.

En un estudio reciente elaborado por un grupo de especialistas contratados por el Estado peruano han llegado a la conclusión que existen una serie de problemas críticos que dificultan el correcto funcionamiento del Sistema Previsional en el Perú<sup>21</sup>, como por ejemplo:

1. Tenemos un modelo altamente fragmentado y carente de visión integral conformado por dos regímenes contributivos que compiten por la misma población objetivo (los trabajadores del sector formal) y un pilar no contributivo que actúa de manera aislada como un programa social (Pensión 65).
2. El nivel de cobertura es bajo y decreciente, producto de un sistema enfocado fundamentalmente en el mercado laboral formal (de trabajadores asalariados). En la actualidad, solo un 16.8% de la activa (PEA) aporta al sistema previsional y sólo el 35% de los ciudadanos mayores de 65 años forma parte de algún sistema previsional.
3. Los sistemas ofrecen pensiones insuficientes e inequitativas. En la actualidad, sólo el 13.7% de la PEA peruana puede realísticamente aspirar a recibir una pensión del SNP o SPP en la vejez, y la pensión promedio, para los pocos que la reciben, es baja comparada con las pensiones promedio en, digamos, Colombia, Chile y México. El sistema actual, además, alberga profundas inequidades. Por ejemplo, mientras que una persona que haya contribuido menos de 20 años al SNP termina sin pensión al jubilarse ni acceso a sus aportes, una persona de la misma edad y con similares niveles de ingreso y aportes al SPP podría adquirir una renta vitalicia razonable.
4. En el caso del SPP, el desaprovechamiento de economías de escala y el mercado oligopólico de AFP impide la reducción de costos y que ésta se traduzca fácilmente en menores comisiones para los afiliados, al tiempo que posibilita altas tasas de ganancia para las AFP.
5. Una gestión de portafolios cortoplacista por parte de las AFP. Dicha gestión es en general inconsistente con el objetivo de largo plazo del ahorro previsional.

---

<sup>20</sup>COMISIÓN DE PROTECCIÓN SOCIAL. “Propuestas de reformas en el Sistema de Pensiones, financiamiento en la Salud y Seguro de Desempleo”. (2017). Disponible en: [http://www.proteccionsocial.com.pe/assets/pdf/Informe\\_Final\\_CPS.pdf](http://www.proteccionsocial.com.pe/assets/pdf/Informe_Final_CPS.pdf)

<sup>21</sup>Ibidem.



6. La existencia en el SPP de dificultades para acceder a esquemas de retiro simples que aseguren la estabilidad de los ingresos en la jubilación a costos razonables, frente a un incremento persistente en la esperanza de vida.
7. La ausencia de información y asesoría financiera adecuada, activa, independiente, simple y de fácil acceso para el afiliado, tal que le ayude a planificar y administrar mejor su ingreso en la fase de jubilación y le alerte de posibles malas decisiones en materia previsional.

Así, A lo anterior, se suma que, de acuerdo con el Ministerio de Economía y Finanzas peruano, el Sistema Público de Pensiones se encuentra desfinanciado y requiere transferencias del Tesoro Público que representan el 16% del Presupuesto Público y el 30% de la recaudación interna de tributos. El Régimen del Decreto Ley N° 20530 es el que presenta las mayores distorsiones y representa la mayor carga previsional que afronta el Estado<sup>22</sup>.

En este marco, desde un punto de vista constitucional, el Estado tiene la obligación de velar por la seguridad social de los individuos; por lo que, en respuesta a los problemas existentes con el Sistema de Pensiones surge la necesidad de una reforma que se traduzca en la posibilidad de que la población pueda acceder a mejores pensiones y se diseñe un plan de retiro acorde a sus posibilidades y necesidades.

#### **IV. REFORMA EN CAMINO: SISTEMA DE PENSIONES INTEGRADO**

Las graves deficiencias en el Sistema de Pensiones peruano son evidentes. De este modo, el Sistema de Pensiones ha vuelto a ser objeto de debate y se han puesto sobre la mesa distintas propuestas para impulsar una serie de reformas<sup>23</sup>, las cuales han sido propuestas tanto desde el frente de las AFP, como desde el Estado.

Al respecto, en enero del 2017 se emitió la Resolución Ministerial N° 017-2017-EF/10, mediante la cual se creó el Grupo de Trabajo denominado “Comisión de Protección Social” (CPS), dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas. Dicha Comisión se creó con el objeto de plantear reformas económicas para financiar la cobertura universal de aseguramiento de salud y protección previsional, además de mejorar la protección frente al desempleo; sin afectar la sostenibilidad fiscal ni generar informalidad en el mercado de trabajo.

En efecto, en septiembre del 2017 la CPS presentó su informe final denominado “Propuestas de Reformas en el Sistema de Pensiones, Financiamiento en la Salud y Seguro de Desempleo”. En dicho informe, la CPS propuso su reforma integral del Sistema de Pensiones.

---

<sup>22</sup>DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. “Los Sistemas de Pensiones en el Perú” (2004). Disponible en: [https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol\\_econ/documentos/sistemas\\_pensiones.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/sistemas_pensiones.pdf)

<sup>23</sup>Noticia extraída de: <https://elcomercio.pe/economia/peru/son-propuestas-reforma-sistema-pensiones-noticia-466576>

Así, la CPS propone desarrollar un sistema de pensiones de afiliación automática, integrado, eficiente e independiente de la condición laboral, que fomente el ahorro con solidaridad para la vejez y que fortalezca y establezca el ingreso en la etapa de jubilación sujeto a la disponibilidad de recursos fiscales, de modo que ningún peruano se quede sin una pensión básica<sup>24</sup>.

Los objetivos de la reforma propuesta son:

1. Construir un sistema de pensiones único e integrado.
2. Ampliar sustancialmente la cobertura del sistema pensional, principalmente a través de la introducción de una pensión básica (antipobreza).
3. Reducir los costos del sistema para el trabajador que ahorra para su vejez, a través de un mayor aprovechamiento de economías de escala en favor de los afiliados, una reducción de gastos innecesarios, una mejor y mayor diversificación de riesgos, y un despliegue más efectivo del papel rector del Estado en cuanto a la aglomeración eficiente de los servicios de administración de cuentas así como a la regulación y el ordenamiento de los mercados de servicios financieros relevantes (administración de activos, provisión de rentas vitalicias y seguros).
4. Incorporar un verdadero representante de la demanda (del colectivo de los afiliados).
5. Incrementar los beneficios del sistema pensional, no solo a través de la mencionada pensión básica, ampliación de la cobertura y reducción de comisiones, sino también a través de un nuevo marco regulatorio que focalice la atención de los trabajadores y gestores de activos en la tasa de reemplazo (esto es, en el ingreso durante la etapa de jubilación como porcentaje del ingreso en la etapa de trabajo).

En este sentido, el nuevo sistema pensional estaría conformado por tres pilares complementarios:

- Primer pilar: una pensión básica universal, en donde se apuntaría inicialmente a una pensión mínima de manera subsidiaria, esto es, mediante un subsidio público focalizado en los afiliados de menores ingresos. El subsidio decrecería con el nivel de ahorro previsional acumulado por la persona al momento de su jubilación de manera de no eliminar por completo los incentivos a ahorrar en las poblacionales de menores recursos.
- Segundo pilar: ahorro con verdaderos fines previsionales, esto es, enfocado en la tasa de reemplazo. Todos los ciudadanos en edad de trabajar (sean formales o informales) tendrían una CIC en la que se irían acumulando sus ahorros.

---

<sup>24</sup>DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. “Los Sistemas de Pensiones en el Perú” (2004). Óp. Cit.

Asimismo, existiría una entidad centralizadora que capturaría economías de escala en favor del afiliado, eliminaría costos que no traen claros beneficios sociales, representaría el interés colectivo de los afiliados ante los gestores de carteras de inversión, y proveería (directamente o a través de terceros) adecuados servicios de información y asesoría financiera a los afiliados.

Este pilar contaría con un conjunto de incentivos estatales: (i) un subsidio a las contribuciones de los peruanos jóvenes de menores ingresos; (ii) un sistema de contribuciones complementarias (o aparejadas) por parte del Estado a los aportes de ahorro previsional hechos por trabajadores de menores ingresos; o, (iii) La facilitación de aportes de ahorro previsional a las CIC por vía de facturas de gasto (por ejemplo, facturas de pago por servicios de telefonía celular).

- Tercer pilar:desacumulación, que facilite la estabilidad de un ingreso decente durante el periodo de jubilación mediante el desarrollo de un mercado de rentas vitalicias simple, eficiente y barato junto con esquemas idóneos de retiro programado de los ahorros del trabajador.

Sin duda la propuesta expuesta responde a los problemas que viene afrontando el Sistema Previsional en el Perú. Inclusive, analistas y empresas del sector saludaron las propuestas. Por ejemplo, podemos mencionar a el presidente ejecutivo de Sura -dueña de AFP Integra-, Jorge Ramos, quien consideró adecuado el planteamiento que ha hecho la CPS formada por el gobierno para que la ONP, las AFP y Pensión 65 se articulen en un sistema integral y dejen de competir por los afiliados<sup>25</sup>.

No obstante, también existe un sector que ha advertido riesgos en la reforma planteada por CPS. Así, la presidenta de la Asociación de AFP , Giovanna Prialé, señaló que “el esquema que propone esta comisión de centralizar la recaudación es un esquema de alto riesgo, porque no sabemos si este será de carácter público o privado, y eso, en un gobierno con fuerte apetito de gasto fiscal, puede traducirse en la nacionalización de los fondos de pensiones”<sup>26</sup>.

Naturalmente, los objetivos de la reforma propuesta se irían alcanzando en el tiempo, luego de una etapa de transición y conforme la reforma vaya estableciendo las necesarias condiciones de mercado y los arreglos institucionales adecuados. Para ello, se requiere que la implementación de la reforma vaya de la mano con la estrategia de política pública orientada a la formalización de la economía.

---

<sup>25</sup>Noticia extraída de: <http://rpp.pe/economia/economia/como-deberia-ser-la-reforma-del-sistema-de-pensiones-noticia-1047209>. Por su parte, el ex intendente de AFP de la Superintendencia de Banca y Seguros, Melvin Escudero, explicó cómo sería este pilar solidario.

*"En el Perú, más o menos con ese espíritu, ya se implementó lo de Pensión 65, dentro de este modelo integrado nuevo debe de haber también ese pilar donde el Estado contribuye con una parte del financiamiento para la población más necesitada que sabemos que no va a alcanzar ese nivel de ahorro", refirió.*

<sup>26</sup>Noticia extraída de: <https://peru21.pe/economia/informe-21-alertan-riesgos-reforma-sistema-pensiones-384273>

## V. REFLEXIÓN FINAL

Si consideramos que actualmente la mayoría de la población en edad de jubilación ha optado o está considerado seriamente retirar el 95.5% de sus fondos del SPP<sup>27</sup> para llevarlos a alguno de los planes de ahorro que ofrece el sistema financiero, negar el fracaso del sistema previsional actual y de la reforma de los años noventa sería claramente inconsecuente.

Por tanto, cae de madura la necesidad que existe en el Perú de una reforma. La pregunta en todo caso es ¿qué tipo de reforma?

Al respecto, opinamos que cualquier cambio en el sistema de pensiones debe tener en cuenta un concepto básico, que aun cuando ha sido reiteradamente señalado por nuestro Tribunal Constitucional<sup>28</sup>, parece omitido por el legislador.

Dicho concepto no es otro que el recordar que la función social del Estado, es la de ser el garante primario y último del derecho de la Seguridad Social y, por tanto, del derecho fundamental de la pensión.

En tal sentido, el Estado se ve en la obligación de asumir y ejecutar medidas eficaces y constantes para alcanzar progresivamente la efectividad del sistema. Por tanto, el Estado requiere implementar un modelo de organización sostenible, regido por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, que permita garantizar pensiones dignas, adecuadas y eficientes<sup>29</sup>.

En nuestra opinión, dicho modelo, hacia el cual además parece orientarse la reforma peruana, según hemos señalado de manera precedente, es el modelo multipilar, mixto o complementario; donde se combina una pensión mínima digna (universal y solidaria), con una cuenta individual que le permitirá tener una mejor tasa de reemplazo a los trabajadores de ingresos medios y altos.

Así, nos parece que la necesidad de una reforma en el sistema de pensiones en el Perú es inminente, sólo esperamos que el resultado de la misma se oriente por los principios de la seguridad social y que no se sumerja nuevamente en los encantos irrealistas del interés individual o peor aún, el de algunos particulares.

---

<sup>27</sup>Conforme a lo dispuesto en la Ley N° 30425 antes mencionada.

<sup>28</sup>Por ejemplo en las sentencias recaídas en los expedientes N° 008-2013-AI/TC, N° 050-2004-AI/TC, N° 1417-2005-AA/TC, entre otras.

<sup>29</sup>GONZALES, César y PAITÁN, Javier. “Hacia un modelo multipilar del sistema de pensiones peruano: ¿Una reforma impostergable?”. En: *Revista Diálogo y Concertación Nacional del Consejo Nacional del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Lima, 2015.

Recibido: 22.04.2018. Aceptado: 03.05.2018.

## **PANORÁMICA DE LA JUBILACIÓN EN BRASIL**

### **PANORAMA DA APOSENTADORIA NO BRASIL**

### **OVERVIEW OF RETIREMENT IN BRAZIL**

**RENATA FABIANA SANTOS SILVA**

Procuradora do Estado da Bahia,

Professora de Direito Administrativo da Universidade Salvador (UNIFACS),

Mestranda em Direito Público pela Universidade de Sevilha - Espanha

## **RESUMEN**

Este artículo tiene el objetivo de analizar la estructura actual de los regímenes de jubilación en Brasil y de la efectividad de la propuesta de reforma contenida en la PEC nº 287/2016. Para cumplir estos objetivos será hecha un análisis de los regímenes de jubilación vigentes en Brasil, sino también de los puntos clave de la dicha reforma, en su última redacción, para que sea posible verificar la efectividad de los cambios propuestos. Al final serán apuntadas algunas sugerencias con la finalidad de contribuir para el debate sobre la modificación de los regímenes de jubilación de Brasil.

**PALABRAS CLAVE:** Reforma, Seguridad Social, Brasil, Jubilación.

## **RESUMO**

Este artigo pretende analisar a estrutura atual dos regimes de aposentadoria no Brasil e a efetividade da proposta de reforma contida na PEC nº 287/2016. Para atingir estes objetivos, será feita uma análise dos regimes de aposentadoria em vigor no Brasil, como também dos pontos-chave da citada reforma, em sua última redação, para que seja possível verificar a eficácia das propostas de mudanças. Ao final, algumas sugestões serão apontadas com a finalidade de contribuir para o debate sobre as alterações dos regimes de aposentadorias do Brasil.

**PALAVRAS CHAVE:** Reforma, Previdência Social, Brasil, Aposentadoria.

## **ABSTRACT**

This article intends to analyze the current structure of Brazilian retirement schemes and the effectiveness of the proposal contained in PEC 287/2016. In order to achieve these objectives, it will be done an analysis of the Brazilian pension schemes and the key points of the aforementioned reform, in order to verify the effectiveness of the proposed changes. In the end, some suggestions will be pointed out with the purpose of contributing to the debate about the changes in the Brazilian pension systems.

**KEY WORDS:** Reform, Social Security, Brazil, Retirement.

## **SUMÁRIO**

### **I. INTRODUÇÃO**

### **II. REGIMES DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS), REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RPPS) E REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (RPC)**

### **III. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

#### **A. TIPOS DE APOSENTADORIA E REQUISITOS EXIGIDOS**

#### **B. CÁLCULOS DO BENEFÍCIO**

### **IV. REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

#### **A. TIPOS DE APOSENTADORIA E REQUISITOS EXIGIDOS**

#### **B. CÁLCULOS DO BENEFÍCIO**

### **V. REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – PEC Nº 287/2016: OBJETIVOS E (IN)EFETIVIDADE**

### **VI. CONCLUSÕES**

### **VII. REFERÊNCIAS**

## I. INTRODUÇÃO

A Previdência Social tem sido nos últimos anos motivo de preocupação para diversos países, independentemente do seu nível de desenvolvimento, pois os sistemas previdenciários, em razão das bases em que se fundamentam, tornaram-se um peso considerável nos orçamentos públicos<sup>1</sup>.

De maneira geral, os regimes previdenciários são organizados pelo Estado, tendo como forma de financiamento o regime de repartição simples baseado na solidariedade intergeracional (geração atual paga os benefícios dos inativos na expectativa de que a geração futura pague os seus quando da inativação). Ocorre que as variações demográficas e a diminuição do ingresso de novos trabalhadores constituem fatores que vulneram consideravelmente os sistemas de proteção previdenciária.

No Brasil todos estes fatores repercutiram nos regimes de previdência social, além de outros de natureza histórica, de modo que o atual governo federal tenta levar a cabo a reforma da previdência social através da PEC nº 287/2016. Para uma melhor compreensão da reforma previdenciária brasileira, é essencial entender como está construído o sistema vigente, motivo pelo qual passaremos a análise dos Regimes de Previdência vigentes no Brasil.

## II. REGIMES DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS), REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RPPS) E REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (RPC)

No Brasil coexistem dois regimes jurídico-previdenciários de filiação compulsória e de caráter contributivo e solidário: Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e Regime Próprio de Previdência Social (RPPS)<sup>2</sup>.

No RGPS são contribuintes, os empregadores, empregados assalariados, domésticos, autônomos, contribuintes individuais e trabalhadores rurais<sup>3</sup>. Já o RPPS é sustentado pela contribuição do ente público, servidores ativos, inativos e pensionistas.

Ambos os regimes estão fundamentados no princípio de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

O equilíbrio financeiro se refere ao equilíbrio entre as receitas arrecadadas com as despesas decorrentes dos benefícios previdenciários em um determinado exercício financeiro.

Já o conceito de equilíbrio atuarial se refere à relação receitas e despesas em longo prazo, ou seja, diz respeito ao custeio dos benefícios no futuro.

---

<sup>1</sup>Vid. MESA-LAGO, Carmelo. *As reformas da previdência na América Latina e seus impactos nos princípios da seguridade social*. Tradução da Secretaria de Políticas de Previdência Social. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2007.

<sup>2</sup>Vid. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Panorama da Previdência Social Brasileira*. 2ª Edição. Brasília: MPS, SPS, SPC, ACS, 2007.

<sup>3</sup>Os agentes públicos temporários, contratados sob o Regime Especial de Direito Administrativo e ocupantes exclusivamente de cargos de provimento em comissão, também estão vinculados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS).



A par destes dois regimes existe ainda uma terceira via de proteção previdenciária, de caráter facultativo, o Regime de Previdência Complementar (RPC). Este constitui um regime securitário autônomo, de caráter facultativo e suplementar, destinado à concessão de benefícios a seus participantes, mediante a constituição de reservas financeiras.

No que toca aos servidores públicos, o art. 40, § 14, da Constituição Federal, dispõe que a previdência complementar desta categoria pode ser instituída pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, hipótese em que estes estarão autorizados a fixar, para o valor das aposentadorias e pensões, que serão concedidas pelo RPPS, o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS.

No RPC, o papel do Estado passa a ser secundário, uma vez que sua atuação fica restrita ao plano da normatização e da fiscalização, ao reverso do que ocorre no RGPS e RPPS, em que o Estado assume o papel de gestor de todo o sistema previdenciário.

### **III. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Como já evidenciado alhures, o RGPS é aplicável basicamente aos trabalhadores da iniciativa privada, e possui um regramento específico plasmado no art. 201 da Constituição Federal de 1988 e nas Leis Federais nº 8.212/1991 e 8.213/1991, que especificam os tipos de benefícios, requisitos para concessão, bem como as fórmulas de cálculo de proventos.

#### **A. TIPOS DE APOSENTADORIA E REQUISITOS EXIGIDOS**

De acordo com a normativa supra indicada, as aposentadorias podem ser classificadas em razão do tipo de trabalhador, urbano e rural, sendo que cada categoria possui regramento específico.

O trabalhador rural, para ser jubilado, necessita de cento e oitenta (180) meses de desempenho de atividade rural, bem como a idade mínima de sessenta (60) anos, para os homens, e cinquenta e cinco anos (55), para as mulheres.

Os trabalhadores urbanos possuem outras possibilidades de aposentadoria. Esta pode ocorrer por motivo de idade, tempo de contribuição, invalidez e condições especiais de trabalho.

Para a aposentadoria por idade, a legislação pertinente exige no mínimo sessenta e cinco (65) de idade, para os homens, e sessenta (60) anos de idade, para as mulheres, além de um período mínimo de 180 meses de contribuição.

A jubilação por tempo de contribuição pode ser obtida através do alcance de trinta anos de contribuição para as mulheres e trinta e cinco anos de contribuição para os homens. Também existe a possibilidade de aposentadoria através da regra 85/95, a qual exige que a soma da idade e tempo de contribuição seja equivalente a oitenta e cinco (85) para as mulheres e noventa e cinco (95).

A aposentadoria por invalidez exige a ocorrência de acidente em serviço ou enfermidade que gerem incapacidade laborativa permanente. Ademais, também é exigido um período mínimo de contribuição de doze (12) meses para a concessão do benefício.

Por fim, a aposentadoria especial, que é concedida aos trabalhadores que estão submetidos a condições que prejudiquem a sua saúde ou integridade física, bem como os professores da educação infantil, fundamental e ensino médio. No primeiro caso, o critério eleito pelo legislador é o tempo de exposição aos agentes que prejudiquem a saúde ou a integridade física, que pode variar entre quinze (15), vinte (20) ou vinte e cinco (25) anos, de acordo com o grau de exposição. No caso dos professores da educação infantil, fundamental e ensino médio o tempo de contribuição é reduzido em cinco anos, tendo como parâmetro o tempo de contribuição exigido para o trabalhador ordinário.

Importante registrar que os portadores de necessidade especial possuem regras específicas de aposentadoria, que reduzem o tempo de contribuição em razão do grau de deficiência (leve, moderada ou grave), para a jubilação por tempo de contribuição; ou reduzem a idade mínima para aposentadoria em cinco anos, para os casos de jubilação por idade, independentemente do grau da deficiência, desde que o requerente possua no mínimo 180 meses de contribuição.

## **B. CÁLCULO DO BENEFÍCIO**

No RGPS, o cálculo do benefício está disciplinado na Lei Federal nº 8.212/1991, no qual se exige a realização de uma média aritmética dos oitenta por cento maiores salários de contribuição, bem como a adoção da fórmula matemática denominada de “fator previdenciário”, que leva em consideração a idade, tempo de contribuição e expectativa de vida do trabalhador. Significa dizer que o benefício tende a ser maior quando a jubilação ocorre mais próxima da expectativa de vida do trabalhador.

Ademais, os benefícios suportados pelo RGPS não podem ultrapassar o valor de R\$ 5.645,80 (cinco mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos)<sup>4</sup>, tampouco podem ter valor inferior a R\$ 954 (novecentos e cinquenta e quatro reais), que é o salário-mínimo atualmente vigente no Brasil.

No caso das aposentadorias concedidas pela regra 85/95 o fator previdenciário não é aplicado, devendo apenas ser realizada a média aritmética acima referida.

## **IV. REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) são aplicáveis aos servidores públicos das Administrações Públicas em todos os níveis (federal, estadual, municipal e

---

<sup>4</sup>Valor definido na Portaria nº 15, do Ministério da Fazenda, de 16 de janeiro de 2018, que dispõe:

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e tendo em vista o disposto na Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998; na Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003; na Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; no art. 41-A da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991; na Lei nº 13.152, de 29 de julho de 2015; no Decreto nº 9.255, de 29 de dezembro de 2017; e no Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, resolve:

Art. 2º A partir de 1º de janeiro de 2018, o salário de benefício e o salário de contribuição não poderão ser inferiores a R\$ 954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais), nem superiores a R\$ 5.645,80 (cinco mil seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos).

distrital), sendo que cada ente federado possui competência para instituir, através de lei, o seu RPPS.<sup>5</sup>

Estes Regimes Previdenciários também estão regidos pelo art. 40 da Constituição Federal de 1988, Lei Federal nº 9.717/1998 -que estabelece regras gerais sobre a organização e funcionamento dos RPPS-, como também por portarias do Ministério da Previdência Social. Esta normativa estabelece os tipos de benefício, os requisitos para concessão, bem como as regras de cálculo aplicáveis<sup>6</sup>.

É importante destacar que nas duas últimas décadas os regimes próprios dos servidores públicos sofreram modificações relevantes, sejam nos requisitos de concessão, sejam nas regras de cálculo dos benefícios, por força das Emendas Constitucionais nº 20/1998, 41/2003, 47/2005, 70/2012 e 88/2015.

## **A. TIPOS DE APOSENTADORIA E REQUISITOS EXIGIDOS**

Nos RPPS estão previstas as aposentadorias por idade, tempo de contribuição, invalidez, especial e compulsória.

Para a jubilação por idade, a Constituição Federal de 1988 exige o implemento de sessenta (60) anos para as mulheres e sessenta e cinco (65) anos para os homens, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição para o sistema.

No que toca a aposentadoria por tempo de contribuição, a regra permanente estabelecida no art. 40, §1º, III, a, da Constituição Federal de 1988, impõe o implemento de trinta e cinco (35) anos de contribuição e sessenta (60) anos de idade para os homens, trinta (30) anos de contribuição e cinquenta e cinco (55) anos de idade para as mulheres, além de dez (10) anos de serviço público e cinco (05) anos no cargo em que se dará a aposentadoria.

No Brasil coexistem diversas regras de transição, em razão das sucessivas reformas ocorridas no texto constitucional, portanto, esta não é a única regra de aposentadoria por tempo de contribuição aplicável.<sup>7</sup>

A jubilação por invalidez ocorre nas hipóteses de enfermidades que geram incapacidade laborativa. A Constituição Federal estabelece duas espécies de aposentadoria por invalidez: qualificada e simples. Na primeira hipótese, os proventos são integrais, e possui fundamento em enfermidade considerada grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei.

Na segunda hipótese, os proventos serão proporcionais ao tempo de serviço, e basta que a enfermidade incapacite para o labor.

---

<sup>5</sup>Não são todos os municípios brasileiros que possuem Regime Próprio de Previdência Social, na hipótese de inexistência os servidores municipais ficam vinculados ao Regime Geral de Previdência Social.

<sup>6</sup>Vid. SILVA, Delúbio Gomes da. *Regime de Previdência Social dos Servidores Públicos no Brasil: Perspectivas*. São Paulo: LTr, 2003.

<sup>7</sup>Para exame das demais regras de aposentadoria vigentes no Brasil, sugerimos consultar o Manual de Instrução de processos de aposentadoria elaborado pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia, disponível em:

[http://www.pge.ba.gov.br/arquivos/File/Manuais/MANUAL\\_DE\\_INSTRUCAO\\_PROCESSOS\\_DE\\_APOSENTADORIA.pdf](http://www.pge.ba.gov.br/arquivos/File/Manuais/MANUAL_DE_INSTRUCAO_PROCESSOS_DE_APOSENTADORIA.pdf).

A aposentadoria especial pode ocorrer em quatro situações: trabalho que prejudica a saúde ou a integridade física do servidor, atividades de risco, portadores de necessidades especiais e o professor da educação infantil, fundamental e ensino médio. Nos três primeiros casos, lei complementar tem de definir os critérios para concessão, ao passo que no caso do professor toda a disciplina está totalmente descrita na Constituição Federal.

Importante registrar que as aposentadorias por trabalho que prejudique a saúde ou a integridade física do servidor ainda carecem de regulamentação, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal entendeu que devem ser aplicadas as regras do RGPS até que seja editada a norma específica do servidor<sup>8</sup>.

O mesmo ocorre também com a aposentadoria do servidor portador de necessidades especiais, em que são aplicáveis as regras estabelecidas na Lei Complementar nº142/2013 para o RGPS<sup>9</sup>.

No caso do professor, a Constituição determina uma redução em cinco anos na idade e no tempo de contribuição, ordinariamente exigidos. Para tanto, o professor deverá estar desenvolvendo atividades de regência de classe, direção, coordenação ou assessoramento pedagógico em unidade escolar, de acordo com a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>.

A jubilação compulsória foi recentemente alterada pelo Poder Constituinte Derivado, através da Emenda Constitucional nº 88/2015, que estabeleceu como idade limite de permanência no serviço público o marco de setenta e cinco (75) anos. Nesta hipótese, os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição.

Não se pode deixar de registrar a situação dos militares federais e estaduais. Esta categoria está regida por um estatuto próprio, com delineamento traçado no art. 142 da Constituição Federal, de modo que não estão submetidos ao regramento previdenciário estabelecido para o servidor público civil. Significa dizer que o estatuto próprio define

---

<sup>8</sup>[Súmula Vinculante 33] - Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, III, da CF, até a edição de lei complementar específica.

<sup>9</sup>[MI 1.885 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 22-5-2014, P, *DJE* de 13-6-2014.] - Aposentadoria especial. Servidor público portador de necessidades especiais: art. 40, § 4º, I, da Constituição da República. Aplicação das regras da LC 142/2013, que dispõem sobre aposentadoria de pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

<sup>10</sup>[ADI 3.772, rel. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, j. 29-10-2008, P, *DJE* de 29-10-2009.] - Ação direta de inconstitucionalidade manejada contra o art. 1º da Lei federal 11.301/2006, que acrescentou o § 2º ao art. 67 da Lei 9.394/1996. Carreira de magistério. Aposentadoria especial para os exercentes de função de direção, coordenação e assessoramento pedagógico. Alegada ofensa aos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da CF. Inocorrência. Ação julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme. A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar. As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo *jus* aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da CF.

os requisitos para a inativação e forma de cálculo dos benefícios, que podem ser distintos do servidor civil<sup>11</sup>.

## **B. CÁLCULO DO BENEFÍCIO**

Os proventos de aposentadoria de acordo com o regramento estabelecido pela Emenda Constitucional nº 41/2003, que alterou o art. 40 da Constituição Federal, serão fixados com base nas remunerações que serviram de base para a fixação da contribuição previdenciária, conforme estabelecido em lei.

A legislação pertinente (Lei Federal nº 10.887/2004) exige o cálculo da média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

Significa dizer que a partir da Emenda Constitucional nº 41/2003, os proventos de aposentadoria deixaram de possuir relação de equivalência com a remuneração percebida em atividade, não sendo mais aplicáveis os princípios de paridade, integralidade e extensão de vantagens. Estão excetuadas desta regra, as aposentadorias fixadas com base em regras de transição que asseguram tais direitos.

Uma vez fixada a média aritmética, a depender do tipo de aposentadoria, os proventos poderão ser proporcionalizados em razão do tempo de contribuição. Tal processo ocorre nas aposentadorias por idade, compulsória e por invalidez permanente simples.

A Emenda Constitucional nº 41/2003 também alterou o texto constitucional para estabelecer um valor máximo de percepção de proventos a cargo dos RPPS, fixando como limite o máximo previsto para o RGPS, atualmente consolidado em R\$ 5.645,80 (cinco mil seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos).

Importante esclarecer que tal limite somente pode ser imposto após a criação dos Regimes de Previdência Complementar dos Servidores Públicos, de que trata o art. 40, §§ 14 e 15 da Constituição Federal, providência que já foi adotada pela União Federal e alguns Estados.<sup>12</sup> Também é imprescindível esclarecer que as aposentadorias fixadas com esteio em regras de transição tampouco se sujeitam a limitação ora examinada.

---

<sup>11</sup>No Estado da Bahia, por exemplo, os militares estaduais (polícias militares e bombeiros militares) são regidos pela Lei Estadual nº 7.990/2001 que estabelece, dentre outras matérias, as regras de inativação da categoria. De acordo com a norma estatutária, o militar estadual pode ser transferido para a reserva remunerada com o cumprimento de trinta (30) anos de serviço com proventos superiores ao percebido em atividade. É o que estabelece o art. 92 da Lei 7.990/2001: “São direitos dos Policiais Militares: [...] III - os proventos calculados com base na remuneração integral do posto ou graduação imediatamente superior quando, contando com trinta anos ou mais de serviço, for transferido para a reserva remunerada; IV - os proventos calculados com base na remuneração integral do seu próprio posto ou graduação acrescida de 20% (vinte por cento) quando, contando com trinta e cinco anos ou mais de serviço, for ocupante do último posto da estrutura hierárquica da Corporação no seu quadro e, nessa condição, seja transferido para a reserva remunerada;

<sup>12</sup>Vid. Lei Federal 12.618/2012, que institui o regime de previdência complementar dos servidores públicos federais; Lei Estadual nº 13.222/2012, que institui o regime de previdência complementar no âmbito do Estado da Bahia.

Ao servidor público também se aplica a regra prevista para o RGPS que impede a fixação de proventos de aposentadoria em valor inferior ao salário mínimo vigente.

## **V. REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL - PEC Nº 287/2016: OBJETIVOS E (IN)EFETIVIDADE**

Uma vez traçado o panorama dos Regimes de Previdência Social Brasileiros, impõe-se analisar a reforma intentada pelo Governo Federal através da PEC nº 287/2016.

O projeto inicial de reforma da Previdência Social Brasileira, no que toca às aposentadorias, pretendia atingir basicamente três grupos: trabalhadores rurais, mulheres e servidores públicos.

Quanto aos trabalhadores rurais, a ideia inicial era majorar a idade mínima de concessão do benefício, como também exigir a comprovação da respectiva contribuição, ou seja, não bastaria a comprovação de exercício de atividade rural, inclusive para as regras transitórias.<sup>13</sup>

De acordo com a exposição de motivos da PEC 287/2016, “tal discriminação se justificava, à época, pelas adversas condições de vida e trabalho desse grupo”<sup>14</sup>, contudo, nos dias de hoje, diante da melhoria das condições de vida e trabalho nas áreas rurais, tal distinção não mereceria guarida na visão do governo federal.

Para as mulheres, o projeto inicial previa a isonomia total entre homens e mulheres. Portanto, as distinções até então previstas deixariam de existir, aplicando-se as mesmas

---

<sup>13</sup>Redação original da PEC 287/2016: “Art. 7º O segurado filiado ao regime geral de previdência social até a data de promulgação desta Emenda e com idade igual ou superior a cinquenta anos, se homem, e quarenta e cinco anos, se mulher, poderá aposentar-se quando preencher as seguintes condições, ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 201, § 7º, da Constituição: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher, acrescidos de um período adicional de contribuição equivalente a 50% (cinquenta por cento) do tempo que, na data de promulgação desta Emenda, faltaria para atingir o respectivo tempo de contribuição; ou II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, e cento e oitenta meses de contribuição, acrescidos de período adicional de contribuição equivalente a 50% (cinquenta por cento) do tempo que, na data de promulgação desta Emenda, faltaria para atingir o número de meses de contribuição exigido. Parágrafo único. Para o empregado, contribuinte individual e trabalhador avulso rurais que tenham exercido atividade exclusivamente na qualidade de trabalhador rural, os requisitos de idade previstos no inciso II serão reduzidos em cinco anos. Art. 8º Os trabalhadores rurais e seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos de que trata o § 8º do art. 195 da Constituição que, na data de promulgação desta Emenda, exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, como o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o extrativista, o pescador artesanal poderão se aposentar se na data da promulgação da Emenda contarem com idade igual ou superior a cinquenta anos, se homem, e quarenta e cinco anos, se mulher, quando atenderem cumulativamente as seguintes condições: I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher, e cento e oitenta meses de tempo de atividade rural; e II - um período adicional de efetiva contribuição, nos termos do § 8º do art. 195 da Constituição, equivalente a 50% (cinquenta por cento) do tempo que, na data da promulgação desta Emenda, faltaria para atingir o tempo de atividade rural exigido no inciso I. Art. 10. O tempo de atividade rural exercido até a data de promulgação desta Emenda, independentemente da idade do trabalhador rural referido no § 8º do art. 195 da Constituição, será comprovado na forma da legislação vigente na época do exercício da atividade e somente poderá ser computado mediante a manutenção da qualidade de segurado especial rural no período compreendido entre a entrada em vigor da Lei a que se refere o art. 10 desta Emenda e a implementação das condições necessárias para a obtenção do benefício”.

<sup>14</sup>EMI nº 140/2016 MF. Considerando 43.

regras para homens e mulheres, quais sejam, idade mínima de 65 anos de idade e tempo e contribuição mínimo de 25 anos.<sup>15</sup> O mesmo também seria válido para os servidores públicos, aplicando-se regras iguais para homens e mulheres.<sup>16</sup>

A justificativa apresentada na exposição de motivos é no sentido de que “o padrão internacional atual é de igualar ou aproximar bastante o tratamento de gênero nos sistemas previdenciários”<sup>17</sup>, como também “a inserção da mulher no mercado de trabalho, ainda que permaneça desigual, é expressiva e com forte tendência de estar no mesmo patamar do homem em um futuro próximo”<sup>18</sup>. Portanto, não existiria, aos olhos do Governo Federal, justificativa para a permanência da distinção.

Tampouco se pode olvidar das alterações referentes aos professores da educação infantil, fundamental e ensino médio. Além da isonomia em razão do gênero, também se pretendia adotar para aqueles as mesmas regras dos servidores comuns. A exposição de motivos da PEC 287/2016 indica que “a flexibilização das regras gerou situações de desigualdade entre os trabalhadores, além da diminuição de receitas (menor período contributivo) e aumento de despesas (antecipação e maior período de pagamento de benefícios).”<sup>19</sup> Portanto a adoção de tal medida seria “necessária para dar sustentabilidade aos planos previdenciários e, ao mesmo tempo, garantir a execução de outras políticas públicas de responsabilidade dos Estados e Municípios”<sup>20</sup>.

No que toca aos servidores públicos de um modo geral, a intenção era de aproximação dos RPPS do RGPS, reduzindo as distinções entre trabalhadores da iniciativa privada e trabalhadores do setor público. Assim, o constituinte reformador pretendia estabelecer regras quase idênticas de concessão do benefício (idade mínima e tempo de contribuição), como também alterar a forma de cálculo dos benefícios, inclusive para aqueles servidores que poderiam ser beneficiados por regras transitórias estabelecidas em emendas anteriores.<sup>21</sup>

Ocorre que este modelo inicialmente concebido foi duramente rechaçado, o que gerou a propositura de emendas para alteração do texto originário. Importante destacar que embora existisse uma nítida rejeição popular ao projeto, em nenhum momento o

---

<sup>15</sup>Redação original da PEC 287/2016: “Art.40§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados: I - por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação; II - compulsoriamente, aos setenta e cinco anos de idade; ou III - voluntariamente, aos sessenta e cinco anos de idade e vinte e cinco anos de contribuição, desde que cumprido o tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria.”; “Art. 201§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social àqueles que tiverem completado sessenta e cinco anos de idade e vinte e cinco anos de contribuição, para ambos os sexos.”

<sup>16</sup>O inciso III do §1º do art. 40 teria a seguinte redação: “Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados: [...] voluntariamente, aos sessenta e cinco anos de idade e vinte e cinco anos de contribuição, desde que cumprido o tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria”.

<sup>17</sup> EMI nº 140/2016 MF. Considerando 41.

<sup>18</sup> EMI nº 140/2016 MF. Considerando 37.

<sup>19</sup> EMI nº 140/2016 MF. Considerando 31.

<sup>20</sup> EMI nº 140/2016 MF. Considerando 31.

<sup>21</sup>Redação original da PEC 287/2016: “Art. 3º Ao servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de promulgação desta Emenda e que tenha idade inferior às referidas no caput do art. 2º, aplicam-se as disposições dos § 3º e § 3º-A do art. 40 da Constituição.”

Governo Federal manifestou a intenção de abrir a questão para um debate amplo com a sociedade civil.

De todo modo, diversas alterações foram feitas ao projeto originário, chegando a um modelo muito distante do inicialmente pretendido.

A proposta substitutiva apresentada pelo Deputado Federal Arthur Oliveira Maia, relator do processo na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, reconhece as peculiaridades do trabalho rural e do labor feminino, como também altera o tempo de contribuição e idades mínimas para a aposentadoria de servidores públicos e trabalhadores urbanos. Estes seriam os pontos mais relevantes da proposta substitutiva.

Quanto à ampla igualdade de gênero indicada no projeto inicial, a proposta substitutiva a rechaça, pois reconhece a existência de desigualdades sociais entre homens e mulheres, independentemente do regime previdenciário de filiação.<sup>22</sup> Deste modo, a diferença entre gêneros na regra geral é mantida, exigindo-se para os homens sessenta e cinco anos de idade (65), e para as mulheres sessenta e dois anos de idade (62).

É importante assinalar que o Relatório do Desenvolvimento Humano (PNUD - 2016) aponta esta ausência de igualdade no mundo laboral entre homens e mulheres em países em desenvolvimento como o Brasil, de modo que ainda persistem as diferenças salariais significativas, dupla jornada laboral e outras distinções discriminatórias em razão do sexo.<sup>23</sup> Portanto, a pretendida isonomia de critérios para a aposentadoria não possui uma justificativa no plano social, pelo menos, no presente momento.

No que toca aos professores, a igualdade de gênero foi estabelecida, contudo, foi mantida a redução em cinco anos da idade mínima e tempo de contribuição para os profissionais do magistério infantil, fundamental e secundário. Desta maneira, a aposentadoria especial para o magistério é mantida, não obstante a majoração da idade e do tempo mínimo de contribuição.

Outro ponto de destaque é a inclusão dos policiais civis no texto da reforma, assegurando-lhes a possibilidade de aposentadoria especial através de regulamentação em lei complementar, com previsão de tempo mínimo de vinte e cinco (25) anos de atividade policial e idade não inferior a cinquenta e cinco (55) anos para ambos os sexos.

Não obstante, os militares da União e dos Estados não foram incluídos no texto substitutivo, de modo que a reforma da previdência não os atingem.

---

<sup>22</sup>Importante registrar o trecho do Relatório apresentado pelo Deputado Arthur Oliveira Maia, no qual a inexistência de igualdade social entre homens e mulheres é reconhecida: “Quanto à questão da idade mínima exigida das servidoras, reproduzida na que se exige das seguradas do regime geral de previdência social, a discrepância resulta do reconhecimento de que ainda não se obteve a igualdade social entre os gêneros. Como bem assinala a autora da Emenda nº 147 na justificativa ali inserida, a própria Exposição de Motivos que acompanha a PEC conduz a tal conclusão, na medida em que veicula quedas insignificantes no desequilíbrio entre homens e mulheres no que diz respeito ao tempo dispendido em afazeres domésticos.” Texto integral disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1547049&filename=Tramitacao-SBT+2+PEC28716+%3D%3E+PEC+287/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1547049&filename=Tramitacao-SBT+2+PEC28716+%3D%3E+PEC+287/2016)

<sup>23</sup>O Relatório PNUD-2016 pode ser visualizado no seguinte link: <http://www.undp.org>.



Como havíamos mencionado, os militares podem ser inativados com apenas trinta (30) anos de serviço, com proventos fixados em valores superiores ao percebido em atividade, e sem a necessidade de alcance de uma idade mínima para a inativação. Em que pesem as peculiaridades da atividade militar, tais circunstâncias são violadoras da isonomia, haja vista que inexistente uma justificativa jurídica razoável para a sua permanência.

Quanto ao trabalhador rural, o texto substitutivo não acompanha a ideia de isonomia com os trabalhadores urbanos, de modo que estabelece a idade mínima de sessenta (60) anos para os homens, e cinquenta e cinco (55) anos para as mulheres; bem como, quinze (15) anos de contribuição para ambos os sexos.

No que toca ao tempo de contribuição mínimo para a aposentadoria, o texto do substitutivo fixa em quinze (15) anos para o RGPS e vinte e cinco (25) anos para o RPPS. Mas a grande novidade do substitutivo está no cálculo do benefício, pois a exigência de quarenta e nove (49) anos de contribuição para a obtenção de cem por cento (100%) do benefício foi abandonada, passando-se a exigir o adimplemento de quarenta (40) anos de contribuição.

Com a nova fórmula de cálculo, os valores mínimos de proventos serão fixados em sessenta por cento (60%) e setenta por cento (70%) do benefício, considerando o tempo mínimo de contribuição de quinze (15) anos para o RGPS e vinte e cinco (25) anos para o RPPS respectivamente.

A exigência de quarenta e nove (49) anos de contribuição para a obtenção de cem por cento (100%) do benefício, prevista no texto original da PEC, era absolutamente desproporcional, sobretudo para as mulheres, pois representava um acréscimo de dezenove (19) anos ao tempo de contribuição. Tampouco seria razoável exigir quarenta e nove anos de contribuição para uma contrapartida de três a cinco anos de percepção de benefício previdenciário, como aconteceria com os trabalhadores e servidores dos Estados mais pobres do país <sup>24</sup>.

Portanto, neste ponto específico, a proposta substitutiva tenta corrigir a distorção, majorando o tempo de contribuição em cinco anos, para os homens, e em dez anos para as mulheres.

Em resumo, a reforma originariamente concebida tinha o nítido objetivo de aproximar RGPS e RPPS, implantar a isonomia entre gêneros, como também entre trabalhadores urbanos e rurais, o que foi relativizado com o texto substitutivo, que ainda é passível de alterações.

## **VI. CONCLUSÕES**

Com efeito, a reforma previdenciária, seja em seu texto originário ou substitutivo, não enfrenta questões fulcrais dos regimes previdenciários, como a situação dos militares, que constitui um nítido fator de desequilíbrio; a cobertura de benefícios assistenciais e previdenciários com a mesma fonte de recursos, uma vez que os primeiros são

---

<sup>24</sup>De acordo com os dados do IBGE, a expectativa média do brasileiro em 2017 é de 75,08 anos, sendo que nos Estados do Piauí e Maranhão a média baixa para 70,6 e 71,1 anos respectivamente. Vid. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos.html>

concedidos sem a exigência de contribuição; e o desenvolvimento de políticas de incentivo à adesão dos servidores públicos a previdência complementar, sobretudo para aqueles que se sujeitariam às regras de transição.

Observa-se, pois, um carácter nitidamente econômico nas propostas de reforma, sem a inclusão de uma perspectiva social, de maneira que os objetivos do Estado Social deixam de ser alcançados.

Qualquer tentativa de reforma tem de ter o indivíduo como objeto central. As questões de natureza econômica devem ser almeçadas e valoradas, mas sem perder o foco da dignidade da pessoa humana<sup>25</sup>.

Por tais motivos, é possível concluir pela inefetividade da reforma pretendida com a PEC nº 287/2016, tanto em seu texto original como no texto substitutivo. Ademais, a ausência de um diálogo efetivo com a sociedade também é um fator que contribui para a ineficácia da reforma<sup>26</sup>.

Não se deve olvidar que o Estado Social Democrático de Direito exige a participação da cidadania na tomada de decisões, sobretudo nos assuntos mais sensíveis que afetam diretamente a sociedade<sup>27</sup>.

Por este motivo, que os documentos internacionais contemporâneos chamam a atenção para questões relacionadas às práticas de bom governo e governança, como a Carta Ibero-americana de Direitos e Deveres do Cidadão, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e a Declaração do Milênio da Organização das Nações Unidas.

Para que exista diálogo, faz-se mister a criação de fóruns permanentes de debates sobre a temática laboral e de seguridade social, já que estes dois temas precisam ser abordados de forma conjunta.

---

<sup>25</sup>“En efecto, el desplome del comunismo y de los intervencionismos, la crisis fiscal del Estado de Bienestar y las emergencias humanitarias en tantas partes del mundo, aconsejan pensar en una nueva funcionalidad del Estado. De un Estado que debemos construir a escala humana porque hoy casi nadie duda que los modelos políticos y administrativos deben levantarse a partir de la gente y no al revés. Por eso, la reforma del Estado, debe bascular en torno a la existencia de un mercado sólido y en torno a que la gente tenga una vida digna.” En: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Nuevas claves del Estado del Bienestar: Hacia la sociedad del bienestar. Temas Básicos de Derecho Administrativo*. Granada: Editorial Comares, 1999, pp. 93/94.

<sup>26</sup>“Por otro lado, la participación política y la autoorganización social pueden promoverse también a través del desarrollo de nuevas formas de ciudadanía activa y de democracia participativa, basadas en la directa intervención de los ciudadanos en los procesos decisionales: en su presión desde abajo, ejercida por movimientos o asociaciones a través del debate político en torno de temas específicos, o bien en la implicación desde arriba, a través de consultas, asambleas o sondeos promovidos por los partidos y por las administraciones públicas.” En: FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Traducción: IBÁÑEZ, Andrés. Segunda Edición. Madrid: Editorial Trotta, 2011, pp.98/99.

<sup>27</sup>“Los problemas sociales que existen tienen también directa relación con el modo en que funciona la administración pública, que puede mejorarse por reformas en el derecho administrativo. Ya no basta el imperio de la autoridad de quien ejerce ocasionalmente el poder; ya no satisface la voz de mando, se a quien fuere el que manda. Ahora se intenta conseguir una sociedad cada vez más participativa, y la sociedad se queja cuando un gobierno intenta decidir y actuar sin consensuar con nadie, sin consultar, sin acordar ni ceder posiciones”. En: GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Tomo 1. Parte General. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, pp. 25.

Os partidos políticos também precisam recuperar a sua legitimidade para que possam desempenhar o papel de mediador entre o Estado e a sociedade.

O Brasil necessita de uma reforma estrutural do seu sistema de seguridade social, mas para que se tenha uma reforma plena e eficaz, o dialogo do governo com a sociedade é fundamental.

Os diversos atores sociais (associações de classe, partidos políticos, organizações da sociedade civil, sindicatos, especialistas em matéria previdenciária e laboral) devem estar presentes no debate, para que a reforma seja compreendida e aceita pela sociedade.

Enviado:04.06.2018. Aceptado: 28.06.2018

## **O REGIME JURÍDICO DAS PENSÕES DE VELHICE NO DIREITO PORTUGUÊS DA SEGURANÇA SOCIAL**

### **THE LEGAL REGIME OF RETIREMENT PENSIONS IN THE PORTUGUESE SOCIAL SECURITY LAW**

**Mário Silveiro de Barros**  
Doutor Internacional em Direito

## RESUMO

O regime jurídico da segurança social da jubilação em Portugal, isto é, da «reforma de velhice», na terminologia jurídica portuguesa, assenta toda a sua regulamentação num conceito chave, que é o da idade normal de acesso à pensão de velhice. Este conceito é transversal a todo o regime jurídico e centra-se na evolução da esperança média de vida, variando ao longo do tempo. A importância de tal conceito chave revela-se nos vários regimes especiais, como sejam o da flexibilidade (antecipada e bonificada) de acesso à pensão de velhice e no regime especial de reforma por desemprego de longa duração, os quais têm requisitos e regimes distintos de fixação da pensão.

**PALAVRAS CHAVE:** Reforma por velhice, Pensões de velhice, Pensões de velhice antecipada, Pensões de velhice bonificada, Reforma por desemprego de longa duração, Portugal.

## ABSTRACT

The social security regime of the retirement in Portugal, i.e., the «reforma de velhice», in the Portuguese legal terminology, lays its regulation in a key concept, which is the regular age to access the retirement pension. This concept crosses all the legal regime and focus on the evolution of the average life expectancy which varies over time. The importance of such key concept presents itself in the several special regimes, such as the flexibility (early and subsidized) of access to the retirement pension and in the special retirement regime based on a long-term unemployment, which have different requirements and regimes regarding the setting of the pension.

**KEY WORDS:** Old-age retirement, Retirement pensions, Early retirement pensions, Subsidized retirement pensions, Retirement for long-term unemployment, Portugal.

## **SUMÁRIO**

**I. AS FONTES REGULADORAS CONSTITUCIONAIS E ORDINÁRIAS E CONCEITO LEGAL**

**II. REQUISITOS DE ATRIBUIÇÃO DA PENSÃO DE VELHICE**

**III. A FIXAÇÃO DO MONTANTE DA PENSÃO**

**IV. O REGIME DA FLEXIBILIDADE (ANTECIPADA E BONIFICADA) DA IDADE DE ACESSO À PENSÃO DE VELHICE**

**V. OS REGIMES DE ANTECIPAÇÃO DA PENSÃO**

## **CONTENTS**

**I. THE REGULATORY, CONSTITUTIONAL AND ORDINARY REGULATORY SOURCES, LEGAL CONCEPT**

**II. THE REQUIREMENTS FOR THE ATRIBUTION OF RETIREMENT PENSION**

**III. THE SETTING OF THE AMOUNT OF THE PENSION**

**IV. THE FLEXIBLE REGIME (EARLY AND SUBSIDIZED RETIREMENT) OF AGE OF ACCESS TO THE RETIREMENT PENSION**

**V. THE REGIMES OF EARLY RETIREMENT PENSION**

## I. AS FONTES REGULADORAS CONSTITUCIONAIS E ORDINÁRIAS E CONCEITO LEGAL

O sistema normativo português de segurança social está construído sobre a base de duas leis fundamentais, de valor hierárquico distinto, mas com valor primordial na regulação da dispersa legislação de segurança social. Desde logo, a primeira dessas normas é a Constituição da República Portuguesa de 1976, que a propósito do tema deste trabalho estabelece no número 3 do artigo 63.º (cuja redação em vigor foi introduzida em 1997), que «O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho»<sup>1</sup>. Esta previsão constitucional é desenvolvida pela Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro<sup>2</sup>, que aprova as bases gerais do sistema de segurança social, que constitui a segunda dessas normas fundamentais do sistema de segurança social português. Esta última lei, qualificada constitucionalmente como uma lei de valor reforçado<sup>3</sup>, dentro do que podemos chamar segundo pilar de segurança social denominado «sistema previdencial»<sup>4</sup> estabelece no artigo 52.º que «a proteção social regulada no presente capítulo integra as seguintes eventualidades», entre outras «a velhice»<sup>5</sup>. Dentro desse sistema previdencial e a propósito deste tema das pensões de velhice, esta lei dedica ao tema das pensões quatro preceitos nos quais estabelece o quadro legal base ou os pressupostos normativos do regime legal da pensão de velhice<sup>6</sup>. Resulta, portanto, destas duas normas fundamentais que o sistema de segurança social protege a velhice, enquanto uma das “eventualidades” ou contingências a proteger pela segurança social.

Em desenvolvimento daquelas duas normas fundamentais foi aprovado o Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, o qual define e regulamenta conjuntamente as prestações de invalidez (ou incapacidade permanente não profissional) e de velhice. Trata-se de um Decreto-Lei que regula de modo paralelo a proteção social por incapacidade permanente não profissional e a proteção social por velhice, não obstante a natureza absolutamente distinta de tais contingências. Este Decreto-Lei estabelece as condições de atribuição dessas prestações, o modo de quantificação do montante das prestações, as regras sobre

---

<sup>1</sup>Veja-se redação do artigo 63.º que resultou da Quarta revisão constitucional, operada pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro. Sobre este artigo 63.º na doutrina constitucional portuguesa, veja-se MIRANDA, J. e MEDEIROS R., *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora (Coimbra, 2005), págs. 631 e ss.; e GOMES CANOTILHO, J.J. e MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, 4ª Ed revista, Coimbra Editora (Coimbra, 2007), págs. 811 e ss.

<sup>2</sup>A referida lei, bem como a demais legislação portuguesa pode ser consultada no site oficial do Diário da República em [www.dre.pt](http://www.dre.pt).

<sup>3</sup>Segundo o n.º 3 do artigo 112.º da Constituição, «têm valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas»

<sup>4</sup>Resulta do artigo 23.º da referida Lei n.º 4/2007 que aprovou as Bases do Sistema de Segurança Social que o sistema de segurança social está organizado em três pilares ou na nomenclatura da lei três «sistemas», sendo: 1) o «sistema de proteção social de cidadania», comparável em Espanha à Segurança social não contributiva; 2) o «sistema previdencial», comparável à segurança social contributiva; e 3) o «sistema complementar» correspondente à segurança social complementar.

<sup>5</sup>Artigo 52.º n.º 1 alínea f). Sobre a Lei de Bases Gerais do Sistema de Segurança Social, veja-se APÉLLES CONCEIÇÃO, *Legislação da Segurança Social*, 6ª Ed., Almedina (Coimbra, 2017), págs. 37 e ss.

<sup>6</sup>Cfr. artigos 63.º a 66.º que estabelecem os pressupostos normativos do regime legal, designadamente, os pressupostos sobre o quadro legal das pensões, fator de sustentabilidade, regime de acumulação de pensões com rendimentos do trabalho e ainda pressupostos sobre direito adquiridos e em formação.

a acumulação de pensões, as regras sobre atribuição de pensões provisórias, as regras procedimentais sobre processamento e administração das prestações, intercrucado com a regulamentação do regime legal da proteção desta contingência, diversas normas transitórias e de salvaguarda de direitos constituídos e em formação, tornando complexa e difícil a interpretação e leitura de tal regime da proteção de velhice<sup>7</sup>. Esta dificuldade é ainda acrescida pelo facto de tal norma ser regulamentada por várias portarias aprovadas com regularidade pelo Governo que regulam diversos aspetos essenciais do regime de proteção da velhice, como sejam, atualmente, as Portarias n.º 99/2017, de 7 de março e Portaria n.º 25/2018, de 18 de janeiro, que fixam o fator de sustentabilidade e estabelecem a idade de acesso à pensão de velhice, respetivamente para os anos 2018 e 2019, bem como a Portaria n.º 21/2018, de 18 de janeiro que fixa o valor dos indexantes de apoios sociais<sup>8</sup>, os quais têm uma relevância na fixação e cálculo da pensão de velhice<sup>9</sup>. O regime de pensão de velhice está ainda regulado noutros diplomas avulsos que estabelecem regimes especiais de acesso à pensão de velhice para certas profissões, mas também, no Capítulo VIII do Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro, que prevê nos artigos 57.º a 59.º o regime legal da proteção de desemprego, com previsões especiais sobre o acesso a pensão antecipada em situações de desemprego de longa duração.

O Decreto-Lei n.º 187/2007 inicia a regulação da proteção da contingência velhice afirmando como seu objetivo compensar a perda de remunerações de trabalho motivadas pela ocorrência daquela eventualidade. Logicamente, aquele regime teria de começar por caracterizar o que integra aquela eventualidade ou contingência «velhice» definindo-a como «a situação em que o beneficiário tenha atingido a idade mínima legalmente presumida como adequada para a cessação do exercício da atividade profissional»<sup>10</sup>. Daqui resulta que o conceito legal de velhice está definido e concretizado sob a base de uma presunção legal, ou seja, por uma idade mínima presumida por lei como a *adequada* ou *normal* para cessar a atividade profissional, não se exigindo, a efetiva cessação da atividade por parte do trabalhador ou profissional.

Esta idade mínima presumida como *adequada*, ou a que o legislador considera «idade normal de acesso à pensão de velhice», como se verá<sup>11</sup>, constitui o conceito chave basilar e a estrela polar de todo o regime do acesso à proteção social de velhice em Portugal, porque transversal a todo o regime jurídico de tal contingência, conceito esse que está centrado na evolução da esperança média de vida e variará ao longo do tempo. Na verdade, o acesso a tal proteção social em idade inferior ou superior à referida idade normal determinará a aplicação de regimes distintos denominados flexibilização de pensão de velhice, denominados de «pensão antecipada» e «pensão bonificada», com alguns desvios face ao regime de acesso na idade normal. A forma de assegurar a referida proteção da velhice é pela atribuição da correspondente prestação económica, que o artigo 4.º, sob a epígrafe «âmbito material» concretiza com a seguinte definição

---

<sup>7</sup>Sobre esta lei, veja-se APÉLLES CONCEIÇÃO, *Segurança Social*, 9ª Ed., Almedina (Coimbra, 2014), págs. 318 e ss.; e *Legislação da Segurança Social*, cit., págs. 405 e ss.

<sup>8</sup>Indexantes de apoios sociais, conhecidos pelo acrónimo «IAS», constituem um referencial determinante na fixação, cálculo e atualização das prestações de segurança social, fixado a partir de 2018 no valor € 428,90. Veja-se ainda 8 infra.

<sup>9</sup>Cfr. Capítulo III infra.

<sup>10</sup>Artigo 2.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio.

<sup>11</sup>Cfr. Capítulo II.



«a proteção nas eventualidades invalidez e velhice é assegurada através da atribuição de prestações pecuniárias mensais, denominadas pensão de invalidez e pensão de velhice», as quais são atribuídas até à morte do titular da pensão<sup>12</sup>.

## II. REQUISITOS DE ATRIBUIÇÃO DA PENSÃO DE VELHICE

O direito à pensão de velhice que é reconhecida ao beneficiário quando atinja a idade legalmente presumida como adequada para a cessação da atividade profissional, depende do beneficiário ter idade igual ou superior à «idade normal de acesso à pensão de velhice», tal como definida no artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 187/2007. Na versão originária desse Decreto-Lei, a idade normal estava estabelecida de forma fixa aos 65 anos, no entanto, por força da alteração legislativa produzida em 2013<sup>13</sup> a idade normal de acesso à pensão de velhice passou a sofrer variações em função da esperança média de vida aos 65 anos, para compensar o efeito redutor no cálculo das pensões resultantes da aplicação do fator de sustentabilidade. De acordo com a nova redação dessa norma, a referida idade normal de acesso à pensão de velhice passou a ser uma das seguintes:

1) A idade normal determinada, variável e anualmente, por portaria do Governo, em função da evolução da esperança média de vida aos 65 anos, correspondendo à idade normal de acesso à pensão de velhice em 2014, acrescida do número de meses apurados pela aplicação de uma fórmula matemática publicada naquela norma<sup>14</sup> (sendo que, em 2014 a idade normal era igual a 65 anos mais o número de meses necessários à compensação do efeito redutor no cálculo das pensões resultante da aplicação do fator de sustentabilidade correspondente a 2013).

2) A idade normal para os beneficiários com carreiras contributivas longas é reduzido em quatro meses, por cada ano civil que exceda os 40 anos de carreira contributiva com registo de remunerações calculados desde os 65 anos, não podendo a idade normal ser inferior a 65 anos<sup>15</sup>.

3) Excecionalmente, a idade normal de acesso à pensão de velhice mantém-se nos 65 anos, para os beneficiários que se encontrem impedidos legalmente de continuar a prestar trabalho ou atividade para além dessa idade desde que tenham prestado, com caráter efetivo, tal atividade nos cinco anos civis imediatamente anteriores ao início da pensão (tendo neste caso, de apresentar declaração comprovativa emitida pelo empregador)<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup>Cfr. artigos 4.º e 53.º.

<sup>13</sup>Cfr. Alteração dessa norma efetuada pelo artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 167-E/2013, de 31 de dezembro que sucedeu à alteração da Lei de Bases do Sistema de Segurança Social, operada pela Lei n.º 83-A/2013, de 30 de Dezembro, que veio aditar ao artigo 63.º à Lei n.º 4/2007, com a epígrafe «quadro legal das pensões» um n.º 2 que estabeleceu que «a lei pode prever que a idade normal de acesso à pensão de velhice seja ajustada de acordo com a evolução dos índices da esperança média de vida».

<sup>14</sup>Cfr. artigo 20.º n.º 2, 3 e 9. Esta idade normal está fixada para 2018 em 66 anos e 4 meses e para 2019 em 66 anos e 5 meses, de acordo, respetivamente, com as Portarias n.º 99/2017, de 7 de março e 25/2018, de 18 de janeiro.

<sup>15</sup>Cfr. artigo 20.º n.º 8.

<sup>16</sup>Cfr. artigo 20.º n.º 6 e 7. Trata-se dos casos em que legalmente os trabalhadores deixam de estar habilitados para exercer a sua profissão, não se identificando, na presente data, norma que preveja situação subsumível nesta norma, tendo sido discutido a sua aplicação aos camionistas de veículos pesados de mercadorias, mas cuja aplicação perdeu pertinência por força da alteração do limite de habilitação profissional para os 67 anos.

4) Embora não prevista como uma idade normal de acesso à pensão de velhice, terá de considerar-se como tal, a idade de 65 anos dos pensionistas de invalidez (isto é, pensionistas por incapacidade permanente não profissional), por força da conversão *ope legis* das pensões de invalidez em pensão de velhice a partir do mês seguinte em que o pensionista de invalidez atinja os 65 anos<sup>17</sup>.

Para o acesso à pensão de velhice é ainda exigido pelo Decreto-Lei n.º 187/2007 que o beneficiário tenha preenchido um «prazo de garantia» mínimo de 15 anos civis<sup>18</sup>, que corresponde ao que em Espanha denominam período mínimo de cotização ou período de carência<sup>19</sup>. O cálculo de tais 15 anos civis, que aquela lei denomina de «densidade contributiva», é feito «considerando os anos civis em que o total de dias com registo de remunerações seja igual ou superior a 120»<sup>20</sup> dias. Tendo em consideração que em alguns anos, considerados individualmente, poderão não se verificar os referidos 120 dias de registo de remunerações que conferem densidade contributiva, a lei manda operar uma complexa e difícil operação denominada de «conglobação». Essa operação de conglobação consiste em «quando, em alguns dos anos civis com remunerações registadas, não se verificar a densidade contributiva, os dias com registos de remunerações nele verificados são tomados em conta no apuramento da densidade contributiva, dando-se por cumprido um ano civil por cada grupo de 120 dias»<sup>21</sup> contados sequencialmente, sem prejuízo da irrelevância para o efeito dos anos civis que apresentem o mínimo de 120 dias. Deve ainda ter-se em consideração que “se o número de dias registados num ano civil, contado individualmente ou em conglobação com outros, for superior a 120, não são considerados os dias excedentes para a contagem de outro ano civil”<sup>22</sup>.

Desta forma, por esta operação de conglobação, os anos com menos de 120 dias de registo de remunerações são agrupados com os anos seguintes, que igualmente tenham menos de 120 dias de registo de remunerações, até totalizarem os 120 dias que serão contabilizados como um ano civil. Paralelamente, os anos civis que individualmente ou em agrupamento tenham mais de 120 dias, os dias excedentes já não serão considerados.

A interpretação de tais normas permite desde logo concluir que, ao contrário do que sucede em Espanha, no prazo de garantia para atribuição da pensão de velhice não se exige que tal densidade contributiva ou parte dela esteja compreendida nos últimos anos de atividade profissional ou antes do acesso à pensão de velhice.

---

<sup>17</sup>Cfr. artigo 52.º com a epígrafe «convolação em pensão de velhice».

<sup>18</sup>Cfr. artigo 19.º.

<sup>19</sup>Sobre a denominada «pensión de jubilación contributiva ordinaria» em Espanha, com diversos pontos de vista, veja-se J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA e X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), págs. 153 e ss.; E. BORRAJO DACRUZ, «La jubilación laboral como institución jurídica (vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo)», in L. LÓPEZ CUMBRE (Coordinadora), *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel (Madrid, 2007), págs. 143 e ss.; A. BLASCO PELLICER, «Aspectos procesales de la jubilación», *ibidem*, págs. 541 e ss.; e A. DESDENTADO BONETE, «La pensión de jubilación en la doctrina unificada del orden social», *ibidem*, págs. 565 e ss.

<sup>20</sup> Artigo 12.º Esta regra sofre um desvio nas disposições transitórias, constante do artigo 96.º, para os prazos de garantia cumpridos ao abrigo das leis anteriores revogadas, estabelecendo-se ainda que o regime de densidade contributiva exposto não é exigido relativamente aos anos anteriores a 1994, para os quais, cada período de 12 meses de registo de remunerações corresponde a um ano civil.

<sup>21</sup>Artigo 12.º n.º 2.

<sup>22</sup> Artigo 12.º n.º 3.

Também diferentemente do que sucede em Espanha, os requisitos para a atribuição da pensão de velhice não exigem, com carácter genérico, que o beneficiário trabalhador cesse a sua atividade laboral. Desde logo, o conceito legal desta contingência «velhice», que acima descrevemos, define que a idade mínima legal para acesso a tal pensão é a idade «presumida como adequada para a cessação do exercício da atividade profissional»<sup>23</sup>, não exigindo uma efetiva cessação da atividade profissional.

Por outro lado, nas regras sobre acumulações da pensão de velhice é estabelecido, como regra geral, que «a acumulação da pensão de velhice com rendimentos de trabalho é livre»<sup>24</sup>, sem prejuízo de algumas regras especiais em matéria de reforma antecipada<sup>26</sup>. Na verdade, o regime geral da reforma por velhice, por razões de coordenação sistemática normativa com a legislação laboral, não poderia exigir a efetiva cessação da atividade profissional por conta de outrem para o acesso à pensão de reforma.

Com efeito, os artigos 343.º e 348.º do Código do Trabalho Português<sup>27</sup> estabelecem uma regra de cessação por caducidade automática do contrato de trabalho com trabalhador que seja reformado por velhice, mas tal regra extintiva do contrato de trabalho, é acompanhada de uma importante exceção estabelecida no artigo 348.º do Código do Trabalho -a qual visa privilegiar a vontade do trabalhador e do empregador -, que prevê uma conversão *ope legis* do contrato de trabalho existente, num contrato de trabalho a termo, ao estabelecer que «considera-se a termo o contrato de trabalho de trabalhador que permaneça ao serviço decorridos 30 dias sobre o conhecimento, por ambas as partes, da sua reforma por velhice»<sup>28</sup>, ficando tal contrato sujeito a um regime especial de contrato de trabalho a termo<sup>29</sup>. Aliás, a manutenção da atividade profissional

---

<sup>23</sup>Artigo 2.º.

<sup>24</sup>Artigo 62.º. Sendo que a Lei de Bases do Sistema de Segurança Social, aprovada pela Lei n.º 4/2007, no seu artigo 65.º já previa genericamente tal possibilidade normativa, ao prever que «a lei estabelece os termos e as condições de acumulação de pensões com rendimentos de trabalho».

<sup>26</sup>Cfr. Capítulo IV infra.

<sup>27</sup>Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 7/2009 de 12 de fevereiro.

<sup>28</sup>Artigo 348.º n.º 1.

<sup>29</sup>Sobre o regime de extinção do contrato de trabalho, por caducidade, em caso de reforma e a conversão em contrato de trabalho a termo, veja-se, com referências históricas doutrinárias e jurisprudenciais, bem como destacando diversos problemas aplicativos de tais normas, A. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 18ª ed., Almedina (Coimbra, 2017), págs. 542 e ss.; no âmbito da legislação anterior SÉRVULO CORREIA e B. LOBO XAVIER, «Reforma do trabalhador e caducidade do contrato» in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XX (1975), Janeiro-Março n.º 1, págs. 64 e ss.; P. ROMANO MARTINEZ, «Caducidade do contrato de trabalho», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, Volume II, Coimbra Editora (Coimbra, 2003), págs. 695 e ss.; *Direito do Trabalho*, 8ª ed., Almedina (Coimbra, 2017), págs. 960 e ss. e *Código do Trabalho Anotado*, 9ª ed., Almedina (Coimbra, 2013), págs. 732 e ss.; M. PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II*, 6ª ed., Almedina (Coimbra, 2016), págs. 787 e ss. e «Age discrimination, retirement conditions and specific Labour arrangements» in *European Labour Law Journal*(2013), vol 4, nº 2, págs. 109 e ss.; J. LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 2ª ed., Coimbra Editora (Coimbra, 2010), págs. 372 e ss.; F. LIBERAL FERNANDES, «Sobre a indemnização em caso de caducidade do contrato a termo do trabalhador reformado que continua ao serviço da mesma entidade patronal» in *Questões Laborais*, n.º 20 (2002), págs. 221 e ss.; P. FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, 3ª ed. Príncipe Editora, (Cascais, 2012), págs. 112 e ss.; J. ZENHA MARTINS, «A idade e a reforma por velhice como causas de cessação do vinculum laboris: a (in)segurança social e o trabalho», in *Ars Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves, Vol. II- Direito Privado*, Coimbra Editora,

por parte do trabalhador reformado, salvo melhor opinião, é mesmo desejada e incentivada pelo legislador. Por um lado, porque tais trabalhadores reformados que permaneçam em atividade são abrangidos por um regime especial contributivo para a segurança social mais favorável, com a determinação de uma taxa contributiva mais reduzida<sup>30</sup>. Por outro lado, porque estabelece-se também uma importante regra de acréscimo da pensão que vem sendo paga ao titular da pensão, por exercício de atividade pelo reformado trabalhador, segundo a qual, nas situações de exercício de atividade em acumulação com pensão de velhice, o montante mensal da pensão é acrescido de 1/14 de 2% do total das remunerações registadas, tendo-se em conta que tal acréscimo produz efeitos no dia 1 de janeiro de cada ano, de forma automática, por referência às remunerações registadas no ano anterior, permitindo assim que o pensionista trabalhador veja aumentada a sua pensão em pagamento.

### III. A FIXAÇÃO DO MONTANTE DA PENSÃO

A determinação da pensão é feita pela aplicação de um conjunto de elementos que compõem tal cálculo da pensão, identificados pelo legislador para determinar a denominada «pensão estatutária». Esse cálculo da pensão encontra-se descrito num capítulo II do Decreto-Lei n.º 197/2008, composto por nove artigos, do artigo 26.º a 35.º, com diversas e complexas fórmulas matemáticas, regimes transitórios para trabalhadores inscritos antes e depois de 2001 e para trabalhadores que iniciem a pensão até 31 de dezembro de 2016 ou depois dessa data, que a nosso ver são de difícil interpretação.

O regime legal inicia por descrever os chamados «elementos de cálculo»<sup>31</sup> da pensão, que são três, a «remuneração de referência»<sup>32</sup>, a «taxa global de formação da pensão»<sup>33</sup> e o «fator de sustentabilidade»<sup>34</sup>. Após essa descrição dos elementos que compõem o cálculo da pensão, na subsecção II descrevem-se as regras de cálculo das pensões, as quais são distintas consoante o ano de inscrição do beneficiário seja anterior ou posterior a 1 de janeiro de 2002 -data da entrada em vigor da nova fórmula de cálculo das pensões que havia sido introduzida pelo Decreto-Lei n.º 35/2002, de 19 de fevereiro, que veio introduzir no sistema de pensões o princípio da contributividade<sup>35</sup>, passando a estabelecer que para o cálculo da pensão seria considerada toda a carreira contributiva e não apenas os melhores 10 dos últimos 15 anos, como sucedia até então- e dentro das

---

(Coimbra, 2009), págs. 451 e ss.; L. MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 5ª ed., Almedina (Coimbra, 2016), págs. 446 e ss.;

<sup>30</sup>Cfr. artigos 89º a 91.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, aprovado pela Lei n.º 110/2009 de 16 de setembro, que estabelecem uma taxa contributiva mais reduzida, que para os pensionistas de velhice é de 23,9% (sendo, respetivamente, de 16,4% e de 7,5% para as entidades empregadoras e para os trabalhadores), por comparação com o regime geral que é de 34,75% (sendo, respetivamente, de 23,75% e de 11% para as entidades empregadoras e para os trabalhadores).

<sup>31</sup>Cfr. Subsecção I, nos artigos 26.º a 31.º a que teremos de adicionar um terceiro elemento descrito na Subsecção II, descrito no artigo 35.º

<sup>32</sup>Cfr. artigos 27.º e 28.º.

<sup>33</sup>Cfr. artigos 29.º a 31.º.

<sup>34</sup> Cfr. artigo 35.º.

<sup>35</sup>Este princípio da contributividade vem definido no artigo 54.º da supra referida Lei n.º 4/2007 que aprova a Lei de Bases Gerais de Segurança Social segundo o qual «o sistema previdencial deve ser fundamentalmente autofinanciado, tendo por base uma relação sinalagmática direta entre a obrigação legal de contribuir e o direito às prestações».

regras aplicáveis aos inscritos até 31 de dezembro de 2001, as regras de cálculo para os beneficiários que iniciem a pensão até 31 de dezembro de 2016 ou depois dessa data<sup>36</sup>. Considerando esses diversos regimes transitórios que visam proteger as pensões em formação e que a nosso ver deveriam estar em disposições transitórias, neste capítulo deste trabalho vamos concentrar-nos, a benefício de clareza, no regime aplicável aos trabalhadores inscritos a partir de 1 de janeiro de 2002, por ser aquele que poderíamos definir como o regime geral aplicável para o futuro com caráter genérico.

Para se calcular o montante mensal da pensão estatutária teremos de proceder a uma multiplicação dos vários elementos que fazem parte do cálculo da pensão. Segundo o artigo 26.º o montante da pensão estatutária é igual ao produto resultante da multiplicação de três elementos, ou seja a multiplicação da «remuneração de referência» pela «taxa global de formação da pensão» e pelo «fator de sustentabilidade»<sup>37</sup>. Resulta dessa norma que teremos de começar por determinar qual a «remuneração de referência», para efeitos de cálculo da pensões, a qual é definida pela fórmula  $TR/(nx14)$ , que corresponde à divisão do total de remunerações revalorizadas de toda a carreira contributiva por um divisor que multiplica o número de anos civis com registo de remunerações, até ao limite de 40 multiplicado por 14<sup>38</sup>.

Quando o número de anos civis com registo de remunerações for superior a 40, considera-se para apuramento da remuneração de referência, a soma das 40 remunerações anuais, revalorizadas, mais elevadas<sup>39</sup>. Terá de levar-se em consideração que para a revalorização das remunerações registadas, para efeitos de cálculo da pensão com base em toda a carreira contributiva, as remunerações são atualizadas por aplicação de um índice resultante da ponderação de 75% do IPC<sup>40</sup>, sem habitação, e de 25% da evolução média dos ganhos subjacentes às contribuições declaradas à segurança social, sempre que esta evolução seja superior ao IPC, sem habitação (sendo que esta ponderação, tem um limite máximo, correspondente ao IPC, sem habitação, acrescido de 0,5%). A revalorização em causa obtém-se por aplicação às remunerações anuais consideradas do coeficiente correspondente a cada um dos anos<sup>41</sup>. Determinada a «remuneração de referência» teremos de passar para a segunda etapa do cálculo, que consiste em multiplicar a mesma pela «taxa global de formação da pensão». A taxa global de formação da pensão é igual ao produto da taxa anual pelo número de anos civis relevantes, no máximo de 40<sup>42</sup>. Essa taxa anual de formação da pensão é variável entre 2,3% e 2%, em função do número de anos civis com registo de remunerações e do

---

<sup>36</sup>O regime transitório de fixação de pensão foi objeto de apreciação de fiscalização de constitucionalidade, tendo o Tribunal Constitucional se pronunciado através do Acórdão n. 188/2009, de 22.04.2009 (Relator Carlos Fernandes Cadilha), no processo n.º 505/08 e Acórdão n.º 423/2016 de 06.07.2016 (Relator José Teles Pereira), no processo n.º 147/16, ambos disponíveis, tal como a demais jurisprudência em Portugal, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>37</sup>Cfr. artigo 26.º n.º 2.

<sup>38</sup>Cfr. artigo 28.º n.º 1. Deve levar-se em consideração que a Lei de Bases do Sistema de Segurança Social, constante da Lei n.º 4/2007 determina no artigo 63.º n.º 5 e 6, como pressuposto normativo, que «o cálculo das pensões de velhice ... tem por base os rendimentos de trabalho, revalorizados, de toda a carreira contributiva...» e que «os valores das remunerações que sirvam de base de cálculo das pensões devem ser atualizados de acordo com os critérios estabelecidos na lei, nomeadamente, tendo em conta a inflação».

<sup>39</sup>Cfr. artigo 28.º n.º 2.

<sup>40</sup>Acrónimo IPC que denomina “Índice de Preços de Consumidor”.

<sup>41</sup>Cfr. artigo 27.º

<sup>42</sup>Cfr. artigo 29.º n.º 2.

montante da remuneração de referência<sup>43</sup> (levando-se em conta que para a taxa de formação da pensão são relevantes os anos civis com densidade contributiva igual ou superior a 120 dias com registo de remunerações<sup>44</sup>). Para a determinação de qual a taxa anual de formação da pensão variável haverá que determinar, previamente, se o beneficiário tem 20 ou menos anos de registo de remunerações, situação em que lhe será aplicada uma taxa anual de 2% por cada ano civil relevante, enquanto que para os beneficiários com 21 ou mais anos de registo de remunerações, será aplicada uma taxa anual regressiva de 2,3% até 2%, tendo por referência o valor da respetiva remuneração de referência dividido em cinco parcelas de remuneração de referência indexadas ao IAS<sup>45</sup>. A taxa global de formação da pensão é, em cada uma das parcelas que compõem a remuneração de referência, igual à multiplicação da taxa anual pelo número de anos civis relevante, com o limite de 40<sup>46</sup>.

Desde 2014<sup>47</sup>, o «fator de sustentabilidade» definido por mais uma fórmula matemática, que considera a relação ou divisão entre a esperança média de vida aos 65 anos verificada em 2000e a esperança média de vida aos 65 anos verificada no ano anterior ao de início da pensão (esta última publicada pelo Instituto Nacional de Estatística), passou a integrar o terceiro elemento considerado no cálculo ou determinação do montante mensal da pensão estatutária<sup>48</sup>, estabelecendo-se que «no momento do cálculo da pensão de velhice ... ao montante da pensão estatutária» é aplicável «o fator de sustentabilidade correspondente ao ano de início da pensão»<sup>49</sup>. Esse fator de sustentabilidade é definido anualmente por portarias que publicam o fator de sustentabilidade aplicável às pensões atribuídas em cada ano<sup>50</sup>. Não obstante definido o «fator de sustentabilidade» como um terceiro elemento geral a considerar no cálculo da pensão estatutária, duas importantes exceções previstas na lei fazem brilhar a conclusão que o fator de sustentabilidade não constitui um elemento regra de fixação do cálculo da pensão em Portugal, apenas sendo aplicado em situações excecionais (visto que tal fator já está considerado no conceito chave do acesso à pensão que é a «idade normal de acesso à reforma» por velhice). Com efeito, estabelece a lei como exceções à aplicação do fator de sustentabilidade que:1) «ficam salvaguardadas da aplicação do fator de sustentabilidade as pensões estatutárias dos beneficiários que passem à situação de pensionista de velhice na idade normal de acesso à pensão, ou em idade superior»<sup>51</sup>,

---

<sup>43</sup>Cfr. artigo 29.º.

<sup>44</sup>Sobre a determinação da densidade contributiva ver 5. Supra.

<sup>45</sup>De acordo com o Anexo I ao Decreto-Lei n.º 187/2007 e artigo 32.º, são cinco as parcelas de remuneração de referência indexadas ao montante do IAS: sendo a 1ª parcela correspondente a 1,1 IAS (ou seja, € 471,79) a que será aplicada uma taxa anual de formação da pensão de 2,3%; à 2ª parcela, correspondente à remuneração de referência superior a 1,1 IAS e até 2 IAS (ou seja, entre € 471,80 até € 857,80) a que será aplicada uma taxa de 2,25%; à 3ª parcela, correspondente à remuneração de referência superior a 2 IAS e até 4 IAS (ou seja, entre € 857,81 até € 1.715,60) a que será aplicada uma taxa de 2,20%; à 4ª parcela, correspondente à remuneração de referência superior a 4 IAS e até 8 IAS (ou seja, entre € 1.715,61 até € 3.431,20) a que será aplicada uma taxa de 2,10%; e à 5ª e última parcela, correspondente à remuneração de referência superior a 8 IAS (ou seja, superior a 3.431,20) a que será aplicada uma taxa anual de 2%;

<sup>46</sup>Cfr. artigo 31.º, 32.º n.º 2 e Anexo I ao Decreto-Lei n.º 187/2007.

<sup>47</sup>Com a alteração operada pelo Decreto-Lei n.º 167-D/2013, de 31 de dezembro.

<sup>48</sup>Cfr. artigo 26.º e ponto 7 supra.

<sup>49</sup>Cfr. artigo 35.º n.º 1, 3 e 4.

<sup>50</sup>Cfr. Portaria n.º 99/2017, de 7 de março e Portaria n.º 25/2018, de 18 de janeiro, que fixam o fator de sustentabilidade, respetivamente, para os anos de 2018 e 2019.

<sup>51</sup>Artigo 35.º n.º 5 e Ponto 4 supra.

pelo que, tal elemento apenas será ponderado no cálculo das pensões antecipadas, ou seja, aquelas atribuídas antes da idade normal de acesso à pensão; e 2) ficam, igualmente, salvaguardadas da aplicação do fator de sustentabilidade as pensões estatutárias dos beneficiários das chamadas carreiras contributivas muito longas, definidos como «beneficiários com idade igual ou superior a 60 anos e com, pelo menos 48 anos civis com registo de remunerações relevantes para o cálculo da pensão» e «beneficiários com idade igual ou superior a 60 anos e com, pelo menos 46 anos civis com registo de remunerações relevantes para o cálculo da pensão e que tenham iniciado a sua carreira contributiva ... com 14 anos ou em idade inferior»<sup>52</sup>. Afastado o elemento «fator de sustentabilidade» como elemento geral interveniente no cálculo das que podemos denominar pensões de velhice ordinárias, tendo em conta os procedimentos de cálculo da pensão estatutária, em especial, a taxa anual regressiva de formação da pensão, resulta que quanto mais baixas forem as remunerações de referência proporcionalmente maiores serão as pensões, num máximo de 92% da remuneração de referência<sup>53</sup>. Da mesma forma, quantos mais anos de registo de remunerações, com o limite de 40 anos, maiores serão as pensões. Em qualquer caso, terá sempre de levar-se em consideração que as pensões de reforma por velhice estão limitadas a um valor mínimo variável em função do número de anos civis com registo de remunerações relevantes para efeitos da taxa de formação da pensão, cujos montantes são definidos em legislação<sup>54</sup>.

#### **IV. O REGIME DE FLEXIBILIDADE (ANTECIPADA E BONIFICADA) DA IDADE DE ACESSO À PENSÃO DE VELHICE**

Como referimos antes<sup>55</sup>, o direito à pensão de velhice depende do beneficiário ter idade igual ou superior à idade normal de acesso à pensão de velhice, tal como definida no artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 187/2007, no entanto este preceito prevê a existência de um regime especial<sup>56</sup> denominado «regime de flexibilidade da idade da pensão de velhice», melhor desenvolvido no artigo 20.º, que é um regime dual de acesso à pensão de velhice, ou seja, é um regime de antecipação, mas também de prolongamento da idade de acesso à pensão de reforma. Este regime especial de flexibilidade – que esteve suspenso entre abril de 2012 e dezembro de 2014 no que concerne ao regime de antecipação, por força da intervenção financeira em Portugal – vem definido mais em detalhe no artigo 21.º como «direito de requerer a pensão em idade inferior ou superior à idade normal de acesso à pensão vigente no ano de início da pensão de velhice antecipada ou bonificada». Não obstante a denominação de regime de «flexibilização», não se trata de

---

<sup>52</sup>Artigo 35.º n.º 6.

<sup>53</sup> Correspondente ao produto da multiplicação de uma taxa anual de 2,3% por 40 anos civis relevantes com registo de remunerações, aplicável ao cálculo de uma pensão com remuneração de referência igual ou inferior a 1,1 IAS, ou seja, inferior a € 471,80.

<sup>54</sup> Cfr. artigo 44.º n.º 1, sendo que esses montantes estão definidos em legislação própria, atualmente na Portaria n.º 23/2018, de 18 de janeiro, que estabeleceu valores mínimos de pensão de € 282,26 para carreiras contributivas de 15 a 20 anos, € 311,47 para carreiras contributivas de 21 a 30 anos e € 389,34 para carreiras contributivas de 31 ou mais anos.

<sup>55</sup>Cfr. ponto 4 supra.

<sup>56</sup>O referido artigo 20.º n.º 1 nas alíneas a), b), c) e d), prevê a existência de 4 regimes ou medidas especiais, que são 1) o regime de flexibilidade da idade da pensão de velhice, 2) os regimes de antecipação da idade de pensão de velhice, por motivo da natureza especialmente penosa ou desgastante da atividade profissional exercida, especialmente reconhecida por lei, 3) medidas temporárias de proteção e específicas a atividades ou empresas por razões conjunturais e 4) regime de antecipação da pensão de velhice nas situações de desemprego de longa duração, este último que será analisado no Cap. V infra.

uma modalidade de reforma flexível, mas sim a regulação de um regime especial decorrente da vontade do beneficiário em aceder à pensão de velhice, antes da idade normal, ou após essa idade normal em vigor. Ou seja, para concretizar e incentivar o envelhecimento ativo prevê-se por tal regime de flexibilidade que o beneficiário possa optar por requerer a pensão antecipadamente face à idade normal de acesso, sujeitando-se a um regime especial de «pensão antecipada», ou optar por um prolongamento da idade de acesso à reforma, beneficiando de uma «pensão bonificada». Tal regime de flexibilidade permite ao beneficiário aceder, respetivamente, às denominadas «pensão antecipada» ou a uma «pensão bonificada» de reforma, consoante requeira a pensão em idade inferior ou superior à idade normal de acesso à pensão vigente, as quais sofrerão, respetivamente, redução ou aumento do valor fixado da pensão, tendo em consideração da pensão estatutária a que teria direito pela aplicação do regime normal. No caso específico da pensão antecipada, no regime de flexibilidade, considerando que a mesma sofre uma compressão importante no seu montante, exige-se que previamente ao deferimento da pensão o Instituto de Segurança Social informe o beneficiário do montante da pensão a atribuir e a mesma só será deferida após manifestação expressa de vontade do beneficiário em manter a decisão de aceder à pensão antecipada<sup>57</sup>.

Na sua vertente de antecipação da idade de acesso à pensão de velhice, para acesso a tal regime de flexibilidade de antecipação exige-se que o beneficiário além do cumprimento do prazo de garantia de 15 anos preencha ainda dois requisitos legais cumulativos de idade mínima de acesso e anos de registo de remunerações. Prevê-se que poderá exercer tal direito à antecipação, o beneficiário que tenha «pelo menos, 55 anos de idade e que, à data em que perfaça esta idade – recorde-se, os referidos 55 anos –, tenha completado 30 anos civis de registo de remunerações relevantes para cálculo da pensão»<sup>58</sup>, correspondendo, *grosso modu* a «jubilación anticipada por voluntad del interesado» prevista em Espanha<sup>59</sup>. Esta pensão será uma «pensão antecipada» que a lei estabelece que sofre três tipos de limitações. A primeira, é a de que a livre acumulação da pensão com a atividade profissional sofre uma limitação, não se permitindo a acumulação da pensão de velhice antecipada atribuída no âmbito da flexibilidade com o exercício de trabalho ou atividade, a qualquer título, na mesma empresa ou grupo empresarial onde pensionista exercia a sua atividade, por um período de três anos a contar da data do acesso à pensão antecipada, sob pena de perda do direito à pensão no período de acumulação<sup>60</sup>. A segunda limitação centra-se na redução da pensão, visto que a pensão antecipada terá de pressupor a existência de um adequado

---

<sup>57</sup>Cfr. artigo 21.º n. 4 que foi aditado pela alteração efetuada em 2016 pelo Decreto-Lei n.º 10/2016, de 8 de março.

<sup>58</sup> Artigo 21.º n.º 2. Sobre a interpretação de que tais requisitos legais são cumulativos, exigindo-se que à data que o beneficiário cumpre os 55 anos terá de possuir pelo menos 30 anos civis de registos de remunerações, veja-se Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29.11.2011 (Relator Alberto Augusto Oliveira), processo n.º 0603/11.

<sup>59</sup>Sobre a «pension por jubilación contributiva anticipada» em Espanha, veja-se J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA e X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, cit., págs. 165 e ss. Sobre a mesma, desde diversos pontos de vista, veja-se também J. GARCÍA VIÑA, «Jubilación anticipada y prejubilación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º. 29-30 (2012), págs. 151 e ss.; e S. BARCELÓN COBEDO, «Desde la condición de activo a la jubilación anticipada», *Documentación Laboral*, n.º. 104 (2015), págs. 155 e ss.

<sup>60</sup>Cfr. artigo 62.º n.º 3 e 4, estabelecendo-se inclusivamente, no n.º 5 dessa norma, que a entidade empregadora ou a entidade do grupo a quem o beneficiário da pensão tenha prestado o serviço é solidariamente responsável pela devolução das prestações de pensões recebidas indevidamente pelo beneficiário desde que a situação seja do seu conhecimento.



suporte financeiro, no caso concreto, «garantido pela aplicação de adequado fator de redução da pensão de velhice»<sup>61</sup> que será aplicado à pensão estatutária. Essa taxa global de redução, aplicada às pensões antecipadas, poderá ser uma de duas consoante a carreira contributiva do beneficiário, prevendo-se ainda uma terceira situação de não sujeição a redução de pensão: 1) corresponderá ao produto da taxa mensal de redução de 0,5% pelo número de meses de antecipação, devendo ter-se em consideração que esses meses serão apurados entre a data do início da pensão e a idade normal de acesso à pensão de velhice em vigor nesse ano, correspondendo, portanto, a uma taxa global de redução de 6% por ano de antecipação; e 2) no caso dos beneficiários, das que podemos denominar «carreiras contributivas longas», aquela taxa global de redução da pensão será menor, prevendo-se que «o número de meses de antecipação a considerar para determinação da taxa global de redução da pensão é reduzido de quatro meses por cada ano que exceda os 40»<sup>62</sup>, o que corresponde a uma redução de 2% na taxa global de redução da pensão, por cada ano que exceda os 40 anos de registo de remunerações na carreira contributiva; e 3) no caso dos beneficiários das «carreiras contributivas muito longas», em 1 de outubro de 2017 foram introduzidas duas importantes exceções à aplicação do fator global de redução, prevendo-se que não estarão sujeitas a referida redução, as pensões estatutárias das pensões antecipadas requeridas por «beneficiários com idade igual ou superior a 60 anos e com, pelo menos, 48 anos civis com registo de remunerações relevantes para o cálculo da pensão», e «beneficiários com idade igual ou superior a 60 anos e com, pelo menos, 46 anos civis com registo de remunerações relevantes para o cálculo da pensão e que tenham iniciado a sua carreira contributiva ... com 14 anos de idade ou em idade inferior»<sup>63</sup>. A terceira e última limitação deriva da aplicação do fator de sustentabilidade correspondente ao ano do início da pensão, que operará uma redução da pensão, que apenas está excluída, nestas pensões do regime especial de flexibilidade, para os beneficiários das chamadas carreiras contributivas muito longas que, como referimos, estão igualmente excluídos da redução da pensão por antecipação<sup>64</sup>.

O regime de flexibilidade de acesso à pensão de reforma, na sua vertente de prolongamento da idade de acesso, previsto para incentivo do envelhecimento ativo, permite que o beneficiário opte por atrasar o seu acesso à pensão para beneficiar de uma pensão bonificada, equivalente à que em Espanha denominam de «jubilación contributiva prorrogada»<sup>65</sup>. Essa majoração ou bonificação da pensão encontra previsão nos artigos 37.º e 38.º para duas situações distintas, mas com um requisito comum, que é o beneficiário ter pelo menos 15 anos com registo de remunerações relevantes para

---

<sup>61</sup>Artigo 25.º

<sup>62</sup>Artigo 36.º n.º 5.

<sup>63</sup>Cfr. artigos 35.º n.º 6 e 36.º introduzidos pela alteração do Decreto-Lei n.º 187/2007 efetuada pelo Decreto-Lei n.º 126-B/2017, de 6 de outubro, que entrou em vigor em 01 de outubro de 2017. Estas exceções à aplicação do fator global de redução para as carreiras contributivas muito longas não foram estendidas à limitação da cumulação de atividade profissional na mesma empresa ou grupo empresarial, pelo que, mesmo no caso destas carreiras contributivas muito longas permanece a limitação de exercício de atividade profissional por três anos para a empresa ou grupo onde o beneficiário prestava serviço.

<sup>64</sup>Cfr. artigo 35.º n.º 1 e 6.

<sup>65</sup>Sobre esta modalidade de «pensión por jubilación contributiva prorrogada», em Espanha, veja-se J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA e X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, cit., págs. 168 e ss. Também, J. GÁRATE CASTRO, «La jubilación retrasada», em L. LÓPEZ CUMBRE (Coordenadora), *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., págs. 1241 e ss.

efeitos de taxa de formação da pensão<sup>66</sup>. Essa pensão flexível bonificada é aplicada em duas situações distintas: 1) quando o beneficiário tem uma idade superior à idade normal de acesso à pensão em vigor e 2) quando o beneficiário pode requerer a pensão flexível antecipada, com carreira contributiva superior a 40 anos (chamadas *carreiras contributivas longas*), sem que lhe seja aplicável a redução da pensão, por força da redução da taxa global de redução de quatro meses por cada ano que exceda os 40 anos<sup>67</sup>. Este regime de flexibilidade bonificada é melhorado em dois aspectos essenciais. O primeiro deles é a bonificação ou incremento da pensão estatutária por aplicação de uma «taxa global de bonificação». Essa taxa global de bonificação, no caso dos pensionistas que se reformam após a idade normal de acesso à pensão corresponderá a uma taxa mensal variável em função do número de anos civis com registo de remunerações que o beneficiário tenha cumprido à data do início da pensão – fixada entre 0,33% por mês, para os beneficiários com carreira contributiva entre 15 a 24 anos, e 1% por mês, para os beneficiários com 40 ou mais anos de civis de carreira contributiva – multiplicada pelo número de meses a bonificar compreendidos entre o mês em que o beneficiário atinja a idade normal de acesso à pensão e o mês de início da pensão, com o limite de 70 anos<sup>68</sup>. No caso dos pensionistas que se reformam antecipadamente, mas sem redução (recorde-se, os beneficiários das carreiras contributivas longas), a taxa global de bonificação corresponderá a uma taxa mensal fixa de 0,65% multiplicada pelo número de meses compreendidos entre o mês em que se verifica o acesso à pensão antecipada sem redução e a idade normal de acesso à pensão de velhice em vigor, ou a data do início da pensão antecipada. Qualquer uma destas pensões bonificadas tem, no entanto, um limite ou topo máximo correspondente a 92% da melhor das remunerações de referência que tenham servido de base ao cálculo da pensão estatutária<sup>69</sup>. O segundo aspeto que constitui uma melhoria essencial aplicável neste regime de flexibilidade bonificada é a previsão que determina que, se o beneficiário falecer sem ter requerido a pensão, reunindo as condições de bonificação, o montante da pensão bonificada será considerado para efeito de cálculo da pensão de sobrevivência<sup>70</sup>.

## V. OS REGIMES DE ANTECIPAÇÃO DA PENSÃO

O regime da pensão de velhice, para além do regime de flexibilidade a que acima fizemos referência, prevê ainda a possibilidade de acesso antecipado – ou seja, antes da idade normal de acesso à pensão de velhice – em três situações que o legislador denomina de «regimes de antecipação» e «medidas especiais temporárias»<sup>71</sup>. Estes regimes de antecipação e medidas especiais temporárias estão previstos genericamente

---

<sup>66</sup> Cfr. artigo 37.º n.º 1

<sup>67</sup> Cfr. artigo 38.º n.º 1, que remete para a situação prevista no artigo 36.º n.º 5. Estranhamente, o legislador ao prever este regime de bonificação, por certo por lapso, não inclui aqui as situações de pensão flexível antecipada sem redução prevista para as carreiras contributivas muito longas, referidas no artigo 36.º n.º 8 que foi introduzido em outubro de 2017.

<sup>68</sup> Cfr. artigo 37.º n.º 2, 3 e 4 e Anexo II, que estabelece as taxas mensais de bonificação, organizadas em quatro patamares, 1) de 15 a 24 anos civis de carreira contributiva, uma taxa mensal de 0,33%; 2) de 25 a 34 anos de carreira contributiva, uma taxa mensal de 0,5%; de 35 a 39 anos civis de carreira contributiva, uma taxa mensal de 0,65%; e 4) com mais de 40 anos civis de carreira contributiva, uma taxa de 1% mensal.

<sup>69</sup> Cfr. artigo 37.º n.º 6. Sobre a remuneração de referência ver Ponto 8 supra.

<sup>70</sup> Cfr. artigo 37.º n.º 7.

<sup>71</sup> Cfr. artigo 20.º n.º alíneas b), c) e d).

no artigo 20.º, encontrando-se desenvolvidos os seus requisitos em três preceitos que regulam tais situações de antecipação. O primeiro deles é o regime de «antecipação da idade de pensão de velhice por motivo da natureza da atividade exercida», pela qual se prevê que noutros diplomas legais possa ser estabelecida outra idade inferior de acesso à pensão de velhice e as respetivas condições de atribuição da pensão, atendendo à «natureza especialmente penosa ou desgastante da atividade profissional exercida pelo beneficiário e as particularidades específicas relevantes no seu exercício»<sup>72</sup>. Esta situação não constituirá um verdadeiro regime de antecipação, mas sim a previsão da existência de regimes especiais de acesso à pensão de reforma por velhice para certas profissões ou atividades profissionais<sup>73</sup>, posto que nesses regimes, essa idade antecipada face ao regime regra, será a idade normal de acesso à pensão prevista para essas atividades ou trabalhadores. O segundo preceito que estabelece uma situação especial de antecipação, prevê as denominadas «medidas temporárias de proteção específica a atividades ou empresas por razões conjunturais», não se tratando verdadeiramente de um regime especial de antecipação, mas sim da previsão da possibilidade de criação por lei, de «medidas temporárias de proteção» que podem ser criadas pelo legislador para certas atividades ou empresas, de natureza transitória, nas quais pode ser prevista uma antecipação da idade de acesso à pensão de velhice, tendo como limite os 55 anos de idade do beneficiário<sup>74</sup>. O terceiro regime de antecipação da idade de acesso à pensão de reforma e um dos mais importantes do ponto de vista social, é o «regime de antecipação da pensão de velhice nas situações de desemprego involuntário de longa duração», que não obstante prevista no artigo 24.º está regulada quanto às condições de atribuição da pensão antecipada e cálculo da pensão, no regime legal da proteção de desemprego, constante do Capítulo VIII do Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro, estabelecendo-se naquele preceito, que tal antecipação da idade terá o limite de 57 anos do beneficiário. Todas estas situações de antecipação da pensão determinam a atribuição de uma denominada pensão antecipada, a qual será calculada nos termos gerais, com as particularidades ou especificidades das leis ou medidas que estabelecem tais regimes ou medidas especiais<sup>75</sup>.

O acesso à pensão de reforma por velhice antecipada por desemprego de longa duração depende do preenchimento de quatro requisitos, sendo três requisitos gerais relacionado com a situação de desemprego<sup>76</sup> e o quarto requisito, corresponde ao preenchimento de uma de duas previsões alternativas relacionadas com a idade mínima à data da pensão e

---

<sup>72</sup> Cfr. artigo 22.º.

<sup>73</sup> É o que se estabelece para os Trabalhadores das Minas da Empresa Nacional de Urânio, SA, pelo Decreto-Lei n.º 28/2005, de 10 de fevereiro e Lei n.º 10/2010, de 14 de junho e trabalhadores Mineiros pelo Decreto-Lei n.º 195/95, de 28 de julho; Trabalhadores Marítimos de Pesca, pelos Decretos Regulamentares n.º 40/86, de 12 de setembro e 2/98, de 4 de fevereiro e Portaria n.º 129/2001, de 27 de fevereiro; Trabalhadores Marítimos de Marinha de Comércio de Longo Curso, pelas Portarias do Ministério de Assuntos Sociais de 18 de dezembro de 1975, Portaria n.º 804/77, de 31 de dezembro e Portaria n.º 129/2001, de 27 de fevereiro; Controladores de Tráfego Aéreo, pelos Decreto-Lei n.º 503/75, de 13 de setembro e Decreto-Lei n.º 55/2017, de 24 de maio; Profissionais do Bailado, pelo Decreto-Lei n.º 482/99, de 9 de novembro; Trabalhadores Portuários, pelo Decreto-Lei n.º 483/99, de 9 de novembro; Bordadeiras da Madeira, pela Lei n.º 14/98, de 20 de março e Decreto-Lei n.º 55/99, de 26 de fevereiro.

<sup>74</sup> Cfr. artigo 23.º.

<sup>75</sup> Cfr. artigo 36.º n.º 7

<sup>76</sup> Na letra do artigo 57.º n.º 1 estabelece como condições gerais de atribuição desta pensão de velhice antecipada que os beneficiários estejam «nas situações de desemprego de longa duração devidamente comprovada e após esgotado o período de concessão dos subsídios de desemprego ou social de desemprego inicial...»

a idade mínima e período mínimo de carreira contributiva que o beneficiário teria de ter à data do desemprego. Como primeiro requisito geral exige-se no artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 220/2006 que o beneficiário esteja numa situação de desemprego<sup>77</sup>. Para o preenchimento deste requisito é, portanto, necessário que o beneficiário tenha recaído numa situação de «desemprego involuntário» ou «perda involuntária de emprego», ou seja, que a cessação do contrato de trabalho tenha ocorrido por, iniciativa do empregador, por caducidade, resolução com justa causa por iniciativa do trabalhador, ou acordo de revogação celebrado em situações que podemos denominar genericamente de crise empresarial (ou seja, que se integrem num processo de redução de efetivos, declarado por motivos de reestruturação, viabilização ou recuperação de empresa, em situação de empresa em situação económica difícil, e em situações fundamentadas em motivos que permitam o recurso ao despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho)<sup>78</sup>. O segundo requisito geral, que simultaneamente define o que se entende por «desemprego de longa duração», estabelece um requisito temporal ou prazo de espera em situação de desemprego prévio ao acesso à pensão de reforma. Tal prazo de espera está relacionado com o prazo de duração do subsídio de desemprego, exigindo-se que se esgote tal período antes de poder aceder à pensão antecipada de velhice. Para este efeito, terá de levar-se em consideração que o prazo de concessão do subsídio de desemprego para beneficiários com mais de 50 anos de idade será de 270 a um máximo de 780 dias<sup>79</sup>, consoante o número de meses com registo de remunerações antes da data do desemprego.

Desta forma, existe uma situação de desemprego de longa duração quando tal situação se prolongue para além do período de concessão do subsídio respetivo, exigindo-se que tenha cessado ou esgotado a concessão de tal prestação de desemprego previamente ao acesso à pensão antecipada. O terceiro e último requisito geral, que constitui igualmente um requisito do acesso ao subsídio de desemprego, é que o beneficiário esteja inscrito para emprego no centro de emprego<sup>80</sup>, o que constitui uma condição necessária para a manutenção do direito à prestação de desemprego durante todo o período de espera e, após esgotado o direito a tal prestação, o acesso à pensão antecipada de reforma por velhice. Na verdade, se o trabalhador em situação de desemprego é contratado para um posto de trabalho ou após esgotado o subsídio de desemprego inicia uma atividade profissional deixará de estar em situação de desemprego, que lhe permite aceder a tal pensão antecipada de reforma.

As duas previsões alternativas, relacionadas com a idade do beneficiário à data da reforma, bem como, com a idade e carreira contributiva à data do desemprego, que constituem o quarto requisito de acesso a tal pensão de velhice antecipada, estão diretamente relacionados com o cálculo da pensão de velhice antecipada por

---

<sup>77</sup> Cfr. artigo 57.º n.º 1.

<sup>78</sup> Cfr. artigos 2.º, 9.º, n.º 1 alíneas a), b), c) e d) e 10.º do Decreto-Lei n.º 220/2006 que nos permitem definir «desemprego involuntário».

<sup>79</sup> Cfr. artigo 37.º n.º 1 alínea d) do Decreto-Lei n.º 220/2006 que estabelece um período de concessão de subsídio de 240 a 540 dias, tendo-se contabilizados aqui as eventuais majorações que podem ser atribuídas em função da carreira contributiva, que corresponderão a 60 dias de acréscimo, por cada cinco anos com registo de remunerações nos últimos 20 anos antes do desemprego, tal como previsto no artigo 37.º n.º 2 alínea c). Não considerámos aqui as normas transitórias que permitem que, para alguns beneficiários esse período de concessão possa chegar aos 900 dias.

<sup>80</sup> Sobre este requisito para a concessão do subsídio de desemprego veja-se artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 220/2006.

desemprego de longa duração. Estabelece o artigo 57.º do Decreto-Lei nº 220/2006, como primeira previsão alternativa, que a idade de acesso à pensão de velhice é antecipada para o mínimo de 57 anos de idade, para os «beneficiários que, à data do desemprego, cumulativamente, tenham idade igual ou superior a 52 anos e possuam carreira contributiva de, pelo menos, 22 anos civis com registo de remunerações»<sup>81</sup>, sendo que nesta situação de antecipação, a pensão estatutária, calculada nos termos gerais, sofrerá uma compressão ou redução por aplicação do fator de redução previsto no regime de flexibilidade da idade -que recorde-se é de 0,5% por cada mês, correspondendo a 6% ao ano<sup>82</sup>-, em função dos número de anos de antecipação calculados em relação aos 62 anos de idade. Desta forma, um beneficiário que se reforme antecipadamente aos 57 anos, considerando que até aos 62 anos tem cinco anos de antecipação, a sua pensão estatutária poderá sofrer uma redução de 30%. À semelhança do regime de flexibilidade de acesso, para proteção dos beneficiários com carreiras contributivas longas, prevê-se que «o número de anos de antecipação a considerar para determinação da taxa global de redução para cálculo da pensão é reduzido de um ano por cada período de três anos que exceda 32 anos de carreira contributiva aos 57 anos de idade»<sup>83</sup>.

A segunda previsão alternativa prevê que a idade de acesso possa ser antecipada para os 62 anos, desde que o beneficiário tenha cumulativamente, à data do desemprego, idade igual ou superior a 57 anos e pelo menos 15 anos de carreira contributiva (ou seja, preencha o prazo de garantia). Nesta situação, ao contrário daqueles que podem aceder à reforma a partir dos 57 anos, a pensão antecipada não sofrerá qualquer redução<sup>84</sup>. As pensões de velhice antecipada, por desemprego de longa duração, em qualquer uma das situações alternativas referidas – mesmo nas situações em que não existe redução – poderão ainda sofrer a aplicação de um «fator de redução adicional temporário» de 0,25%, correspondente a 3% ao ano, calculado entre os 62 anos e a idade normal de acesso à pensão de velhice em vigor, sempre que a situação de desemprego involuntário decorra de cessação de contrato por acordo, fator esse que, ao contrário dos demais previstos nas pensões antecipadas é anulado a partir da idade normal de acesso à pensão de velhice em vigor<sup>85</sup>. Por fim, refira-se que ao contrário do que sucede no regime de antecipação por flexibilidade da idade, a pensão de velhice antecipada por desemprego de longa duração é cumulável com qualquer atividade profissional, para qualquer empregador.

---

<sup>81</sup>Artigo 57.º n.º 3.

<sup>82</sup>Cfr. Ponto 11 supra.

<sup>83</sup>Cfr. artigo 58.º n.º 2 e 3.

<sup>84</sup>Cfr. artigo 57.º n.º 2 e 58.º n.º 2 à contrário.

<sup>85</sup>Cfr. artigo 58.º n.º 4 e 5.

Recibido:02.06.2018. Aceptado:28.06.2018.

## **LA REFORMA DE LAS PENSIONES EN MARRUECOS: UNA NECESIDAD IMPERIOSA**

### **PENSION REFORM IN MOROCCO: AN URGENT NEED**

**DR. MOHAMMED SAAD BENTAOUET**

Investigador en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales  
Universidad de Sevilla

## RESUMEN

El sistema de pensiones marroquí se caracteriza por un pluralismo institucional descoordinado, y una cobertura bastante limitada. El Tribunal de Cuentas marroquí confirmó en su informe de 2013 que el sistema de pensiones será deficitario a partir de 2014 para la CMR y en 2022 para la RCAR (destinados a los funcionarios del sector público) y en 2021 para la CNSS (que es un sistema para los empleados del sector privado). Hay que resaltar también la desigualdad existente entre los cuatro sistemas de pensiones por los privilegios y cómoda jubilación de los que se beneficia un funcionario del Estado en comparación con un asalariado del sector privado.

Es cierto que hubo varias propuestas de reforma en los últimos años, sin embargo, sus resultados han sido inapreciables. En esta perspectiva, la cuestión de las pensiones en Marruecos sigue estando estrechamente vinculada a la elección de un claro modelo de desarrollo económico y social.

**PALABRAS CLAVE:** Sistema de reparto; Pensiones en Marruecos; Reforma sistema de pensiones.

## ABSTRACT

The Moroccan pension system is characterized by an uncoordinated institutional pluralism, and a quite limited coverage. The Moroccan Court of Auditors confirmed in its 2013 report that the pension system will be deficit starting in 2014 for the WRC and in 2022 for the RCAR (intended for public sector employees) and in 2021 for the CNSS (which is a system for employees in the private sector). We must also highlight the inequality between the four pension systems for the privileges and comfortable retirement of those who benefit from a state official compared to a salaried employee of the private sector.

It is true that there were several reform proposals in recent years, however, their results have been negligible. In this perspective, the issue of pensions in Morocco remains closely linked to the choice of a clear model of economic and social development.

**KEYWORDS:** Pensions in Morocco; Pension system reform, Pay-as-you-go system.

## **SUMARIO**

### **I. INTRODUCCIÓN**

### **II. EL SISTEMA DE PENSIONES EN MARRUECOS, SU ARQUITECTURA Y EL MERCADO LABORAL**

### **III. PROCESO HISTÓRICO, LA CREACIÓN DE LOS PLANES DE PENSIONES EN MARRUECOS**

### **IV. TENTATIVAS DE REFORMAS Y SUS LÍMITES**

### **V. LA ACTUALIDAD DE LAS PENSIONES EN MARRUECOS**

### **VI. CONCLUSIONES**



## I. INTRODUCCIÓN

La problemática de las pensiones, hoy en día, es un tema de debate público casi en todo el mundo. Muchos países están intentando revisar sus sistemas de jubilación, con miras a adaptarlos a los cambios socioeconómicos y demográficos que afectan a las poblaciones de manera generalizada.

El envejecimiento demográfico de la sociedad es de los cambios más significativos que se ha dado en las sociedades en la segunda mitad del siglo XX<sup>1</sup> y principios del siglo XXI. Este escenario ha sido por el incremento de la longevidad y por la existencia de unas muy bajas tasas de fecundidad<sup>2</sup>.

Estos factores pesan mucho en los sistemas de pensiones que se ven obligados a conceder más pensiones, por un período más largo, lo que provoca la precariedad de su equilibrio financiero y cuestiona su sostenibilidad<sup>3</sup>.

En España como ejemplo, la esperanza de vida en el año 2014 era de 80 años para los varones y de 86 para las mujeres. En el año 2064 será de 91 años para los varones y 95 para las mujeres (en media, diez años más). Como consecuencia de ello, en España, la población de más de 65 años se habrá duplicado en el año 2065 y superará la cifra de 16 millones de personas (40% de la población total). En ese año, habrá poco más de un cotizante por cada pensionista, frente a dos en este momento<sup>4</sup>.

En este contexto, el equilibrio financiero y demográfico es complicado de conquistar y podría obstaculizar que los planes de pensiones cumplan sus compromisos<sup>5</sup> a corto o a largo plazo. Esto obliga a las autoridades públicas a prepararse para tomar medidas para reformar dicho planes.

En 2005, el Banco Mundial difundió un informe sobre la necesidad de reformas previsionales para el Siglo XXI, en el que pone de relieve la importancia de los sistemas de pensiones para la estabilidad económica de los países y la seguridad de sus poblaciones que envejecen.

El equilibrio de los regímenes de pensiones, y la evolución demográfica representa ineludiblemente un hecho trascendente, por lo tanto el Banco Mundial señaló que es hora de que estos países comiencen su proceso de reforma. La institución de Bretton Woods aconsejó alejarse del diseño basado en un “solo pilar” y recomendó el establecimiento de sistemas multipilar para las pensiones, que en síntesis comprendan financiamiento “no contributivo” para cubrir la pobreza en la vejez, capitalización

---

<sup>1</sup>LORENZO CARRASCOSA, L. “Consecuencias del envejecimiento de la población: el futuro de las pensiones”, *Instituto Nacional de Estadística* (INE), abril, 2009, p.3.

<sup>2</sup>LÓPEZ DÍAZ, J., “Envejecimiento y pensiones”, *Temas para el debate*, Nº. 139 (jun.), 2006, pp.29-32.

<sup>3</sup>GONZÁLEZ GARCÍA R., “Una reforma inaplazable”, *Política Exterior*, Vol.32, nº 182, 2018, pp. 88-96.

<sup>4</sup>FUNDACIÓN INVERCO, 2017, “Sistema de pensiones, seguridad Social y Sistemas complementarios: medidas para impulsar los planes de pensiones”. p.11, disponible en <http://www.inverco.es/archivosdb/medidas-para-impulsar-los-planes-de-pensiones.pdf> (consultado el 26 de mayo de 2018).

<sup>5</sup>KATO VIDAL, E., L., y CÁRDENAS AGUILAR, C., “Instituciones, transición demográfica y riesgos del sistema de pensiones”, *NORTEAMÉRICA*, Año 8, nº 2, julio-diciembre de 2013, p. 106

individual manejada por el sector privado con cuentas individuales y esquemas de ahorro voluntario para las personas que puedan mejorar su pensión<sup>6</sup>.

La población envejece no sólo en el primer mundo<sup>7</sup>, sino en todo el planeta, pero es especialmente remarcable en los países desarrollados. Los países emergentes comienzan a estar expuestos a este problema aunque con menor afectación. Eso lo que quería aclarar M. Christiaan Poortman<sup>8</sup>, el anterior Vice-presidente del Banque Mundial para Oriente Medio y Norte de África, al señalar que “a menudo se asocia la crisis de las pensiones con el envejecimiento de la población, lo cual es engañoso. En la región de MENA, donde el 60% de la población es joven, aun así los planes de pensiones ya tienen dificultades financieras. El problema es por lo tanto estructural y no demográfico”<sup>9</sup>.

Para esta zona del mundo denominada MENA<sup>10</sup> (la región de África del Norte-Oriente Medio)<sup>11</sup> el Banco Mundial dedicó en 2005 un informe titulado “*Planes de pensiones en Medio Oriente y África del Norte: hora del cambio*”. Este informe hizo un diagnóstico bastante pesimista de los sistemas de pensiones en esta zona. Señalando que la cobertura de los sistemas de jubilación en esta región es generalmente mucho más estrecha que en los otros grupos de países<sup>12</sup>. Y que estos sistemas de pensiones se enfrentan a más dificultades como: administración pública ineficiente y costosa,

---

<sup>6</sup>HOLZMANN, R. AND HINZ, R. “Old age income support in the 21st century: an international perspective on pension systems and reform”, *The world Bank*, 2005.

<sup>7</sup>A diferencia de los países desarrollados, los países del sur no han tenido tiempo de crear suficiente riqueza para “adaptarse a esta nueva situación demográfica”. HAUT COMMISSARIAT AU PLAN (2005), “Prospective MAROC 2030, Changement Démographique et ses répercussions à long terme sur charges de protection sociale : cas des retraites”, disponible en <http://docexpo.hcp.ma/docs/137/prospective-maroc-2030-changement-demographique-et-ses-repercussions-a-long-terme-sur-les-charges-de-protection-sociale-cas-des-retraites.pdf> (consultado el 29 de mayo de 2018).

<sup>8</sup>En la actualidad es miembro de la Junta de Alianza para la Transparencia.

<sup>9</sup>JACKSON, S., “Les régimes de retraite au Moyen-Orient et en Afrique du Nord doivent faire l'objet de réformes urgentes”, le 23 août 2005, señalado en <http://web.worldbank.org/> (consultado el 30 de mayo 2018).

<sup>10</sup>En el grupo (MENA) en el que si bien existen diferencias importantes entre los distintos países que lo componen y en sus “modelos” de Seguridad Social: Uno de ellos, más marcado por la influencia francesa, basado en el principio del “seguro social” que encontramos en Marruecos, Argelia y Túnez; Otro, más marcado por la influencia británica y de tipo más “universal”. Es el tipo que prevalece en Egipto y Jordania.

<sup>11</sup>En la actualidad la región de Oriente Medio y Norte de África (MENA) atraviesa por un período de agitación. Siria, Iraq, Libia y Yemen son protagonistas de guerras civiles que causan daños incalculables en términos de vidas humanas y obras de infraestructura. Unos 15 millones de habitantes han huido de sus hogares, muchos de ellos hacia países frágiles o con economías debilitadas, como Jordania, Líbano, Djibouti y Túnez, dando lugar a la mayor crisis de refugiados desde la Segunda Guerra Mundial. El actual caos que sufre Yemen ha hecho retroceder el desarrollo del país en varios años. Con los bloqueos y ciclos reiterados de violencia, la tasa de desempleo de Gaza es la más alta del mundo en este momento, mientras que el producto interno bruto (PIB) alcanza solo el 40 % de su potencial, señalado en *el Banco Mundial en Oriente Medio y Norte de África*, panorama general, disponible en <http://www.bancomundial.org/es/region/mena/overview> (consultado el 31 de mayo de 2018).

<sup>12</sup>WHITEHOUSE, E., “Panorama de las pensiones. Sistemas de ingreso al retiro en 53 países”, *Banco Mundial*, 2007, p.54.

sistemas fragmentados, no son viables financieramente, y que desalientan el ahorro y el empleo<sup>13</sup>.

Según este informe, en esta zona del mundo, los países que mejor estaban posicionados para llevar a cabo las reformas que aconsejó el Banco Mundial, son, Marruecos, Túnez, Egipto, Líbano y Jordania, gracias a que ya tienen un sistema bancario desarrollado y un sector de seguros en crecimiento, y que ya habían impulsado reformas en sus mercados financieros. Este informe había considerado a Marruecos como uno de los “líderes”<sup>14</sup> de la región por haber realizado buenos análisis y diagnósticos, para poder comenzar las reformas de sus sistemas de pensiones, y hacer frente a los riesgos demográficos y financieros.

En Marruecos aparte de los cambios demográficos<sup>15</sup>, las pensiones se enfrentan al reto de los cambios en el mercado de trabajo, el número de cotizantes apenas crece. En la actualidad, el Estado ya no es la fuente de empleo que solía ser a mediados o a finales del siglo pasado.

De hecho, la administración marroquí ya no contrata a muchos funcionarios como antes, incluso en su política de contención del gasto público, el Ejecutivo había lanzado en 2004 un programa que se denominó *Salida voluntaria de la función pública*<sup>16</sup>. Asimismo, la edad media del acceso a la función pública, es ahora de 28 años, frente a los 18 años en los años setenta y ochenta, lo que ha ido disminuyendo los años de cotización.

Por ello, a pesar de las reformas, la baja cobertura siguió manifestándose, en parte por la dinámica del mercado de trabajo que dificulta el cumplimiento de los requisitos de tiempo de cotización y por el incremento del empleo informal. Los bajos salarios, bajas cotizaciones y altas comisiones dan por resultado pensiones muy bajas.

## **II. EL SISTEMA DE PENSIONES EN MARRUECOS, SU ARQUITECTURA Y EL MERCADO LABORAL**

Los sistemas de pensiones son programas de transferencias instituidos por el Estado, cuyo objetivo es proporcionar seguridad de ingresos a los adultos mayores en un contexto donde los acuerdos informales tradicionales se consideran insuficientes<sup>17</sup>. En la mayoría de los países, los sistemas de pensiones están organizados como una combinación de esquemas contributivo y no contributivo, dado que proporcionan alivio de la pobreza y estabilidad en los ingresos.

---

<sup>13</sup>ROBALINO, D.A., “Pensions in the Middle East and North Africa Time for, Orient Ations In” The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2005, p. xxi.

<sup>14</sup>Marruecos se encuentra en una posición bastante favorable: es el único país del norte de África u Oriente Medio que tiene un sector del Seguro de una talla razonablemente (los activos en este sector representan el 15,7% del PIB comparado con el 4,8% para Túnez, el 2,3% para Argelia o el 3% para Egipto).

<sup>15</sup>En 2007 había cuatro cotizantes por cada jubilado, mientras que en solo nueve años (2016), la proporción baja a dos por uno.

<sup>16</sup>BEN OSMANE, K., “Le Programme de départ volontaire de la fonction publique marocaine”, abril 2005, disponible en <http://www.unpan.org/innovmed/Documents/Moroccof.pdf>, (consultado el 28 de mayo de 2018).

<sup>17</sup>ROFMAN, R., y LUCCHETTI, L., “Sistemas de pensiones en América Latina: Conceptos y mediciones de cobertura”, *Discussion Paper*, n.º. 0616, *World Bank*, noviembre 2006, p.2.

Al analizar la cobertura de estos sistemas, suele ser frecuente que se haga referencia a aquellos individuos que perciben una pensión o jubilación. Sin embargo, la cobertura tiene dos fases. La primera se relaciona con el período en el que un trabajador aporta al sistema y acumula el derecho a percibir beneficios. Esta fase hace referencia a la cobertura de la población económicamente activa. La segunda está vinculada con los beneficios monetarios que el individuo percibe al alcanzar una edad avanzada, es decir, la cobertura de adultos mayores<sup>18</sup>, o lo que se denomina la pensión de jubilación.

Desde el punto de vista social y profesional, la jubilación es la situación a la que pueden acceder las personas que, atendida la circunstancia de la edad, cesaron voluntaria o forzosamente en su trabajo profesional por cuenta ajena o por cuenta propia, es el término del desempeño de tareas laborales remuneradas, a causa de la edad. Cada país establece el momento cronológico de la vida en que se produce la jubilación<sup>19</sup>. Esta última, es un derecho fundamental de todo trabajador. Desde el punto de vista jurídico, se puede considerar como un accesorio del sueldo, por cuanto sus peculiaridades esenciales son: la asignación fija, periódica y proporcionada de él<sup>20</sup>.

El derecho a la jubilación no es simultáneo sino sucesivo a la relación laboral y se perfecciona en el momento en que se cumplen los requisitos legales: edad en el funcionario y antigüedad en el cargo o en su defecto, incapacidad física. Por consiguiente, la prestación por jubilación, en su modalidad contributiva, cubre la pérdida de ingresos que sufre una persona cuando, alcanza la edad establecida por la ley.

Esta prestación obtiene el financiamiento a partir de la relación contractual del afiliado, los sistemas de ahorro para la jubilación reproducen los problemas propios de los mercados de trabajo. Si en un país la gran parte de las personas en edad de trabajar se encuentran desempleadas, subempleadas o inactivas, su sistema de pensiones dejará a muchas personas subaseguradas o no aseguradas. Para que el sistema de reparto pueda atender al objetivo de suficiencia debe ser sostenible. Si el sistema no fuera sostenible no podría garantizar pensiones adecuadas y suficientes, y generaría incertidumbres que afectarían negativamente a la inversión, al empleo, al crecimiento y al bienestar. Aquí donde se manifiesta la función del Estado, entre otras, la de procurar protección ante las situaciones de necesidad que puedan padecer sus ciudadanos.

El Estado en sentido amplio encuentra su razón de ser y la legitimidad de su actuar en el respeto, realización y satisfacción de los derechos fundamentales en general y del derecho a la Seguridad Social en particular<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup>*Ibid*

<sup>19</sup>HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, G. “Cese de la actividad profesional y preparación para la jubilación”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 27, n° 2, 2009, pp.33 y 34.

<sup>20</sup>BIELSA, R., *Derecho Administrativo*, 4ª Edición, tomo II, Librería y editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1956, p. 187.

<sup>21</sup>NAVARRO FALLAS, R.A., “El derecho fundamental a la seguridad social, papel del estado y principios que informan la política estatal en seguridad social”, *Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*, vol.10, n°1, 2002.

En un informe del Banco Mundial, titulado *Marruecos para 2040, invirtiendo en capital intangible para acelerar la emergencia económica*<sup>22</sup>, señala que la economía marroquí no crea suficientes empleos para satisfacer las ambiciones de una juventud que cada vez más exigente. En los últimos años, en el periodo comprendido entre (2012-2016), solo se crearon cada año 26,400 nuevos empleos, para una población en edad de trabajar (15-65 años), que crece en un promedio de 270,000 por año. En base al número de habitantes, Marruecos crea la mitad de puestos de trabajo que Egipto y tres veces menos que Malasia. Por lo tanto, los jóvenes que ingresan al mercado laboral se enfrentan al desempleo y al subempleo masivo.

La tasa de desempleo<sup>23</sup> entre los jóvenes de 15 a 24 años aumenta a más del 20% a nivel nacional e incluso llega a casi el 40% en las ciudades. Todavía más preocupante -y en contraste con lo que generalmente se observa en otras partes del mundo- el desempleo afecta proporcionalmente a más jóvenes graduados: mientras la tasa de desempleo entre los jóvenes no calificados es del 4.5%, la tasa de desempleo para los jóvenes graduados es del 21.7% y supera el 24.6% para los jóvenes con un título universitario, teniendo en cuenta que últimamente, los jóvenes se incorporan cada vez más a las aulas universitarias. A mayor abundamiento, cuando estos jóvenes consiguen un trabajo, alrededor del 90% de ellos no tendrá un contrato, y se moverán en la economía informal, lo que ilustra la precariedad de su situación laboral<sup>24</sup>.

En base a estas realidades, desempleo y precariedad laboral, una gran parte de la población no contribuye a la jubilación, y está excluida de cualquier sistema de protección<sup>25</sup>. Y si añadimos que la cobertura entre la población trabajadora que pertenece al "sector formal" es significativamente limitada, nos lleva sin lugar a dudas a cuestionar el funcionamiento y la estructura del mercado laboral marroquí, así como las bases de su crecimiento económico. Para hacer frente a estos desafíos, las autoridades públicas han propuesto desde hace un tiempo reformas, incluida la paramétrica, para mejorar su sistema de pensiones.

Uno de los intentos de impulsar ese derecho social lo encontramos en el Artículo 31 de la Constitución marroquí vigente<sup>26</sup>, aprobada en julio de 2011, que señala "El Estado, los organismos públicos y las colectividades territoriales actúan para movilizar todos los medios disponibles para facilitar el igual acceso de las ciudadanas y de los ciudadanos a las condiciones que les permitan ejercer el derecho: a) los cuidados sanitarios; la protección social; la cobertura médica y la solidaridad mutualista u organizada por el Estado".

No obstante, la inclusión de esos derechos en la Constitución contrasta con la ausencia efectiva de mecanismos de protección de los mismos. Sobre el tema que nos ocupa,

---

<sup>22</sup>CHAUFFOUR, J.P. "Le Maroc à l'horizon 2040, investir dans le capital immatériel pour accélère l'émergence économique", *Banque internationale pour la reconstruction et le développement/La Banque mondiale*, 2017, p.18.

<sup>23</sup>LE CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, "Emploi des jeunes", n°.2/2011, pp.21-24, disponible en [https://www.unicef.org/morocco/french/Rapport\\_du\\_Conseil\\_Economique\\_et\\_Social-Emploi\\_des\\_jeunes-Vr\\_Fr.pdf](https://www.unicef.org/morocco/french/Rapport_du_Conseil_Economique_et_Social-Emploi_des_jeunes-Vr_Fr.pdf) (consultado el 28 de mayo de 2018).

<sup>24</sup>CHAUFFOUR, J.P. "Le Maroc à l'horizon 2040, investir...", *op cit.*

<sup>25</sup>YAHYAOU, T., "L'économie politique de la réforme des pensions au Maroc". *Ministère des Finances* (Maroc), 2007.

<sup>26</sup>Dahir n° 1-11-91 de 27 de Chaaban (29 de Julio de 2011).

debemos indicar que en la legislación marroquí no existe una ley marco que gestione y organice el derecho a la jubilación o al bienestar social en su conjunto. La normativa marroquí vigente que regula las pensiones, es compleja y fragmentada: textos específicos relacionados con ciertas categorías socio profesionales del sector público y privado sin coordinación con los otros regímenes. De la misma manera hay que añadir que en lo que se refiere a los instrumentos internacionales<sup>27</sup> en materia de la seguridad social, Marruecos de momento no ha ratificado ni el Convenio n° 102 de Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la seguridad social (norma mínima)<sup>28</sup>, ni varios convenios relacionados con este tema<sup>29</sup>.

En lo que respecta la estructura de los regímenes marroquíes de pensiones, hay que indicar que es de naturaleza bismarckiana. La mayoría de esos planes se originó en el período colonial, y han conservado las principales características de este modelo después de la independencia. Es un sistema contributivo, obligatorio, exclusivo para los asalariados. Su arquitectura se compone de regímenes públicos como la Caja Marroquí de Pensiones (CMR por sus siglas en francés), la Caja Nacional de Seguridad Social (CNSS) y el Régimen Colectivo de Prestación de Pensiones (RCAR). El cuarto régimen, la Caja Interprofesional Marroquí de Pensiones (CIMR) es facultativo y administrado por el sector privado. Además existen otros regímenes internos<sup>30</sup>, al igual que los productos ofrecidos por la compañías de seguros, incluido la Caja Nacional de pensiones y Seguros (CNRA), que diseñó el producto "Plan complementario de jubilación" (RECORE) para todas las categorías socio profesionales.

Los sistemas de pensiones actuales que hemos señalado, su organización y sus coberturas, están marcados por su historia previa, así como por las culturas que prevalecían en aquel momento. Por ello queremos ofrecer un enfoque histórico a estos sistemas.

### **III. PROCESO HISTÓRICO, LA CREACIÓN DE LOS PLANES DE PENSIONES EN MARRUECOS**

La Seguridad Social en Marruecos en su forma organizada se remonta a principios del siglo XX. Los primeros planes de pensiones se crearon bajo el protectorado francés. Su

---

<sup>27</sup>El derecho a la seguridad social, es hoy un derecho plenamente reconocido por el Derecho Internacional de los derechos humanos. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, establece en el artículo 22 lo siguiente: "1. Toda persona tiene derecho, como miembro de la sociedad, a la seguridad social...". La Declaración ha inspirado a muchos instrumentos internacionales de derechos humanos, que constituyen un sistema amplio de tratados de obligatoriedad jurídica para la promoción y protección de los mismos. Como ejemplo en el Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social". El Reino marroquí es Estado parte desde 3 de mayo de 1979.

<sup>28</sup>Estados que no han ratificado el convenio n°. 102 que entró en vigor el 27 de abril de 1955, disponible en

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO::P11310\\_INSTRUMENT\\_ID:312247](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO::P11310_INSTRUMENT_ID:312247) (consultado el 30 de mayo de 2018).

<sup>29</sup>Conventions et protocoles à jour non ratifiées par Maroc, disponible en

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:11210:0::NO::P11210\\_COUNTRY\\_ID:102993](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:11210:0::NO::P11210_COUNTRY_ID:102993) (consultado el 30 de mayo de 2018).

<sup>30</sup>Los regímenes internos establecidos dentro de instituciones públicas que son: la Oficina Cherifien des Phosphates (OCP); Junta Nacional de Electricidad y las Juntas de Distribución de Agua y Electricidad (JRC-ONE PensionFund), Autoridad Portuaria de Puertos (ODEP) y control del tabaco (RT).

resurgimiento coincidió con la llegada de las grandes empresas y de los funcionarios europeos<sup>31</sup>. Antes de eso, la protección social dependía exclusivamente de las estructuras tradicionales, de la familia, la tribu y la comunidad religiosa.

El primer experimento se remonta a 1917, cuando las autoridades del protectorado crearon "la Caja de Previsión Marroquí" (CPM). La cobertura ofrecida por este fondo era opcional, y solo estaba dirigida exclusivamente a los funcionarios franceses. La CPM funcionó hasta 1930<sup>32</sup>, cuando el 2 de marzo del mismo año se creó la Caja Marroquí de Pensiones (CMR) como el primer régimen de pensiones obligatorio establecido en Marruecos. Ese plan cubría en primer momento a los funcionarios públicos franceses, y luego posteriormente a los funcionarios marroquíes a partir del 1 de mayo del siguiente año. Ese plan ha sido financiado inicialmente por capitalización. La fuerte inflación de esa época llevó a la reducción de los ahorros, lo que ha llevado a las autoridades a inclinarse por el modo de financiación por reparto en 1950<sup>33</sup>. En esa época, los empleados fijos de empresas públicas y privadas (minas, fosfatos, ferrocarriles), la mayoría de ellos eran europeos, tenían la cobertura de los regímenes empresariales de la década de 1920.

El surgimiento de las primeras industrias en las áreas urbanas requirió la introducción gradual de regulaciones basadas en los principios de la seguridad social en beneficio de los obreros. En 1949, el sector industrial se reagrupó en asociaciones y crearon la Caja Interprofesional Marroquí de Pensiones (CIMR)<sup>34</sup>, para cubrir a su personal. Ese plan era opcional para las empresas, pero una vez que la empresa se une, todos sus empleados fijos tenían que estar afiliados inevitablemente. La financiación de ese plan era una mezcla, entre el reparto y la capitalización.

El movimiento sindical marroquí<sup>35</sup>, que se desarrolló en la década de los 40, en el contexto de la lucha por la independencia, pretendía asentar las bases sociales del futuro Estado independiente. Los sindicalistas alentaban a que se impulse una legislación social y que se establezca un sistema de seguridad social para todos los trabajadores.

Después de la independencia, el Estado marroquí empezó a ocuparse de este tema con la ayuda de expertos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En aquel tiempo, apareció la propuesta de crear un sistema de jubilación "no contributivo" financiado por la población en general a través de los impuestos. No obstante, esa idea no pudo prosperar, probablemente por razones presupuestarias. El Estado había preferido invertir

---

<sup>31</sup>KASEKE, E., "Social security in Africa: inherited burned future priorities", *International Social Security Review*, Vol. 56, 2003, p.3.

<sup>32</sup>HAUT COMMISSARIAT AU PLAN (2005), "Prospective MAROC 2030,...*op. cit.* p.39.

<sup>33</sup>FELLAT, F., *Sociologie de la sécurité sociale au Maroc*, thèse. 3e cycle: sociologie, Nancy 2, 1986.

<sup>34</sup>La *Caja Interprofesional Marroquí de Pensiones (CIMR)* marcó un paso importante en la construcción del sistema de seguridad social marroquí. De hecho, antes de la creación del CNSS, constituía el principal fondo de pensiones del sector privado para atender las pensiones de vejez y de supervivencia a los trabajadores del sector privado, pero con un régimen de afiliación de libre opción. La cobertura sanitaria se aseguraba a través de mutuas, que después fueron reagrupadas dando origen a mutuas sectoriales y, más adelante, a una federación.

<sup>35</sup>En 1936, la Residencia General del Protectorado francés decretó la primera ley que organiza sindicatos en Marruecos.

en la infraestructura, y en los sectores que él consideraba estratégicos como la agricultura<sup>36</sup>.

Al final, se decidió mantener y reforzar el sistema “contributivo”, financiado por los empleadores y los trabajadores, y del que se benefician estos últimos. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) había aconsejado ampliar la cobertura de la Caja Marroquí de Pensiones (CMR) para convertirla en un régimen común que incluya tanto a los asalariados del sector público como a los del privado. Sin embargo, el Estado no quiso equiparar los derechos de los empleados del sector privado a los de sus funcionarios públicos y, eligió finalmente, en 1959, crear un nuevo plan obligatorio para el sector privado, la Caja Nacional de Seguridad Social (CNSS).

La CNSS, ha sido establecida por el Dahir de 1959<sup>37</sup>, es una institución pública social con autonomía financiera, y se encuentra bajo la supervisión administrativa del Ministerio de Empleo y Formación Profesional. La CNSS sustituyó al CIMR, como fondo de pensiones para el sector privado, no obstante, la CIMR no ha sido suprimida y ahora gestiona la cobertura complementaria de los empleados del sector privado. Por lo tanto, los empleados conservaron sus derechos adquiridos.

En la década de los sesenta y setenta, hubo una serie de reformas que ampliaron gradualmente la cobertura. La reforma de 1971 introdujo un plan de pensiones militar único y un plan único para las pensiones civiles aplicable a todos los funcionarios públicos que se incluyen en la categoría de función pública. En 1977 se creó un nuevo plan, el Régimen Colectivo de Prestación de Pensiones (RCAR) para los trabajadores contratados de las administraciones locales y de las instituciones públicas. En este caso, el Estado había optado nuevamente por la creación de un nuevo plan gestionado por un nuevo fondo para no conceder al personal público contratado, los mismos derechos que los Funcionarios públicos fijos. El RCAR está dirigido por la Caja de Depósito y Gestión (CDG) y opera bajo la garantía del Estado. El RCAR incluye un plan básico obligatorio y un plan complementario. Su financiación es mixta: 2/3 por capitalización y 1/3 por reparto para el plan básico, el plan suplementario se financia al 50% por capitalización y el 50% por reparto.

Esta construcción gradual ha originado un sistema de pensiones que consta de 3 planes básicos obligatorios, 2 planes complementarios y varios planes privados. Esta fragmentación del sistema de pensiones marroquí está profundamente arraigada y va más allá de la notable diferencia entre los esquemas del sector público y los del sector privado (afiliados de la (CMR) y cotizantes de la (CNSS), existen igual grandes diferencias entre los esquema de las pensiones de los trabajadores del sector público, entre los afiliados de la (CMR) y los de la (RCAR), en lo referente a las condiciones de la jubilación, los beneficios, las tasas de contribución, y las contribuciones compartidas del gobierno. Esta división entre los planes ha generado el colapso y la crisis del sistema.

---

<sup>36</sup>DUPUIS J.-M., EL MOUDDEN C. ET PÉTRON A. (Dir.), “Les retraites au Maghreb, une première analyse”, Rapport pour la MIRE, 2008.

<sup>37</sup>El Dahir de 1959 fue reemplazado por el de 1972 con el fin de ampliar el sistema obligatorio de seguridad social a los trabajadores del sector agrícola y forestal.



#### IV. TENTATIVAS DE REFORMAS Y SUS LÍMITES

Marruecos inició en 1997, con la asistencia del Banco Mundial, un proceso de reflexión en torno a una reforma estructural de su sistema de pensiones. Se estableció un comité<sup>39</sup>*ad hoc* con la intención de efectuar una primera auditoría de la situación demográfica y financiera de los sistemas públicos por reparto<sup>40</sup>.

Este comité entregó un informe en 2002, en el que examinó cuatro aspectos: el status quo, la reforma paramétrica del sistema de reparto, la transición a un sistema de múltiples pilares y la privatización del sistema. Este informe concluyó que el sistema es demasiado generoso e insostenible, y auguró que el sistema iba a “explotar”<sup>41</sup>. Este informe define la baja tasa de cobertura como una “ventaja”<sup>42</sup>, ya que desde el punto de vista político la reforma sería más sencilla, puesto que solo afectaría a una minoría de la población. Del mismo modo, sostenía que “la implementación parcial de la capitalización sería deseable”<sup>43</sup> y sugiere pasar a un sistema de 3 pilares, manteniendo los esquemas de reparto pero reduciendo la tasa de reemplazo y creando un pilar obligatorio y uno opcional.

En 2003, se celebró un simposio sobre la cuestión de la reforma, presidido por el Primer Ministro<sup>44</sup> con la presencia de miembros del gobierno, expertos de las administraciones en cuestión, representantes de fondos de pensiones, representantes de sindicatos y empresarios, parlamentarios y expertos del Banco Mundial y de la Organización Mundial del Trabajo (OIT). Después de esta reunión, se crearon dos comisiones para orientar el proceso de reforma: la primera, es una comisión nacional tripartita (ministerios en cuestión, sindicatos y empresarios), que tiene una labor ejecutiva y de toma de decisiones, presidida por el Primer Ministro, y una segunda comisión técnica que tiene la labor de seguimiento de los estudios actuariales y que debe hacer propuestas de reforma a la comisión nacional.

En 2007, la comisión técnica encargó nuevos estudios y su elaboración fue confiada a una empresa actuarial francesa. El informe final entregado en 2010 excluye la opción de la financiación por capitalización y propone una reforma en dos etapas, la primera etapa paramétrica, modificando la edad de jubilación y la base de cotización, luego en la segunda etapa sería estructural, reemplazando los planes de beneficios definidos por planes de contribuciones definidas. Ante la duda que ha generado este informe, los sindicatos solicitaron a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que valore esta propuesta, la OIT emitió al respecto su informe en junio de 2011<sup>45</sup>.

---

<sup>39</sup>Le Comité de Suivi des Etudes Actuarielles (CSEA), présidé par le Ministère des finances et regroupant les représentants des ministères de l’emploi, des finances et de la fonction publique.

<sup>40</sup>CARPIO, J.E. SQUALLI, Y., “El sistema de pensiones de Marruecos: sostenibilidad actuarial de la Caja Nacional de la Seguridad Social”, *Economía española y Protección Social*, nº. 7, Año 2015, pp.5-36.

<sup>41</sup> Le Comité de Suivi des Etudes Actuarielles (CSEA), 2002, p.56.

<sup>42</sup>*Ibid*

<sup>43</sup>*Ibid*

<sup>44</sup>Ya no se usa el término Primer Ministro, ha sido reemplazado por el Jefe de Gobierno en la Constitución de 2011. Según su Artículo 47. El rey nombra al Jefe del Gobierno de entre el seno del partido político ganador de las elecciones a la Cámara de representantes, a la visa de sus resultados.

<sup>45</sup>En un informe publicado en junio de 2011 Organización Internacional del Trabajo (OIT), recomienda un sistema de reforma compuesto de un esquema básico de beneficios definidos con un esquema

Entretanto, el contexto político había cambiado en unos pocos meses: hubo revueltas “árabes” que inspiraron un movimiento de protesta- El Movimiento el 20 de febrero-en Marruecos, se redactó y se adoptó una nueva Constitución, nuevas elecciones parlamentarias anticipadas y un cambio de mayoría parlamentaria. A raíz de todos estos acontecimientos, las negociaciones en el marco de la comisión tripartita se estancaron durante este período y no se reanudaron hasta la primavera de 2012. El Banco Mundial parece haberse retirado del proceso, admitiendo además, que la introducción de la capitalización ya no era una prioridad<sup>46</sup>.

Desde el comienzo del proceso de reforma, y según los informes y los escenarios internacionales (la crisis financiera de 2008, la "primavera árabe"), el ambiente de la reforma privilegiada se había alterado. Los informes de 2001, 2010 y 2013, aunque proponían soluciones diferentes, tienen unos puntos en común: el enfoque es actuarial, la atención se centra casi exclusivamente en la situación financiera de los planes y pocos elementos sobre la situación de los pensionistas. La cuestión de la ampliación de la cobertura apenas ha sido abordada, y los informes concluyeron que el sistema es generoso solo sobre la base de indicadores actuariales, sin analizar el nivel de las pensiones efectivamente recibidas. A pesar de que esos temas son indispensables, dado que el objetivo primordial de un sistema de pensiones es garantizar un nivel adecuado de prestaciones que permita un nivel de vida decente.

De todo lo señalado y analizado, queremos subrayar que en el periodo comprendido entre la creación de los diferentes planes de pensiones marroquí y el comienzo de la década de 2000, se habían efectuado varias reformas y ajustes. Nos vamos a detenernos en tres cambios estructurales importantes. El primero se refiere a la CMR, que desde 1996 disfruta de una autonomía financiera y un consejo de administración. Antes de 1996, el plan era un departamento del Ministerio de Finanzas, las contribuciones de los funcionarios servían para financiar las pensiones, y el Estado no pagaba la parte que le correspondía.

No será hasta el 2005 cuando el Estado marroquí “solventó” sus pagos atrasados por el período anterior a 1996. El segundo cambio es la desaparición gradual de los regímenes “empresariales” y su integración en el RCAR. Estos planes fueron planes de prestación definida.

Las compañías en cuestión asumieron muchos compromisos en la fase de crecimiento, habían reclutado mucho trabajadores después de la independencia en los años 60 y 70 y terminaron con cargas financieras significativas en la década de 2000 con la jubilación de estas generaciones, debido a la bajada progresiva de los cotizantes jóvenes y aumento de la esperanza de vida.

El gobierno decidió entonces incluir esos planes privados uno detrás de otro en el RCAR. El tercer cambio es el abandono en 2003 de los fondos mixtos de la CIMR en beneficio de un financiamiento íntegramente por reparto y por puntos. Esta reforma ha sido llevada a cabo por la asociación empresarial que dirige el plan. Motivada tanto por

---

adicional opcional que comience por encima del límite que satisfaga las diferentes categorías de pensionistas. También sería prudente, según la OIT, prever un mecanismo de revalorización que refleje la realidad del país.

<sup>46</sup>es posible diversificar las fuentes de ingresos durante la vejez mediante el establecimiento de un pilar capitalizado de contribución definida, pero de ninguna manera es un elemento urgente o esencial para el plan estratégico para la reforma de las pensiones a corto plazo” *Banque Mondiale*, 2012.

el bajo rendimiento de la capitalización como por el deterioro del equilibrio financiero de la parte gestionada por reparto.

**Tabla 1.**

**Las principales características financieras de los regímenes de pensiones en Marruecos antes de 2017**

<b>Planes</b>	<b>CNSS</b>	<b>CMR</b>	<b>RCAR</b>	<b>CIMR</b>
<b>Regímenes</b>	Régimen de base obligatorio	Régimen de base obligatorio	Régimen de base obligatorio	Régimen complementario
<b>Campo de aplicación</b>	Los asalariados del sector privado	Personal civil y militar, personal de municipios y de algunas administraciones públicas	Personal no fijo/contratado de las autoridades estatales y locales y personal de instituciones públicas sujeto a control financiero del Estado.	Empleados afiliados a la CNSS
<b>Financiación</b>	Reparto	Reparto	2/3 capitalización, 1/3 reparto	Sistema de puntos
<b>Tipo de cotización</b>	11,89% (1/3 - 2/3)	20% (50 – 50)	18% (2/3 – 1/3)	Tipo variable (entre 6,9% et 23%)
<b>Limite</b>	6000,00 dh/mes	ninguno	13.800,00 dh/mes	Ninguno
<b>Modo de calculo de la pensión</b>	Prestación definida 50% del salario medio mensual de los últimos 8 años mejorado más 1% por año.	2,5% del último año de servicio	2% del salario promedio de la carrera (revalorizado por salarios) por año de servicio.	Tiene dos regímenes: "Al Kamil" y "Al Mounassib", dependiendo de la dimensión de la empresa  Sistema de puntos
<b>Máximo</b>	70% del salario medio	100% del último salario	90% salario medio mejorado	Ninguno
<b>Mínimo</b>	1000 Dh	1000 Dh	1000 Dh	Ninguno
<b>Administración</b>	Ministerio de Empleo y Asuntos Sociales. Consejo de administración	Ministerio de Finanzas. Consejo de Administración	CNRA, un organismo público gestionado por CDG. Comité ejecutivo	Consejo de Administración
<b>Marco jurídico</b>	Institución pública con personalidad jurídica y autonomía financiera	Institución pública	Institución pública con personalidad jurídica y autonomía financiera	Asociación de empresarios privada

Fuente: Elaboración propia.

El sistema de pensiones marroquí tal como está reflejado en esta tabla se basa casi exclusivamente en un único pilar de financiación, por reparto.

Los trabajadores no asalariados, es decir, los comerciantes, los artesanos, los agricultores y los pescadores, así como los trabajadores autónomos, no podían unirse a ningún plan. Tampoco existe un pilar de solidaridad no contributivo.

El sistema cubre solo el 16% de la población mayor de 60 años y el 18% de la población activa<sup>47</sup>.

Y las reglas y los parámetros para calcular las pensiones difieren según el plan. Aunque se habían propuesto varios proyectos de reforma a lo largo de los últimos años, como habíamos explicado antes, el deterioro financiero de esos planes no se ha detenido.

## **V. LA ACTUALIDAD DE LAS PENSIONES EN MARRUECOS**

En julio de 2013 el Tribunal de Cuentas marroquí publicó un informe<sup>48</sup>, en el cual desarrolla sus propuestas para mejorar la sostenibilidad del sistema de pensiones. En este informe, constató la débil tasa de cobertura de los activos, ya que sólo el 33 % (3,4 millones de personas) de la población activa se beneficia de una cobertura de jubilación.

El informe estipuló que el sistema de pensiones será deficitario a partir de 2014 para la CMR y en 2022 para la RCAR (destinados a los funcionarios del sector público) y en 2021 para la CNSS (que es un sistema para los empleados del sector privado). El tribunal de cuentas propuso establecer dos polos de pensiones (uno público y otro privado).

Entre sus propuestas, el Tribunal de Cuentas recomendó una reforma “paramétrica” para reanimar esos fondos y prologar su viabilidad, y disminuir la deuda de los regímenes más vulnerables, como el CMR con el aumento de la edad de jubilación hasta 65 años en lugar de 60.

A raíz de este informe y del notorio deterioro del sistema público de pensiones marroquí se estableció una nueva reforma en 2017, que aumenta las bases de cotización y la edad de jubilación.

Se ha revisado al alza la contribución del Estado y de los trabajadores, y se calculará la pensión de un trabajador en función del salario medio percibido en los últimos ocho años de servicio.

El Gobierno decidió poner en marcha la polémica reforma del sistema de pensiones ante la seria amenaza del fin definitivo de sus reservas en 2022.

Esta reforma ha sido aplazada por anteriores gobiernos por ser una medida socialmente complicada, el entonces Jefe de gobierno BENKIRÁN la calificó como “una opción

---

<sup>47</sup> Taux calculés à partir des données du Haut Commissariat au Plan et des données des caisses de retraite.

<sup>48</sup>Rapport sur le Système de retraite au Maroc : Diagnostic et propositions de réformes, Cour des comptes le 15 juillet 2013, disponible en [http://www.courdescomptes.ma/upload/Module\\_20/File\\_20\\_73.pdf](http://www.courdescomptes.ma/upload/Module_20/File_20_73.pdf) (consultado el 30 de mayo de 2018).

difícil pero que no admite ningún retraso”. Esta reforma contó con la feroz oposición de los cuatro principales sindicatos más representativos en el país, la Unión Marroquí del Trabajo (UMT), la Confederación Democrática del Trabajo (CDT), la Unión General de Trabajadores de Marruecos (UGTM) y la Federación Democrática del Trabajo (FDM), que habían convocado una huelga general el 24 de febrero de 2016, y una marcha en la capital, Rabat, en diciembre del mismo año para demostrar el descontento con la reforma anunciada por el gobierno.

Esta reforma fue presentada por el gobierno como el primer paso, y tendrá que ser seguida por una segunda reforma más profunda. En el primer paso se trata de introducir una reforma paramétrica urgente sobre las pensiones civiles, que permita ganar diez años adicionales antes del agotamiento de las reservas. Y consiste en:

- Aumento gradual de la edad de jubilación para hombres y mujeres de 60 a 63 años hacia 2022.
- Aumento en las contribuciones de los empleados y del empleador.
- Revisión del método de cálculo de la pensión.
- Extender la cobertura sanitaria para los no asalariados y los trabajadores autónomos.
- Aumento de la pensión mínima.

**1. La edad de jubilación:** La reforma reducirá el ritmo de las jubilaciones. La edad se incrementará gradualmente en un período de seis años, de 60 a 63 años, mediante el retraso de forma progresiva a razón de 6 meses por año hasta el 2019. Los que tuvieron que irse en enero de 2017, han sido retenidos durante seis meses y no pudieron irse hasta junio. Personas afectadas:

- Nacido en 1957 (se jubilará a la edad de 60 y 6 meses).
- 1958 (se jubilará a la edad de 61).
- 1959 (se jubilará a la edad de 61 años y 6 meses).
- 1960 (se retirará a los 62 años).
- 1961 (se jubilará a la edad de 62 años y 6 meses).
- Y las personas nacidas en 1962 se jubilarán a la edad de 63 años.

2. **Las contribuciones:** las contribuciones del Estado y de los asalariados se elevan cada una en 4 puntos. Este aumento se extiende en cuatro años, a razón de 1 punto adicional cada año. Desde la entrada en vigor en 2017, la contribución aumentará del 10% al 11%. Será el 14% el 1 de enero de 2019.
3. **Nuevo cálculo:** Habrá un cambio significativo en el sistema para calcular la pensión del servicio público. Con la nueva ley, será el promedio de los salarios de los últimos ocho años de trabajo real (96 meses) lo que servirá como base para calcular la pensión.

Este cambio se realizará de forma progresiva: en 2017, los últimos dos años; en 2018, últimos cuatro años; en 2019, últimos 6 años; en 2020, últimos 8 años. Los ratios para el cálculo de la pensión de jubilación se revisarán a la baja.

Por lo tanto, la pensión de jubilación se fijará en el 2% en lugar del 2,5% por pensión liquidable para los últimos salarios básicos sujetos a retención de pensión. Esto implica una reducción en el total de las pensiones que recibirán los jubilados, a menos que haya, a cambio, aumentos salariales sustanciales durante su actividad.

4. **Extender la cobertura:** se introduce cobertura de salud para los trabajadores por cuenta propia. Como habíamos señalado en páginas anteriores, los comerciantes, los artesanos, los agricultores y los pescadores, así como los trabajadores autónomos, no pertenecían a ningún plan de jubilación.

Y para disponer de más población activa cotizante, el gobierno prevé integrar en el sistema a estos empleados, que hasta ahora no tenían una jubilación.

La Ley 98-15 sobre el sistema de seguro de salud obligatorio para profesionales, autónomos y trabajadores por cuenta propia dedicados a actividades liberales. Fue publicada en el boletín oficial n°. 6586 del 13 de junio de 2017. Esta ley introduce la cobertura médica para los trabajadores que no tenían ningún tipo de cobertura. Son aproximadamente 11 millones de beneficiarios entre personas aseguradas y personas con derecho, es decir, el 30% de la población. Se delega su gestión a la Caja Nacional de Seguridad Social (CNSS), de manera independiente de la gestión de otros esquemas.

5. **La pensión mínima:** se aumenta gradualmente la pensión mínima de 1,000 a 1,500 DH / mes.

- 1,200 DH desde el mes siguiente a la entrada en vigor.
- 1,350 DH desde el 1 de enero de 2017.

- 1,500 DH desde el 1 de enero de 2018.

A este paquete de reformas le seguirá otra medida a medio plazo, en la que se juntaran las cajas de pensiones en dos grandes polos, uno que administrará el régimen público y otro el privado. Un sistema bipolar con el objetivo de adoptar un sistema unificado a largo plazo.

Las decisiones que hoy se adoptan para aliviar el problema de las pensiones tardan largos periodos de tiempo en dar los resultados positivos esperados. Aunque debemos aclarar que las reformas propuestas, hasta el momento, no son suficientes, dado que las principales causas de este deterioro quedan eclipsados en el debate<sup>49</sup>.

Se deben tener en cuenta varios aspectos para efectuar una reforma “real” de las pensiones en Marruecos, que tenga en cuenta no solo la dimensión paramétrica, el aumento de las contribuciones o de la edad de jubilación, sino también su dimensión estructural.

Esta última está vinculada a la inclusión de la reforma dentro de un contexto económico, social y cultural, reflejando de este modo las barreras existentes entre el campo de la protección social, por una parte, y las relacionadas con los sectores económico, social y económico, por otra parte.

## VI. CONCLUSIONES

El “envejecimiento” de la población en Marruecos contribuye a debilitar los fondos de pensiones, y amenaza su viabilidad.

Sin embargo, la dimensión demográfica no es suficiente para explicar el deterioro de esos fondos. Intervienen otros factores, en particular los vinculados con el mercado de trabajo, y con el sistema de financiación basado en las contribuciones de una pequeña parte de la población activa.

Asimismo, esos sistemas de reparto, heredados de la época del Protectorado, parece no ajustarse al modelo de desarrollo económico y social marroquí, que engloba un sinnúmero de empleos informales.

Esa estructura económica es la mayor limitación frente a la mejora de los sistemas de pensiones. Para que se pueda alcanzar ese objetivo, parece deseable mejorar el empleo en el sector formal con el fin de ampliar la base de financiación y proporcionar cobertura de vejez a mayor parte de la población.

Podemos añadir que el sistema de pensiones actual, le falta transparencia, ya que más del 70% de los trabajadores desconocen cómo se calcula la pensión que van a cobrar y

---

<sup>49</sup>LAGOUTTE, C., LEGSAYER, L., “L’impact du vieillissement de la population sur le système de retraite au Maroc”, *Vieillesse de la Population dans les pays du Sud, Famille, conditions de vie, solidarités publiques et privées... État des lieux et perspectives, Actes du Colloque International de Meknès*, el 17-19 mars 2011.

tampoco se les facilita información sobre los problemas de financiación, sostenibilidad y equidad del sistema.

Y lo más desesperante es que la cobertura no alcanza ni siquiera el 65% de los trabajadores que han cotizado en algún momento durante su vida laboral.

Ante la ausencia de un régimen de solidaridad mínimo para toda la población, el establecimiento de un sistema de “pensiones mínimas” podría ayudar a limitar la pobreza de los ancianos y contribuir al desarrollo económico y social del país.

Frente a este problema, el Estado marroquí hizo varias propuestas de reformas, especialmente paramétricas, que no siempre han sido consensuadas ni han conducido a los logros esperados. Mientras esas reformas no tengan en cuenta el contexto cultural, social, económico, demográfico y político, es muy probable que este sistema de pensiones siempre tendrá debilidades y amenazas de parálisis.



Recibido: 27.03.2018. Aceptado: 14.04.2018

**EL IMPACTO EN LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS DEL SISTEMA DE DEPENDENCIA ESPAÑOL DE LOS COMPLEMENTOS DEDUCIBLES DE ANÁLOGA NATURALEZA Y FINALIDAD**

**THE IMPACT ON THE ECONOMIC BENEFITS OF THE SPANISH DEPENDENCY SYSTEM OF DEDUCTIBLE COMPLEMENTS OF ANALOGUE NATURE AND PURPOSE**

**FERNANDO JIMENO JIMENEZ**

Funcionario público (IMSERSO). España

## RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la relación entre prestaciones económicas derivadas del sistema de dependencia español (cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, vinculada al servicio, asistente personal) y los complementos deducibles de análoga naturaleza y finalidad.

Tras las simulaciones efectuadas, se aprecia la importante merma que sufre la prestación para cuidados familiares, sin contenido económico en determinados supuestos, situación coherente con el carácter excepcional de esta modalidad. De igual modo, la menor influencia en las prestaciones vinculadas al servicio y asistente personal, al ser los importes iniciales más elevados.

**PALABRAS CLAVE:** prestaciones económicas, personas dependientes, prestaciones análoga naturaleza y finalidad

## ABSTRACT

The present paper analyzes the relationship between economic benefits derived from the Spanish dependency system (care of the family environment and support to non-professional carers, linked to the service, personal assistant) and the deductible complements of analogous nature and purpose.

After the simulations carried out, it is possible to appreciate the important reduction suffered by the provision for family care, without content in certain cases, a situation consistent with the exceptional nature of this modality. Similarly, the lower influence on the benefits linked to the service and personal assistant, since the initial amounts are higher.

**KEY WORDS:** economic benefits, dependent people, benefits of analogue nature and purpose.

## **SUMARIO**

### **I. PRESTACIONES DEL SISTEMA DE DEPENDENCIA ESPAÑOL**

#### **A. SERVICIOS PROFESIONALES VERSUS PRESTACIONES ECONÓMICAS**

#### **B. LOS SERVICIOS SON LA PRIORIDAD EN LA DEFINICIÓN DEL PROGRAMA INDIVIDUAL DE ATENCIÓN**

### **II. PRESTACIONES DEDUCIBLES DE ANÁLOGA NATURALEZA Y FINALIDAD**

#### **A. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR PRESTACIONES DE ANÁLOGA NATURALEZA Y FINALIDAD?**

#### **B. CONTENIDO ECONÓMICO DE LA PRESTACIONES ECONÓMICAS DEL SISTEMA DE DEPENDENCIA TRAS LA DEDUCCIÓN DE LAS PRESTACIONES DE ANÁLOGA NATURALEZA Y FINALIDAD**

##### **1. PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA CUIDADOS EN EL ENTORNO FAMILIAR Y APOYO A CUIDADORES NO PROFESIONALES (PECF)**

##### **2. PRESTACIÓN VINCULADA AL SERVICIO Y PARA ASISTENTE PERSONAL**

### **III. CONSECUENCIAS ANTE LA DEDUCCIÓN DE PRESTACIONES DE ANÁLOGA NATURALEZA Y FINALIDAD**

### **IV. CONCLUSIONES**

## **I. PRESTACIONES DEL SISTEMA DE DEPENDENCIA ESPAÑOL**

El sistema de dependencia español, tras la vigencia de ley 39/06, de promoción de la autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia<sup>1</sup> (LAPAD), genera un derecho subjetivo de ciudadanía (artículo 1) que facilita el acceso a un entramado de servicios y prestaciones económicas, gestionadas por las Comunidades Autónomas (CC. AA.) y el IMSERSO<sup>2</sup> (Ceuta y Melilla).

Una vez determinado el grado de dependencia (moderada, severa o gran dependencia) en función del baremo<sup>3</sup>, el artículo 29 de la LAPAD especifica que el servicio público elaborará el programa individual de atención (PIA) donde se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a la situación del beneficiario, con la participación y consulta del interesado o representación, en su caso.

Para dar cumplimiento al contenido del PIA, el legislador ha diseñado un modelo de protección en los artículos 14 y siguientes. Por una parte, establece el mandato de configurar un catálogo de servicios profesionales; por otra, un sistema de prestaciones de naturaleza económica, con tres variantes.

### **A. SERVICIOS PROFESIONALES VERSUS PRESTACIONES ECONÓMICAS**

El catálogo de servicios (artículo 15 LAPAD) se plantea como respuesta pública ante la situación de necesidad del beneficiario, en especial para que mantenga parámetros adecuados de vida autónoma y, en su caso, reciba cuidados formales. Una división tradicional permitiría diferenciar los programas domiciliarios (servicio de ayuda a domicilio, en su doble vertiente de atenciones personales y tareas del hogar, junto al de teleasistencia), respecto del recurso al ingreso residencial, encontrándose en punto intermedio las experiencias de centros diurnos / nocturnos, en fase de evolución temprana. Completan la clasificación anterior los más novedosos dirigidos a la prevención de la situación de dependencia y a la promoción de la autonomía.

Las prestaciones económicas (vinculada al servicio, asistente personal y cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales) responden a una motivación diferente. La vinculada al servicio (artículo 17 LAPAD) se asimila a las atenciones recogidas en el apartado anterior, toda vez que procede cuando no es posible el reconocimiento de un servicio profesional público o concertado, ante la inexistencia de recursos en el catálogo. Esta modalidad protectora permite al usuario acceder al mercado, siempre con entidad previamente acreditada en el marco del sistema de dependencia autonómico, debiendo justificar documentalmente la efectiva ejecución del programa, al menos hasta el límite de la cantidad reconocida. La acreditación se convierte en elemento esencial, al reconocerse esta modalidad únicamente cuando la

---

<sup>1</sup>Ley 39/06, de 14 de diciembre, de 15 de diciembre de 2006, BOE núm. 299.

<sup>2</sup>Las CC. AA. son competentes en el desarrollo del sistema de dependencia en su territorio. El Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) es competente en Ceuta y Melilla. Las dos Ciudades Autónomas no disponen de competencia en materia de servicios sociales, aunque la disposición adicional undécima de la LAPAD posibilita la participación de ambas en el Consejo Territorial del sistema de dependencia.

<sup>3</sup>Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, BOE de 18 de febrero, núm. 42, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia.

empresa prestadora garantiza niveles mínimos de calidad<sup>4</sup> que facilitan su inclusión en la red de centros del sistema de dependencia<sup>5</sup>. Por tanto, es una medida que combina la superación de ciertos estándares con el fomento de la iniciativa privada ante la insuficiencia de recursos públicos.

La prestación de asistente personal (artículo 19 LAPAD) obedece a una finalidad distinta. Su objetivo consiste en favorecer la contratación de persona que apoye al beneficiario en el desarrollo de una vida autónoma, básicamente en el acceso al sistema educativo y la participación en el ámbito laboral. La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (PECF) es disyuntiva a los cuidados profesionales (artículo 18 LAPAD). Se puede establecer en el programa individual de atención (PIA), excepcionalmente, cuando la persona se encuentre atendida por cuidadores no profesionales (entorno familiar), siempre que se produzcan condiciones apropiadas en la convivencia y habitabilidad del inmueble.

Tomando en consideración la naturaleza de las tres prestaciones económicas, la vinculada al servicio puede considerarse una prolongación del catálogo, ante el déficit de recursos públicos. La referida al asistente personal, se encuentra circunscrita al espacio reducido de la confianza, lealtad y cercanía con el beneficiario con finalidad muy concreta, los apoyos en el ámbito laboral y formativo. La PECF es alternativa a la profesionalización, al combinar la permanencia en el hogar con la dispensa de cuidados por miembros de la familia (hasta tercer grado y, en algunos supuestos, persona del entorno).

## **B. LOS SERVICIOS SON LA PRIORIDAD EN LA DEFINICIÓN DEL PROGRAMA INDIVIDUAL DE ATENCIÓN**

¿Establece la LAPAD alguna medida de prevalencia entre programas? La respuesta no admite dudas. En varios apartados del articulado se fija el orden en la asignación de programas. El 14.2 determina la prioridad del catálogo de servicios profesionales, en una apuesta decidida por utilizar la red pública de los servicios sociales propios y concertados. De manera más concluyente, los artículos 14.4 y 18 califican el reconocimiento de la PECF como excepcional.

Tras la experiencia gestora de más de diez años desde la entrada en vigor de la LAPAD, se detecta que la PECF es el programa más reconocido, de conformidad con la información que suministra el IMSERSO<sup>6</sup> (febrero 2018), alcanzando a nivel nacional un tercio (32,34%) respecto de la totalidad de las prestaciones. Con menor presencia, la vinculada al servicio (9,48%) y testimonial<sup>7</sup> la asistencia personal (0,55%). Desde otra

---

<sup>4</sup>Los requisitos mínimos se establecen en la Resolución de 02/12/2008 de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad pública el Acuerdo del Consejo Territorial de 27/11/2008 (BOE del 17), sobre criterios comunes de acreditación de centros y servicios en el marco del sistema de dependencia español.

<sup>5</sup>Jimeno Jiménez, F. (2017). “La acreditación de centros destinados a personas mayores en situación de dependencia: un instrumento al servicio del empleo y la calidad asistencial”. E-Revista Internacional de la Protección Social, Vol. II, nº. 2, 114-127.

<sup>6</sup><http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/estsisaad20180228.pdf>

<sup>7</sup>La prestación económica de asistente personal tiene un elevado desarrollo en el País Vasco (7,46%), desproporcionado respecto al resto del territorio nacional.

perspectiva, el análisis de las atenciones profesionales frente a las familiares, los primeros suponen dos tercios y el restante los cuidados informales en el hogar.

El protagonismo de la PECF ha sido minuciosamente tratado en investigaciones. Algunos autores entienden que es el triunfo de un modelo familiar<sup>8</sup>, otros estiman que contribuye a mantener el nivel de rentas de la unidad de convivencia<sup>9</sup>, especialmente ante las dificultades generadas por el ciclo económico<sup>10</sup>. Sentada la importancia de las prestaciones económicas, de manera especial la referida a la PECF, es el instante de analizar la incidencia de uno de los principales condicionantes para su reconocimiento, la percepción por la persona dependiente de prestaciones de análoga naturaleza y finalidad. Se pretende conocer en qué medida afectan a su contenido económico, así como sus efectos en cada una de las tres modalidades por separado.

## **II. PRESTACIONES DEDUCIBLES DE ANÁLOGA NATURALEZA Y FINALIDAD**

El artículo 31 de la LAPAD precisa que, respecto de las prestaciones económicas del sistema de dependencia, serán deducibles otras de igual naturaleza y finalidad. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 14 del Real Decreto 1051/2013<sup>11</sup>, por el que se regulan las prestaciones del sistema de dependencia. En las siguientes líneas se va a identificar lo que el legislador entiende por prestaciones de idéntica naturaleza y finalidad, para posteriormente analizar la medida en que repercute según categoría.

### **A. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR PRESTACIONES DE ANÁLOGA NATURALEZA Y FINALIDAD?**

El artículo 31 de la LAPAD establece un doble nivel de medida. Por una parte, una cláusula general, al referirse a cualquier prestación de idéntica naturaleza y finalidad prevista en los regímenes públicos de protección social. Por otra, una relación particular de prestaciones, una concreción de la categoría universal:

- Complemento de gran invalidez.
- Complemento de asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con grado de discapacidad igual o superior al 75%.
- Complemento de necesidad de otra persona de la pensión de invalidez no contributiva.
- El subsidio de ayuda a tercera persona derivado de la ley de integración social de los minusválidos<sup>12</sup> (LISMI).

---

<sup>8</sup>Martínez Buján, R. (2014). “Los modelos territoriales de organización social de cuidados a personas mayores en los hogares”. REIS Revista Española de Investigaciones Sociológicas 145, 99-126.

<sup>9</sup>Salido Cortés, O. (2012). “Los ciudadanos españoles ante la crisis”. Laboratorio de Alternativas, Documento Trabajo 178/2012.

<sup>10</sup>Del Pozo Rubio, R. y Escribano Sotos, F. (2012). “Impacto económico del cuidado informal tras la ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”. Revista Española de Salud Pública, 86, 381-392.

<sup>11</sup>Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, de 31 de diciembre de 2013, BOE núm. 313.

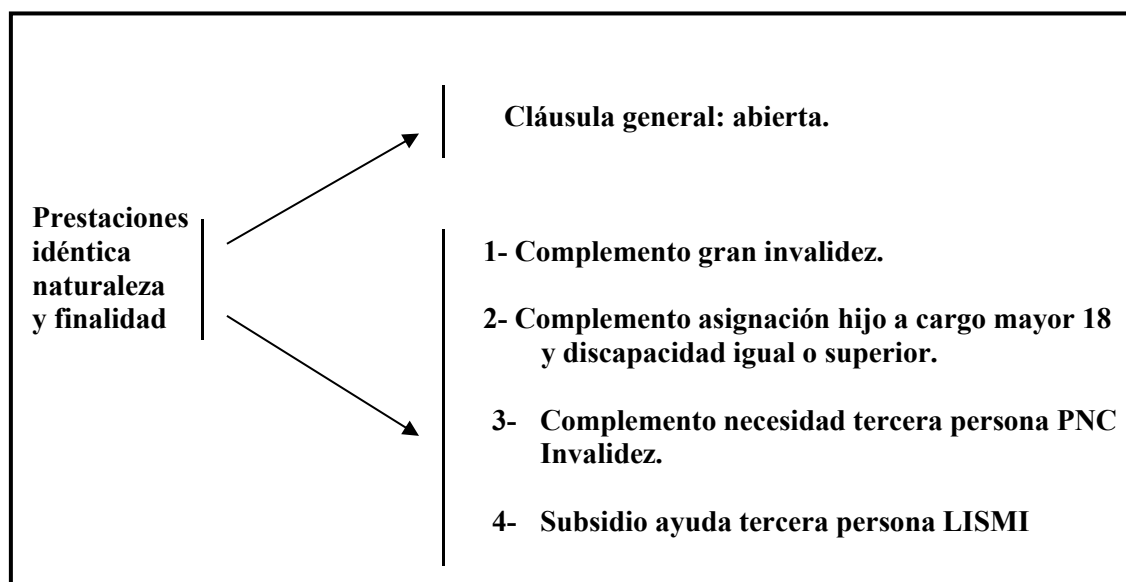
<sup>12</sup> Ley de integración social de minusválidos, ley 13/82, de 7 de abril, BOE núm. 103, de 30 de abril de 1982.

Antes de definir cada una de las posibilidades, es el momento de indicar que el legislador entiende que existe un sistema peculiar preexistente de aportaciones económicas, equiparables en su configuración al generado con motivo del nuevo derecho de ciudadanía que establece la LAPAD. Ya en su exposición de motivos se reflejan las fórmulas utilizadas antes de la entrada en vigor del nuevo sistema. Por una parte, en los ámbitos local, autonómico (Plan concertado de prestaciones básicas de servicios sociales), o estatal (Planes de acción para personas con discapacidad y mayores); por otra, por medio de la Seguridad Social, tal como se comprobará posteriormente.

La regla general que establece el artículo 31 de la LAPAD puede interpretarse en una doble dimensión, la propia de una disposición de cobertura amplia ante posibles incorporaciones de conceptos retributivos futuros en materia de cuidados, a la par que una remisión a prestaciones que puedan reconocerse en los ámbitos autonómicos y, en su caso, local. En sentido debe tomarse el contenido fijado en el mencionado artículo, al remitirse a “otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social”. El objetivo es evitar la duplicidad o superposición de conceptos.

En el estudio de cada prestación, el complemento de gran invalidez incrementa la cuantía para que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda, de conformidad con el artículo 139.4 de la ley General de la Seguridad Social<sup>13</sup> (LGSS). Su determinación económica es el sumatorio del 45% de la base mínima de cotización vigente (momento del hecho causante) y el 30% de la última base de cotización referida a la contingencia de la que derive. En todo caso, el complemento no podrá ser inferior al 45% de la pensión reconocida (sin el complemento).

**Cuadro 1: Prestaciones análoga naturaleza y finalidad**



**Elaboración en función del artículo 31 LAPAD.**

<sup>13</sup> Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994.

El artículo 182.2.bis, letra c) de la LGSS establece la prestación económica de hijo a cargo, cuando sea mayor de 18 años, con grado de discapacidad igual o superior al 75% y presente pérdidas anatómicas o funcionales que ocasionen o precisen la necesidad del concurso de tercera persona para realizar actos esenciales de la vida diaria (vestirse, desplazarse, comer o análogos). Esta prestación incorpora un complemento de un 50% adicional sobre la básica (persona mayor de 18 años con discapacidad del 65%). Debe matizarse que la necesidad del concurso de tercera persona, de acuerdo 182 ter de la LGSS, lo determinará el Gobierno, por medio de Real Decreto, una remisión al baremo de valoración de la situación de dependencia<sup>14</sup>.

El artículo 145.6 de la LGSS establece el complemento de tercera persona que incrementa en un 50% la cantidad que corresponda en concepto de invalidez derivada de pensión no contributiva, siempre que la persona esté afectada de discapacidad (o enfermedad crónica) igual o superior al 75% y presente reducciones o pérdidas funcionales que requieran el concurso de cuidador en el desempeño de actividades vitales. Por último, el subsidio de ayuda a tercera persona previsto en el artículo 12.2.c) de la LISMI (en relación con el 16) se concedía a aquellas personas discapacitadas, mayores de edad, con pérdidas anatómicas o funcionales que implicasen la necesidad de apoyos en la ejecución de actos esenciales para la vida habitual. Son prestaciones que no se encuentran vigentes, aunque sus titulares mantienen el derecho a su percepción con carácter transitorio.

## **B. CONTENIDO ECONÓMICO DE LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE DEPENDENCIA TRAS LA DEDUCCIÓN DE LAS PRESTACIONES DE ANÁLOGA NATURALEZA Y FINALIDAD**

Antes de analizar la incidencia de las prestaciones de análoga naturaleza y finalidad respecto de cada prestación económica del sistema de dependencia, deben realizar algunas matizaciones.

El artículo 20 de la LAPAD, corresponde al Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Consejo Territorial del sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la determinación de las cuantías. En este sentido, la disposición transitoria décima (apartado 2) del Real Decreto Ley 20/2012<sup>15</sup> establece las cantidades máximas que pueden abonarse para cada modalidad de prestación económica, manteniéndose inalterables desde aquel momento hasta la actualidad.

Los importes máximos se reflejan en la segunda columna de los cuadros 2 (PECF) y 3 (vinculada y asistente personal), diferenciados en función del grado de situación de dependencia del beneficiario (grados III, II y I, respectivamente se corresponden con la gran dependencia, la severa o moderada).

La prestación vinculada al servicio y la referida a asistente personal se estudian conjuntamente por estar fundamentadas en el mismo importe.

---

<sup>14</sup>Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2011.

<sup>15</sup>Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, BOE núm. 168, de 14 de julio de 2012, sobre medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad.



## **1. PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA CUIDADOS EN EL ENTORNO FAMILIAR Y APOYO A CUIDADORES NO PROFESIONALES (PECF)**

La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales se articula en torno a cuatro elementos, la vivienda, la figura del cuidador, su relación con la persona dependiente y los cuidados prestados. Sus circunstancias se encuentran definidas básicamente en el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema de Dependencia de 25/01/2010<sup>16</sup>, criterios que deben ser desarrollados por las Comunidades Autónomas y el IMSERSO en su ámbito territorial, recogidas posteriormente en el Real Decreto 1051/2013, regulador de las prestaciones del sistema de dependencia.

La vivienda debe ser habitable (artículo 14.4 de la LAPAD) y permitir el acceso en la realización de controles y seguimientos. El cuidador debe tener capacidad física, mental e intelectual adecuada para efectuar las atenciones (se excluyen las personas dependientes, salvo que dispongan de apoyos complementarios), prestar cuidados con suficiente entidad, participar en acciones formativas que promuevan los Servicios Sociales y asumir compromiso de actuaciones responsables y prolongadas, al menos un año, salvo los supuestos de rotación familiar (tres meses al menos). Los cuidados vendrán prestándose con anterioridad (desde un año antes de la presentación de la solicitud, según artículo 12.2 del Real Decreto 1051/2013), sin que sea posible reconocer la PECF tras un servicio anterior (salida de centro residencial y solicitar la PECF, salvo supuesto de no superación del periodo de prueba ante problemas de adaptación o alteración convivencial). Por último, en la relación entre cuidador y persona en situación de dependencia, debe estar basada en condiciones adecuadas de convivencia (artículo 14.4 de la LAPAD), mediar parentesco hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad<sup>17</sup> y convivencia en el mismo domicilio (artículo 12.2 del Real Decreto 1051/2013), salvo que se permita excepcionalmente a una persona del entorno<sup>18</sup>.

El importe máximo de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, una vez reunidos los requisitos específicos, se encuentra sometido a determinados límites antes de aplicar las deducciones de análoga naturaleza y finalidad:

- Se tendrá en cuenta la capacidad económica personal.
- La intensidad de los cuidados efectivamente prestados por el entorno familiar.

La capacidad económica personal, fundada en el artículo 14.7 de la LAPAD, debe considerar tanto la renta como el patrimonio, en este último caso, tomando como referencia la edad del beneficiario y el tipo de servicio. Para su concreción se realiza

---

<sup>16</sup>Resolución de 04/02/2010, publicada en el BOE del 12 de marzo, núm. 62, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, dando publicidad al Acuerdo de 25/01/2010, sobre mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

<sup>17</sup>Se equiparan normativamente las parejas de hecho, tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento (artículo 12.2 del Real Decreto 1051/2013).

<sup>18</sup>En el supuesto de entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención (artículo 12.3 del Real Decreto 1051/2013).

remisión a un futuro acuerdo del Consejo Territorial, cristalizado con fecha 10 de julio de 2012<sup>19</sup>.

En lo que respecta a la intensidad de los cuidados efectivamente prestados por la familia, no afectaría al importe máximo si la intensidad es completa. En este sentido, el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) para el territorio de su gestión directa (Ceuta y Melilla), establece en el artículo 17.5 de la Orden TAS 2455/2007<sup>20</sup>, normativa de desarrollo del sistema de dependencia en ambas ciudades, la distinción entre dedicación completa (con 160 horas o más al mes), media (entre 80 y 159 horas) y la parcial (menos de 80 horas). En el supuesto de parcialidad, se reduce proporcionalmente el importe.

En el cuadro 2 se exponen las simulaciones de la PECF, con y sin deducciones. A los efectos de ilustración no se aplican descuentos en función de la capacidad económica personal, ni minoraciones derivadas de la intensidad de cuidados efectuada por la familia (se entienden efectuados a jornada completa).

**Cuadro 2. Simulación importes<sup>21</sup> en PECF tras descuentos prestaciones de análoga naturaleza y finalidad**

GRADOS	Importe máximo PECF <sup>22</sup> (sin descuentos)	Gran invalidez <sup>23</sup>	Complemento hijo a cargo	Complemento PNC invalidez <sup>24</sup>	Subsidio tercera persona LISMI
III	387,64	-	202,64	171,86	319,45
II	268,79	-	83,79	83,79	200,60
I	153,00	-	-	-	84,81

**Elaboración en base a datos enero 2018**

Una vez descontados del importe máximo los porcentajes en función de la capacidad económica personal y dedicación o intensidad en materia de cuidados, si procede, es el

<sup>19</sup>Resolución de 13 de julio de 2012, publicada en el BOE del 3 de agosto de 2012, núm. 185, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo de 10/07/2012 del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia sobre mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia. En el apartado tercero (9.2) se fijan los criterios de participación en el coste del servicio que deben ser desarrollados por las autonomías. Para la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales se aplica la fórmula,

$$CPE = (1,33 \times Cmax) - (0,44 \times CEB \times Cmax) / IPREM$$

Donde: CPE: Cuantía de la prestación económica. Cmax: Cuantía máxima de la prestación económica. CEB: Capacidad económica del beneficiario.

<sup>20</sup> Orden TAS 2455/2007, de 7 de agosto, publicada en el BOE núm. 191, de 10 de agosto de 2007.

<sup>21</sup>Se reflejan las cantidades correspondientes a la prestación económica para cuidados familiares (PECF), con importes mensuales máximos.

<sup>22</sup>La cuantía reconocida para la PECF es mensual, con doce abonos anuales, sin haberse previsto doble prestación extraordinaria.

<sup>23</sup>La pensión media de gran invalidez en el Sistema de Seguridad Social en enero de 2018 asciende a 1.866,5 €/mes.

<sup>24</sup>En la determinación del complemento de pensión no contributiva de invalidez se ha considerado el cómputo anual y dividido entre doce, dado que tiene un reconocimiento de catorce mensualidades anuales. Se toma esa decisión debido a que la PECF está referida a doce abonos anuales.

momento de aplicar la minoración de las prestaciones de análoga naturaleza y finalidad. A los efectos de esta exposición, se parte de la base de no haber sufrido el importe máximo descuento alguno en concepto de capacidad económica o intensidad de cuidados, tal como se expone en las simulaciones efectuadas en el cuadro 2.

Tal como se aprecia, la deducción de prestaciones de análoga naturaleza y finalidad condiciona el contenido de la PECF, en unos supuestos más que en otros. Así, la percepción de un complemento de gran invalidez deja vacía de contenido la PECF en cualquiera de sus grados, toda vez que su importe medio es muy superior al máximo previsto por el sistema de dependencia.

El complemento por hijo a cargo limita la PECF en el grado III, de manera sustancial en el grado II y deja sin aportación económica al dependiente moderado (I). De manera similar actúa el complemento de pensión no contributiva de invalidez. Resulta interesante indicar que el grueso de personas afectadas por complementos deducibles pertenece a estos dos colectivos.

Los perceptores del subsidio de tercera persona derivado de LISMI, dado su menor importe, sufren una menor reducción, con un impacto de baja incidencia respecto a los anteriores. No obstante, son escasos los beneficiarios que continúan disfrutando de los subsidios LISMI, dada la transitoriedad por extinción, y las mejores perspectivas que ofrece el sistema no contributivo.

## **2. PRESTACIÓN VINCULADA AL SERVICIO Y PARA ASISTENTE PERSONAL**

Como primera reflexión, indicar que los importes establecidos para la prestación vinculada y de asistente personal son más elevados (segunda columna del cuadro 3). Dos razonamientos pueden justificar la diferencia económica de estas dos modalidades respecto de la correspondiente a cuidados en el entorno familiar. Por un lado, el carácter excepcional de la PECF; por otro, el mayor coste económico tanto de los servicios que debe contratar el beneficiario en el mercado, como los derivados de la relación jurídica con el asistente. Antes de comprobar la repercusión de los complementos de análoga naturaleza y finalidad, el importe inicial puede quedar minorado de acuerdo con la capacidad económica del beneficiario y el coste del servicio<sup>25</sup>. Del mismo modo que para la PECF, se procesa cada descuento sobre el importe absoluto, sin minoración por capacidad económica.

Tras el análisis de las deducciones efectuadas en el cuadro 3, se puede comprobar la notable incidencia de las deducciones sobre el importe a percibir. En el estudio concreto, el complemento de gran invalidez deja sin contenido económico ambas prestaciones en los grados II y I, con una cantidad mínima al III en la mejor de las hipótesis. Los complementos de asignación por hijo a cargo y los de tercera persona en las PNC de invalidez limitan las posibilidades para los grados II y I. La influencia es menor para el supuesto de subsidios LISMI.

---

<sup>25</sup>Apartado tercero (9) de la Resolución de 13 de julio de 2012, publicada en el BOE del 3 de agosto de 2012, citada anteriormente.

**Cuadro 3. Simulación importes<sup>26</sup> en prestación vinculada y asistente personal tras descuentos prestaciones de análoga naturaleza y finalidad**

GRADOS	Importe <sup>27</sup> máximo (sin descuentos)	Gran invalidez	Complemento hijo a cargo	Complemento PNC invalidez	Subsidio tercera persona LISMI
III	715,07	¿? <sup>28</sup>	530,07	499,29	646,88
II	426,12	-	241,12	210,34	357,93
I	300,00	-	115,00	84,22	231,81

Elaboración en base a datos enero 2018

### III. CONSECUENCIAS ANTE LA DEDUCCIÓN DE PRESTACIONES DE ANÁLOGA NATURALEZA Y FINALIDAD

Una vez expuestos los resultados, es el momento de efectuar algunas consideraciones sobre la relación existente entre complementos deducibles y prestaciones económicas del sistema de dependencia.

Comenzando por la prestación económica para cuidados familiares y apoyo a cuidadores no profesionales, se comprueba la merma económica importante tras aplicar las deducciones, consecuencia lógica ante una situación de incompatibilidad derivada de la presencia de dos conceptos que persiguen el mismo objetivo, la compensación económica ante cuidados. Sin embargo, la deducción desempeña una importante función como es hacer escasamente atractiva esta prestación (PECF), de naturaleza excepcional. Este planteamiento coincide con el objetivo prioritario del legislador, promover como primera opción la atención profesional por medio del catálogo de servicios, de conformidad con el artículo 14.2 de la LAPAD.

¿Qué atractivo presenta la percepción de la PECF en los supuestos de importes minorados? Esta reflexión ha perdido contenido tras la reforma efectuada por el Real Decreto 20/2012, necesitando una perspectiva temporal de estudio. Hasta la aprobación del Real Decreto Ley 20/2012, los cuidadores no profesionales quedaban incluidos obligatoriamente en el Régimen General de la Seguridad Social mediante la suscripción de convenio especial (base de cotización mensual fijada en el tope mínimo del Régimen General), al amparo del Real Decreto 615/2007<sup>29</sup>, abonándose las cotizaciones en virtud

<sup>26</sup>Se reflejan las cantidades correspondientes a la prestación vinculada al servicio y de asistente personal, con importes mensuales máximos. Si aplicáramos la capacidad económica personal antes de la deducción de complementos de análoga naturaleza y finalidad (Acuerdo de 10/07/2012 del Consejo Territorial), habría que utilizar las fórmulas que se reflejan a continuación, la misma para ambas modalidades:

$$CPE = IR + CM - CEB$$

Donde: CPE: Cuantía de la prestación económica. IR: Coste del servicio. CM: Cantidad para gastos personales de la persona beneficiaria para cada tipo de servicio, referenciada, en su caso, al 19% del IPREM mensual. CEB: Capacidad económica de la persona beneficiaria.

<sup>27</sup>La cuantía reconocida en ambas prestaciones económicas es mensual, con doce abonos anuales, sin haberse previsto doble prestación extraordinaria.

<sup>28</sup>Tomando en cuenta la pensión media de gran invalidez del Sistema de Seguridad Social, habría que estudiar el importe del complemento en cada caso concreto, ya que en las pensiones de gran invalidez inferior a la media podría percibirse, después del descuento, una pequeña cantidad.

<sup>29</sup>Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, BOE de 12 de mayo, núm. 114, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de personas en situación de dependencia.

de convenio entre la Administración General del Estado y la Tesorería General de la Seguridad Social. La acción protectora incluía las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia (accidente, sea cual fuere su carácter, y enfermedad, con independencia de la naturaleza). Sin embargo, tras la aprobación del Real Decreto Ley 20/2012, su disposición adicional octava establece que el convenio especial será a partir de ese momento de naturaleza voluntaria, siendo a cargo del cuidador no profesional, en tanto que suscriptor, el abono de las cuotas. Siendo voluntario y a su cargo el abono de cotizaciones del convenio especial, el único beneficio del cuidador no profesional a partir del 15 de julio de 2012 es el acceso a programas de formación, en los que deberá participar siempre que sean compatibles con los cuidados que realiza a la persona en situación de dependencia (artículo 12.4.d. del Real Decreto 1051/2013).

Las consecuencias sobre las prestaciones vinculadas al servicio y de asistente personal recaen sobremanera en el supuesto de reconocimiento de gran invalidez, ya que los grados I, II y en numerosos supuestos del III no tendrían importe económico. De todos modos, para la primera modalidad (vinculada) es una situación transitoria, dado que se encontraría en lista de espera de un servicio del catálogo, propio o concertado. Para los restantes complementos, supone una minoración importante, aunque de menor intensidad que en la PECF. Producido el descuento, salvo para los supuestos de gran invalidez y dependientes moderados con complementos por hijo a cargo o de tercera persona en la PNC de invalidez<sup>30</sup>, el beneficiario decide entre alternativas. Bien percibe el complemento y se deduce, bien no lo devenga y no minora.

#### **IV. CONCLUSIONES**

El importe final de las prestaciones económicas derivadas del sistema de dependencia español resulta afectado tras aplicar complementos deducibles de idéntica naturaleza y finalidad. El impacto fluctúa en función de cada modalidad.

La misión de los complementos de tercera persona está dirigida a desincentivar la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (PECF), favoreciendo el reconocimiento de una atención profesional incardinada en el catálogo de servicios, tal como demanda el artículo 14.2 de la ley de dependencia. La PECF queda no solo limitada en su importe, sino sin contenido económico cuando afecta a pensionistas de gran invalidez y en los supuestos de dependientes moderados con complementos por hijo a cargo o de tercera persona en la PNC de invalidez.

La reducción no afecta con la misma intensidad a las prestaciones económicas vinculada al servicio y de asistente personal, salvo el supuesto de la gran invalidez (sin contenido monetario para los grados I, II y la mayoría de los supuestos del III). La justificación está basada en la mayor cuantía inicial y su enfoque final como recurso de naturaleza formal.

---

<sup>30</sup>El supuesto de la gran invalidez, por regla general, los importes son superiores a las prestaciones del sistema de dependencia. Los dependientes moderados con complementos por hijo a cargo o de tercera persona en la PNC de invalidez, respecto de la PECF, tienen mayor calado económico.

Recibido: 03.05.2018. Aceptado: 29.05.2018.

## **LA FORMULAZIONE DEL PILASTRO EUROPEO: QUALI EFFETTI SUI DIRITTI SOCIALI?**

### **THE FORMULATION OF THE EUROPEAN PILLAR. WHAT EFFECTS ON SOCIAL RIGHTS?**

**CATERINA BUCCHERI**

Dottoranda dell'Istituto di Migrazioni  
Università di Granata.

## RIASSUNTO

La garanzia dei diritti sociali e delle libertà fondamentali sono oggi una delle attività principali dell'U.E. Solo negli anni '90 la Comunità Economica Europea ha iniziato a trasformarsi in Unione Europea, estendendo la sfera delle proprie attività dal campo economico a quello politico-sociale e l'ultima fase è stata la proclamazione del Pilastro Europeo dei Diritti Sociali.

Il pilastro non è legalmente vincolante, non implica automaticamente che i principi e i diritti contenuti in esso siano garantiti, considerando che la politica monetaria dell'Unione e la frattura delle diverse politiche nazionali dividono l'Europa. Per cambiare questo contesto si rende necessaria la conformazione in senso federale dell'istituzione europea. Tale istituzione dovrebbe avere personalità politica capace di aggregare e cambiare la politica monetaria, rivedendo la rigidità del Fiscal Compact, poiché ad oggi non tiene conto delle variabili economiche e sociali che l'Europa sta vivendo. Il successivo passo è l'introduzione di una politica sociale e di integrazione gestita direttamente dall'entità centrale, capace di unire, introducendo la solidarietà transnazionale, che sicuramente incentiverebbe la crescita di questo modello politico inclusivo.

**PAROLE CHIAVE:** Unione Europea. Diritti sociali. Pilastro sociale. Realizzazione. Impegno politico.

## ABSTRACT

The guarantee of social rights and fundamental freedoms are today one of the main activities of the E.U. Only in the 1990s did the European Economic Community begin to transform itself into the European Union, extending the sphere of its activities from the economic to the political and social fields. The last phase was the proclamation of the European Pillar of Social Rights.

The pillar is not legally binding; it does not automatically imply that the principles and rights contained are guaranteed, considering the monetary policy of the Union and the breakdown of the policies that divide Europe. To counter this path, it is necessary to conform the federal institution of a European institution that has a political personality capable of aggregating and changing monetary policy, revising the rigidity of the Fiscal Compact, as it does not take into account the economic and social variables that Europe is living. The next step is the introduction of a social and integration policy managed directly by the central entity, which manages to aggregate by introducing transnational solidarity, which would certainly encourage the growth of this inclusive political model.

**KEYWORDS:** European Union. Social rights. Social Pillar. Realization. Political Endeavor.

---

Questa comunicazione è stata presentata al Seminario Dottorale di Investigazione "*Pilar Europeo de derechos sociales, trabajo y migraciones: nuevos retos*" tenutosi il 4 e 5 aprile 2018 nell'ambito del Programma di Dottorato in Studi Migratori dell'Università di Granata.

## **SOMMARIO**

### **I. INTRODUZIONE**

### **II. DIRITTI SOCIALI: L'ARTICOLATO PERCORSO DELL'UNIONE EUROPEA**

### **III. INCIDENZA DEL PILASTRO NELLE POLITICHE SOCIALI DELL'UNIONE EUROPEA**

### **IV. LA COMPLESSITÀ DEI SISTEMI WELFARE NAZIONALI NELL'ATTUAZIONE DEL PILASTRO EUROPEO**

### **V. CONCLUSIONI**



## **I. INTRODUZIONE**

Il “modello sociale europeo” si fonda su un principio di natura generalista poiché ogni Stato membro adotta uno specifico prototipo di politiche sociali per rispondere alle esigenze dei propri cittadini, da cui deriva che la tutela dei medesimi diritti sociali avviene mediante forme legislative differenti. Va considerato che l’attuazione dello stato sociale richiede notevoli costi per la sua applicazione, pertanto l’uniformazione delle politiche sociali in Europa è un obiettivo difficilmente attuabile.

Il rispetto dei restrittivi parametri della Politica Monetaria Europea non ha consentito di rimuovere le disuguaglianze nell’area UE, sarebbe quindi necessario adottare un modello sociale uniforme per tutele e garanzie in tutti gli Stati membri.

Con la proclamazione del Pilastro europeo dei Diritti Sociali del 2015 la U.E. ha voluto assegnare agli stati membri una guida per migliorare le condizioni di vita dei cittadini. Da questo documento, però, non si evidenzia nulla per quanto attiene ai progetti relativi all’immigrazione ed ai processi di integrazione, che invece erano previsti dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell’UE del 2001.

Tale lacuna rappresenta una discriminazione, considerato che sono state abbandonate le strategie di ammissione ed integrazione, la cui attuazione è lasciata ai singoli Stati membri, evidenziando i limiti politici della UE; la conseguenza è stata una mancanza di garanzia dei diritti, che se anche enunciati con standard comunitari, sono risultati limitati e non possono rappresentare un riferimento per un auspicato modello generale da applicare nell’Unione.

Nell’ambito dei paesi membri si osservano quattro tipi diversi di modello di stato sociale, da distinguere tra quelli applicati negli Stati meridionali, in quelli anglosassoni, negli Stati del nord e negli Stati continentali, che saranno successivamente approfonditi. Soltanto una trasformazione politica in senso federale dell’U.E. potrà realmente eliminare le disuguaglianze sociali con una politica di sostegno economico all’esercizio dei diritti sociali, avocando a se le risorse e la distribuzione delle stesse al fine di ottenerne una effettiva fruibilità.

Dopo la crisi economica del 2008 gli Stati membri, soprattutto quelli con maggior debito nazionale, hanno diminuito le risorse destinate allo stato sociale, e siccome la materia economica è sovranazionale, con l’imposizione del rispetto dei parametri monetari, nei singoli stati le fasce deboli, tra cui gli immigrati stranieri, hanno visto progressivamente diminuire le loro garanzie sociali, dimostrando che la sola unione monetaria è insufficiente a fronteggiare il divario sociale oggi presente nell’area UE. Difatti, nei singoli Stati membri, la capacità economica del welfare, è l’unico parametro che rende concreto ed efficace il godimento dei diritti sociali.

## **II. DIRITTI SOCIALI: L’ARTICOLATO PERCORSO DELL’UNIONE EUROPEA**

La tutela dei diritti umani e le libertà essenziali rappresentano oggi una delle attività più importanti dell’Unione Europea che in questo campo è recente, poiché solo negli anni

Novanta la Comunità Economica Europea ha iniziato a trasformarsi in Unione Europea, estendendo la sfera delle sue attività dal campo economico a quello politico-sociale. I Trattati Europei si limitavano ad affermare che i diritti delle persone dovevano essere tenuti in considerazione dall'Unione, nell'elaborazione delle proprie politiche, come principi guida ma senza l'efficacia giuridica di una norma<sup>1</sup>.

L'evoluzione dei diritti sociali in ambito UE ha subito un percorso lungo e tortuoso. Con l'istituzione della C.E.E. nel 1957, l'art. 117 stabiliva che le politiche sociali erano di esclusiva competenza degli Stati membri e con l'art. 118 si attribuiva alla Commissione soltanto una facoltà limitata al coordinamento della collaborazione tra gli stessi in materia di diritti sociali.

Col Trattato di Parigi del 1951, con l'istituzione della C.E.C.A. (Comunità Europea del Carbone e Acciaio) ne fu costituita la Corte di Giustizia che con il Trattato di Roma del 1957 divenne la Corte di Giustizia delle Comunità Europee (C.G.C.E.).

Tale organismo, con la propria giurisprudenza è stato il primo passo della U.E. per contribuire e consolidare i diritti sociali nel quadro normativo europeo, rendendo tali principi generali idonei a far parte dell'ordinamento europeo. Col Trattato di Roma, successivamente modificato con l'Atto Unico Europeo del 1987, si enunciano espressamente alcune competenze comunitarie in materia di diritti sociali. Tra gli altri, vengono dichiarati i principi per la libera circolazione dei lavoratori e della parità salariale tra uomo e donna.

La protezione dei diritti sociali in ambito U.E. venne sancita nel 1989 nel Consiglio europeo di Strasburgo, con l'adozione della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, che comunque lasciava agli Stati membri la competenza di attuarli. Si trattava, quindi, di un atto pragmatico che ne dettava i principi.

Le competenze del settore sociale vengono ampliate con l'introduzione del Trattato di Maastricht nel 1992, dove viene sancito il perseguimento dell'occupazione e della protezione sociale, il miglioramento della qualità della vita, la coesione economica-sociale e la solidarietà tra gli stati membri.

Nel 1997 il trattato di Amsterdam riconosce costituzionalmente i diritti sociali quale criterio direttivo della politica sociale della UE.

Nel 2000 viene votata dal Consiglio Europeo di Nizza la Carta dei Diritti Fondamentali dell'U.E, un documento che elenca con precisione l'insieme dei diritti di cui cittadini e residenti dell'Unione sono beneficiari.

Ma la svolta rilevante si ha nel 2007, quando con l'adozione del trattato di Lisbona, la Carta cessa di essere una mera dichiarazione di principi, ed assume valore giuridico vincolante. Quest'ultima esprime le libertà e i diritti nei quali l'Unione riconosce il proprio patrimonio giuridico ed è attinente alla dignità, alla libertà, all'uguaglianza, alla

---

<sup>1</sup>Gradilone, S, "L'attenzione in merito alla tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali nell'Unione Europea", 2017. Recuperato nell'aprile 2018 dal sito:  
<https://www.balcanicaucaaso.org/aree/Europa/Unione-europea-una-questione-di-diritti-177090>.

solidarietà, alla cittadinanza e alla giustizia, il cui rispetto è già tutelato dai principi costituzionali comuni agli stati membri e dalla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali<sup>2</sup>.

Un altro passo è compiuto il 17 novembre 2017, in occasione del vertice sociale europeo di Göteborg, quando viene proclamato ufficialmente il Pilastro Europeo dei Diritti Sociali (European Pillar of Social Rights), dichiarato nell'anno 2015 dal Presidente Juncker nel discorso sullo Stato dell'Unione.

Secondo la Unione Europea il Pilastro tiene conto delle trasformazioni in atto nel mondo dell'occupazione e rappresenterà la guida per un rinnovato processo di convergenza verso migliori condizioni di lavoro e di vita tra gli Stati membri, attraverso un equo e buon funzionamento dei mercati del lavoro e dei sistemi di welfare<sup>3</sup>(3).

Il Pilastro europeo mira a rendere più efficaci i diritti per i cittadini e si basa su 20 principi chiave, strutturati in tre categorie quali le pari opportunità e accesso al mercato del lavoro, condizioni di lavoro eque e protezione sociale e inclusione.

E' sostenuto da un quadro di valutazione di indicatori chiave e serve da riferimento per monitorare il "progresso sociale", con cui si intende la capacità di favorire e sostenere il benessere e le opportunità, creando condizioni che consentano alle persone di sviluppare appieno il loro potenziale e di soddisfare le loro necessità di base.; tale strumento di monitoraggio permetterebbe di vagliare i risultati occupazionali e sociali ottenuti dagli Stati membri con la media dell'UE e della zona euro e in alcuni casi anche con quelli di altri attori internazionali e di compierne un'analisi comparativa. L'insieme delle valutazioni verrebbe discusso con i comitati competenti del Consiglio, in vista dell'inserimento nella relazione annuale comune sull'occupazione, pubblicata ogni autunno nell'ambito dei Semestri europei.

La gamma dei temi affrontati è molto ampia in ragione dell'articolazione e della complessità sociale ma anche per la diversità delle condizioni in cui vivono i cittadini della UE I principi danno gli orientamenti per affrontare i nuovi sviluppi nel mondo del lavoro e nella società al fine di realizzare un'economia sociale di mercato competitiva che mira alla piena occupazione e al progresso sociale.

Si tratta di settori per lo più di competenza politica degli Stati membri e di ambito nazionale. Ma all'Unione Europea viene affidato il compito di definire il quadro

---

<sup>2</sup>La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o CEDU è una Convenzione internazionale redatta e adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e integrata e modificata da 14 Protocolli aggiuntivi. La CEDU è considerata il testo centrale in materia di protezione dei diritti fondamentali dell'uomo perché è l'unico dotato di un meccanismo giurisdizionale permanente che consenta a ogni individuo di richiedere la tutela dei diritti ivi garantiti, attraverso il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo.

<sup>3</sup>Pilastro Europeo dei Diritti Sociali: Il Pilastro è stato presentato in due forme giuridiche di identico contenuto: una raccomandazione della Commissione, che ha efficacia a partire da subito, e una proposta di proclamazione congiunta del Parlamento, del Consiglio e della Commissione. Su tali basi la Commissione avvierà le discussioni con il Parlamento Europeo e il Consiglio per assicurare al Pilastro un ampio sostegno politico e l'approvazione ad alto livello.

generale di tali diritti e la direzione da intraprendere per renderli effettivi. La stessa ha inoltre una parte di competenze proprie per agire in modo da dare attuazione ai principi enunciati.

L'idea alla base del Pilastro è quella di creare un quadro di riferimento con indicatori specifici al fine di favorire la convergenza sociale tra gli Stati membri dell'Unione e intervenire, attraverso la creazione di nuovi strumenti, là dove l'integrazione all'interno dell'Unione Economica e Monetaria aveva creato conflitti negativi.

La proclamazione del Pilastro Europeo è un chiaro segnale di svolta nel discorso europeo sui diritti sociali, un'opportunità di cambiamento che, se efficacemente sfruttato, potrebbe innescare dinamiche positive al momento inattese. Rappresenta il primo ed essenziale passo per l'avvio di un'Europa più sociale anche se la sua implementazione richiede l'azione non solo delle istituzioni europee, ma anche dei governi, dei partner sociali degli Stati Membri e delle rispettive amministrazioni federali e regionali<sup>4</sup>.

Obiettivo del Pilastro è dare concretezza alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, considerandolo così strategicamente importante da richiedere una procedura originale e non ordinaria. La Carta migliora il "corpus giuridico" e garantisce alcuni diritti personali, civili, politici, economici e sociali dei cittadini e dei residenti dell'Unione, con particolare riferimento al principio di non discriminazione nelle sue diverse manifestazioni.

Per l'attuazione del P.E.D.S. la Commissione indica l'adozione di un accordo interistituzionale da parte del Parlamento e del Consiglio che costituirebbe un atto solenne diretto a valorizzare, attraverso l'impegno condiviso delle varie istituzioni europee, la sua cruciale natura.

Rimane però il rischio di inconsistenza di tale iniziativa nonché l'incapacità di produrre effetti concreti nel breve-medio periodo, finendo di fatto con l'accendere speranze poi disattese, poiché l'iter legislativo dovrebbe essere sostenuto da tutti gli Stati membri.

I contenuti del Pilastro sono legati all'occupazione e, per come sono formulati rischiano di tradursi in diritti sociali intesi come diritti collettivi, conferiti in base allo stato di occupazione; i diritti sociali sono invece diritti individuali applicabili a tutti, indipendentemente dalla posizione lavorativa.

Il Pilastro è uno strumento per riconoscere e affrontare i cambiamenti in atto a livello sociale, demografico, economico, professionale. Intende creare i presupposti e accompagnare il cammino dei Paesi UE verso una confluenza in tale ambito, così che ogni cittadino dell'Unione abbia eguali diritti, tutele e opportunità. Dopo anni di impegno mirati all'integrazione del mercato unico e della moneta, vuole portare l'attenzione sui cittadini e sulla realtà sociale, auspicando un più stretto coordinamento delle politiche sociali e del lavoro anche attraverso cooperazioni rafforzate tra paesi membri con l'estensione di maggiori tutele.

---

<sup>4</sup>Menéndez-Valdés J., E.U. Social Pillar: "A Potential New Start For Europe. Social Europe". Londra, Gran Bretagna. 2017. Recuperato nell'aprile 2018 dal sito: <https://www.socialeurope.eu/50326->

### III. INCIDENZA DEL PILASTRO NELLE POLITICHE SOCIALI DELL'UNIONE EUROPEA

Il Pilastro europeo presenta delle criticità riguardanti in primis la sua natura giuridica che, come atto di proclamazione, non è idoneo a promuovere una effettiva rifondazione politico-costituzionale dei diritti sociali, considerandoli come strumenti di attivazione sul mercato del lavoro, a scapito della dimensione protettivo- redistributiva.

Al Pilastro, è applicato il sistema del “metodo aperto di coordinamento”, dove i singoli stati sono orientati a raggiungere diversi obiettivi comuni seguendo però strade diverse, con il monitoraggio dell'Unione.

Si tratta di un metodo che prevede un sistema volontario di cooperazione e confronto politico, degli obiettivi comuni da raggiungere e presume la collaborazione della società civile e delle parti sociali.

Un limite rappresentato da questo metodo è la mancanza di integrazione della politica sociale con le altre politiche comunitarie, specialmente con quella monetaria, ad oggi l'unica raggiunta, nella quale la UE può esercitare il controllo e applicare sanzioni a tutti gli Stati membri; in ambito di politiche sociali però, non ha ancora degli strumenti definiti per l'uniformazione e l'applicazione delle stesse, pertanto non può svolgere una funzione di controllo ma solo limitarsi all'osservazione.

Le strutture politiche della UE considerano l'unione economica e monetaria come un progetto sociale avente come finalità la creazione di condizioni favorevoli ad una crescita forte e condivisa per tutti i cittadini appartenenti all'Unione. Ma nella realtà, i costi delle politiche sociali e le restrizioni in materia monetaria continuano a far permanere negli Stati membri una situazione di disparità sociale poiché gli stati meno virtuosi, hanno difficoltà ad estendere i benefici a tutta la popolazione.

Risulta inattuabile una politica sociale comunitaria che possa essere applicata in egual modo a tutti gli Stati membri, tenuti a rispettare i parametri monetari, specialmente se tra questi non tutti hanno uguali condizioni economiche. Sebbene il Pilastro Europeo dei Diritti Sociali debba rappresentare un quadro di riferimento affinché determinati diritti sociali possano essere non solo sanciti ma resi localmente attuabili, non è accompagnato da alcuna direttiva che consenta agli Stati in sofferenza economica di derogare ai patti monetari.

Dare valore al Pilastro rientra tra le priorità politiche delineate dall'UE per costruire un'Unione più inclusiva e più equa, attraverso la lotta contro la povertà, la ricostruzione del capitale umano, la capacità di recupero dagli shock asimmetrici e l'importanza dell'economia sociale. I suddetti obiettivi saranno perseguiti in relazione e nel quadro della revisione di medio termine della Strategia Europa 2020, che dovrebbe portare ad un processo decisionale più inclusivo, basato sul coinvolgimento delle parti sociali, sul coordinamento delle politiche economiche, occupazionali e sociali che va ulteriormente rafforzato in conformità con le procedure esistenti e nel pieno rispetto delle competenze nazionali. Inoltre, considerato il massiccio flusso migratorio nell'area UE, non è ragionevole pensare di attuare i diritti sociali senza considerare l'apporto economico e sociale reso dagli immigrati stranieri extracomunitari.

Infatti, mentre nella Carta era prevista la predisposizione di un progetto in materia di immigrazione che includesse le procedure di ammissione, sottolineando l'adozione di misure di integrazione dei cittadini di paesi terzi, auspicando un quadro comune europeo con principi fondamentali<sup>5</sup>, di questo progetto nel Pilastro non si trova riscontro, a conferma che l'UE non avendo la competenza esclusiva in materia sociale, non riesce a renderne giuridicamente efficaci i diritti. Inoltre, ciò risulta manchevole poiché manifesta una disparità basata sulla condizione amministrativa dello straniero non UE, in quanto a livello nazionale "le norme sull'immigrazione e sul trattamento dello straniero precludono l'accesso al godimento paritario dei diritti, anche di quelli fondamentali"<sup>6</sup>.

Malgrado sia stato riconosciuto il diritto alla migrazione, continuano a persistere barriere che ogni stato membro della UE ha elevato all'esercizio del medesimo diritto. Nell'ottica del controllo dell'immigrazione irregolare infatti, gli Stati attuano un progressivo restringimento dello stesso diritto di emigrare.

L'immigrazione continua a rimanere una questione che gli stati vogliono riservare alla loro azione politica ed alla sovranità nazionale, che rappresenta il limite oltre il quale la UE non riesce a proseguire. Se l'immigrato straniero extracomunitario gode per legge dei diritti in misura inferiore ed è soggetto a doveri più onerosi rispetto ai cittadini comunitari, si continuerà ad avere un grave problema di discriminazione da sanare attraverso la riforma delle disposizioni di legge, oppure per mezzo della giurisdizione costituzionale.

Sebbene con la proclamazione di Göteborg si è tentato di fornire un quadro di riferimento condiviso a livello sovranazionale, si deve auspicare una guida che conduca ad una concreta attuazione del progetto coinvolgendo i Governi degli Stati membri. Per porre in atto il Pilastro è necessario progettare misure concrete e strumenti che lo sorreggano; se ciò non venisse attuato sarebbe disattesa, ancora una volta l'istituzione Europea.

Il Pilastro non contiene espliciti riferimenti ai cittadini stranieri non comunitari, ed infatti il Governo Italiano<sup>7</sup> il 22 dicembre 2017 ha inviato alla Commissione europea un riscontro ufficiale dell'Italia alla consultazione. Nella sua osservazione, il conseguimento degli obiettivi descritti del Pilastro europeo possono essere conseguiti sia mediante l'espansione di adeguate politiche sociali a livello nazionale, sia con la realizzazione partecipata di strumenti ed azioni a livello UE.

---

<sup>5</sup>Chiaromonte, W., *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Torino, Italia. Giappicchelli Editore 2013

<sup>6</sup>Favilli, G., *I diritti dell'immigrato non regolarmente soggiornante*, L'Aquila, Italia: Edizione Il Sirente. 2008, P. 295

<sup>7</sup>Governo italiano: nell'Ordinamento giuridico italiano il Governo esercita il potere esecutivo. Secondo l'art. 92 c. 1 della Costituzione si distinguono tre diversi organi: il presidente del Consiglio dei ministri (primo ministro), i ministri e il Consiglio dei ministri. La formazione del Governo è disciplinata in modo succinto dagli art. 92, c. 2, 93 e 94 della Costituzione e da prassi costituzionali consolidate nel tempo.

Il governo dipende dalla fiducia di entrambi i rami del parlamento ed ha in suo potere la possibilità di emettere decreti legge solo in caso di emergenza.

L'integrazione dei cittadini immigrati stranieri extracomunitari richiede un approccio integrato e sistematico che guardi a tutte le dimensioni della vita, con particolare attenzione alla scuola, al lavoro, alla sanità ed alla previdenza<sup>8</sup>.

Non è previsto un intervento normativo solo da parte delle istituzioni europee, ma un insieme di azioni svolte dagli organismi competenti nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, assicurando così che l'attuazione possa rispettare le differenze nazionali e locali, così marcate all'interno della UE. D'altronde non si tratta di introdurre una legislazione del tutto nuova, ma di integrare quanto già esiste nell'*acquis* comunitario<sup>9</sup> e di renderne effettive o ampliarne le tutele là dove è necessario.

Altro obiettivo del Pilastro è il bilanciamento degli squilibri economici all'interno dell'Unione Economica e Monetaria<sup>10</sup>, esasperate durante la crisi finanziaria del 2008, che si vorrebbe attuare mediante le Politiche del Lavoro, ovvero nel dare una risposta ai divari che si sono venuti a creare tra i paesi aderenti alla moneta unica, a causa dell'imposizione di regole comuni.

I parametri di Maastricht rappresentano un modello di sviluppo economico differente tra i paesi del Nord dell'UE maggiormente favoriti dai criteri dell'UEM e quelli del Sud più svantaggiati, a causa degli squilibri di bilancio che devono fronteggiare, che si aggravano maggiormente quando si trovano a fronteggiare, come singolo Stato, emergenze di natura umanitaria.

---

<sup>8</sup>Governo Italiano, 2017. Recuperato nel april 2018 de: <http://www.governo.it /approfondimenti /2017/12/pilastro-europeo-dei-diritti-sociali-alla-camera-lesame-del-testo/>.

<sup>9</sup>L'*acquis* di Schengen è un insieme di norme e disposizioni, integrate nel diritto dell'Unione europea, volte a favorire la libera circolazione dei cittadini all'interno del cosiddetto Spazio Schengen, regolando i rapporti tra gli Stati che hanno siglato la Convenzione di Schengen. Il complesso di norme, dette anche accordi di Schengen, prende il nome dalla cittadina di Schengen, in Lussemburgo. L'*acquis* di Schengen comprende l'Accordo di Schengen, firmato il 14 giugno 1985 dagli Stati del Benelux, dalla Germania e dalla Francia, la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, firmata il 19 giugno 1990, gli accordi di adesione alla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen da parte di Italia, Spagna, Portogallo, Grecia, Austria, Danimarca, Finlandia e Svezia.

I nuovi paesi membri UE dal 2004 e dal 2007 sono obbligati a entrare nello spazio Schengen, ma per quattro di essi l'accordo non è ancora entrato in vigore: gli altri paesi UE hanno ottenuto un periodo transitorio prima di avviare la libera circolazione delle persone, inoltre i nuovi paesi membri devono dotarsi di tutte le infrastrutture adeguate a implementare il sistema di informazione Schengen.

<sup>10</sup>L'Unione economica e monetaria (U.E.M) dell'Unione europea è stata sancita con il Trattato di Maastricht, che, attraverso tre successive fasi, concluse un lungo processo di diplomazia il cui esito è più notoriamente rappresentato dal conio e adozione di una moneta unica europea, l'euro, in sostituzione delle rispettive valute nazionali da parte dei 19 paesi (Austria, Belgio, Cipro, Estonia, Francia Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Slovacchia, Slovenia e Spagna) con una politica monetaria comune sotto il controllo della Banca Centrale Europea (BCE), dando vita alla cosiddetta eurozona. Le politiche economiche di ciascuno stato sono coordinate tra loro attraverso l'Unione, perciò rimangono ancora prerogative degli Stati che però accettano una limitazione posta dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

#### **IV. LA COMPLESSITÀ DEI SISTEMI WELFARE NAZIONALI NELL'ATTUAZIONE DEL PILASTRO EUROPEO**

Nell'attuazione del Pilastro si evidenzia un problema di tipo politico, cioè l'indisponibilità a modificare le regole europee da parte di quei paesi che, fino ad oggi, ne hanno maggiormente beneficiato.

Il Patto di stabilità e crescita (PSC) è un accordo firmato nel 1997 dai paesi membri dell'Unione Europea, collegato al controllo delle politiche di bilancio pubbliche, con l'obiettivo di conservare i requisiti di adesione all'Unione economica e monetaria dell'Unione Europea (Eurozona) consolidando il cammino d'integrazione monetaria iniziato nel 1992 con il Trattato di Maastricht. Il rispetto del PSC non permette ai Governi alcun margine alla propria politica di bilancio, e quindi diviene inattuabile l'eventuale applicazione del Pilastro, che cambierebbe strutturalmente il Welfare, senza modificare la politica economica della U.E<sup>11</sup>.

Inoltre le scelte dell'Unione in materia di Governance economica, con ricadute sulle decisioni dei singoli stati membri in materia di spesa pubblica per il sociale, devono essere considerate in funzione dell'assenza di competenze in materia sociale dell'UE, riferendosi alle competenze dirette, le quali, comunque, difficilmente saranno concesse all'Unione in futuro, poiché per fare ciò, servirebbe l'unanimità degli stati membri che, al momento, è difficile da raggiungere e continua a rappresentare uno dei grandi limiti dell'Unione.

Al fine di rendere efficace il Pilastro, l'obiettivo della UE è quello di poter valutare la conformità degli ordinamenti degli stati membri, rispetto alle disposizioni del testo, tenendo presente che le raccomandazioni della Commissione non sono legalmente vincolanti e non hanno alcuna efficacia giuridica, esse fungono soltanto da dichiarazioni di principio che dovrebbero ispirare le future scelte politiche degli stati UE.

La pubblicazione della raccomandazione non è la tappa conclusiva del lavoro sul Pilastro sociale. Con la sua approvazione, la Commissione ha preso posizione, aprendo così un'ulteriore fase di confronto con il Consiglio e il Parlamento europeo in vista dell'adozione di un testo condiviso, oltre a proseguire il dialogo con la società civile sugli orientamenti adottati.

Intanto la Commissione ha già avviato l'iter di approvazione di alcuni provvedimenti in tema di equilibrio tra attività professionale e vita familiare, informazione ai lavoratori e accesso alla protezione sociale.

Questo approccio implica una chiara convergenza di visioni e di interventi da parte di tutti i soggetti coinvolti e costituisce una scommessa importante per il futuro della costruzione europea, essendo in gioco la capacità di collaborare.

I principi individuati nel pilastro intendono accompagnare e guidare la trasformazione del lavoro a seguito della globalizzazione, della rivoluzione digitale e dell'affermarsi di

---

<sup>11</sup>Corti, F. y Vesan, P, "Il pilastro europeo dei diritti social". 2018. Recuperado nel april 2018 de: <http://www.secondowelfare.it/primo-welfare/innovazione-sociale/il-pilastro-europeo-dei-diritti-sociali->



nuovi modelli organizzativi. Non si dimenticano poi le sfide del calo demografico e dei cambiamenti sociali in corso.

Il progresso economico e sociale sono tra loro connessi e l'espansione di un Pilastro Europeo dei diritti sociali deve essere parte di un'applicazione volta a realizzare un modello di crescita più inclusivo e sostenibile, rendendo migliore la competitività dell'Europa e presentandola più favorevole agli investimenti, alla realizzazione di posti di lavoro, al consolidamento della unione sociale senza abbandonare l'elemento immigrazione, che oggi è parte integrante dell'UE, e di cui si continua a trascurarne l'aspetto economico e sociale<sup>12</sup>.

I progetti volti alla realizzazione del modello di sviluppo impegneranno sia l'UE che gli Stati membri; con il mercato unico, i dispositivi finanziari e gli strumenti della politica saranno impiegati per l'eliminazione degli ostacoli. Come precedenza immediata, la Commissione ha precisato le misure da scegliere indicando una strategia di uscita attendibile, riformando il sistema finanziario, assicurando il ristabilimento del bilancio finalizzato alla crescita a lungo termine e rafforzando l'organizzazione con l'Unione economica e monetaria. Per raggiungere risultati concreti servirà una Governance economica più forte che sappia armonizzare le priorità, gli obiettivi principali e i rapporti sui singoli paesi che sosterranno gli Stati membri a programmare le proprie strategie per ristabilire la sostenibilità della crescita e delle finanze pubbliche. A livello dell'UE saranno ammesse direzioni integrate che rivestano le priorità e i traguardi dell'Unione, mentre agli Stati membri verranno rivolte raccomandazioni specifiche<sup>13</sup> (13).

Il pilastro europeo dei diritti sociali mira a fungere da guida per realizzare risultati sociali e occupazionali efficaci in risposta alle sfide attuali e future così da soddisfare i bisogni essenziali della popolazione e garantire una migliore attuazione e applicazione dei diritti sociali.

L'UE spinge per la cooperazione tra le due componenti della democrazia rappresentativa europea, così come declinata nell'art. 10 T.U.E<sup>14</sup>.

Auspica il rilancio di una politica della solidarietà in Europa mediante il Pilastro dei diritti sociali che viene espressamente considerato come parte integrante del processo di convergenza all'interno dell'Unione economica e monetaria e che, pur non essendo destinato ad ampliare le competenze dell'Unione, tende a valorizzare quelle espressamente già riconosciute e a rafforzare l'azione degli stati membri nel garantire una maggiore attenzione a questo versante del processo di integrazione<sup>15</sup>.

<sup>12</sup>Sabbattini, G, "La Governance unitaria dell'area euro, pilastro della crescita inclusiva dell'Unione Europea", *Revista Manifesto Sardo*, n°. 23/2017.

<sup>13</sup>Pierini, M., *Crisi e ripresa economica in Europa. 2014*, Artículo recuperado en abril de 2018 de: <http://www.europadirectmarche.it/notiziario/2014>

<sup>14</sup>Il Trattato di Maastricht, o Trattato dell'Unione europea (TUE), è un trattato che è stato firmato il 7 febbraio 1992 a Maastricht nei Paesi Bassi, dai dodici paesi membri dell'allora Comunità Europea, oggi Unione europea, che fissa le regole politiche e i parametri economici e sociali necessari per l'ingresso dei vari Stati aderenti nella suddetta Unione. È entrato in vigore il 1° novembre 1993.

<sup>15</sup>Saitto, F.; "Risocializzare l'Europa. La dimensione sociale europea tra economia e integrazione sovranazionale", 2018. Articolo recuperato nell'aprile 2018 dalla rivista <http://www.diritticomparati.it/rivista/risocializzare-leuropa-la-dimensione-sociale-europea-tra-economia-di-mercato-e-integrazione-sovranaazionale/>

L'impegno sul fronte del Pilastro dei diritti sociali dovrà tenere conto del rilievo che in questo ambito continuano a rivestire le scelte sovrane in materia welfaristica dei singoli stati membri.

Questo impegno politico collega strutturalmente democrazia e solidarietà nell'instaurazione di un processo di convergenza, che deve portare a ricostruire la fiducia verso un'Unione europea che sia realmente in grado di rispondere alle domande sociali che l'attuale fase pone.

Ciò al fine di promuoverne un nuovo concetto che tenga conto del contesto storico in cui gli Stati sono chiamati ad operare, provando in tal modo a rilanciare il processo di integrazione europea.

Inoltre la UE dovrebbe tenere conto che attualmente non esiste un unico modello sociale applicato da tutti gli Stati membri, ma che tali modelli si diversificano all'interno degli stessi a seconda dei percorsi storici degli Stati.

Nella UE vengono individuati quattro modelli teorici di welfare, il modello social-democratico dei paesi del nord Europa, il modello liberale degli Stati anglosassoni, il modello corporativo degli stati continentali e il modello mediterraneo degli stati meridionali. Essi sono derivati dai differenti percorsi storici ed economici degli Stati e differiscono principalmente per il tipo di prestazione erogata e ai finanziamenti previsti.

Il modello nord-Europa è caratterizzato dal principio dell'universalismo, ha come obiettivo la protezione di tutti, si basa sullo stato di bisogno di ogni individuo e riconosce socialmente l'uguaglianza dei cittadini. A differenza, il modello liberale è finalizzato alla riduzione della povertà, gli interventi sono mirati a specifici gruppi dirischio ed il mercato del lavoro è il principale mezzo per ammortizzare la povertà. Il modello corporativo si orienta alla protezione dei lavoratori e delle loro famiglie quando la capacità delle stesse di provvedere ai bisogni dei componenti diviene insufficiente. Gli interventi statali riducono la dipendenza dal mercato del lavoro; nel welfare mediterraneo è la famiglia che deve assicurare il soddisfacimento dei bisogni ai suoi componenti e lo Stato svolge un ruolo marginale, non fornendo alcun tipo di sussidio economico ma soltanto erogando servizi. Ciò determina un processo di regionalizzazione delle politiche sociali che danno origine ad un divario tra le parti più ricche di un paese con quelle maggiormente svantaggiate, creando situazioni di discriminazione sociale.

Vagliando i sistemi sociali si osserva che quelli nord-europei e continentali raggiungono obiettivi nella media indicata dalla UE. Mentre il sistema anglosassone raggiunge appena il livello medio di soddisfacimento europeo, quello mediterraneo in funzione dei limitati benefici prima della pensione, non raggiunge, per alcuni paesi tra i quali l'Italia, la soglia minima sociale dell'U.E<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup>Borger, V. (2013), "How the Debt Crisis Exposes the Development of Solidarity in the Euro Area, in *European Constitutional Law Review*", (pag. 9: 7-36, 74). Articolo pubblicato sulla rivista *Cambridge University Press* (nr. 9) il 19.04.2013

La distorsione evidente è che la UE dovrebbe porre maggiore attenzione al capitale e non solo al lavoro, come fino ad oggi attuato, e questa politica col passare del tempo, in assenza di correttivi economici, aumenterà il divario sociale tra gli Stati U.E., nonostante il buon proposito di attenzionare i diritti, in ultimo, la proclamazione del P.S.D.E.

Il Pilastro, così come la politica di integrazione adottata dalla UE, mostra i suoi limiti considerando il lavoro come un'integrazione di fatto. Esso è valutato quale punto di arrivo del percorso integrativo dello straniero immigrato, che dovrebbe creare la propria vita sociale intorno allo stesso.

Ma si tratta soltanto di un'integrazione economica, che non porta con sé alcun beneficio sociale, relegando gli immigrati stranieri extracomunitari ai margini della società, così come successo in Francia, in occasione delle rivolte nelle Banlieue.

E' auspicabile che la UE indirizzi il Pilastro nella direzione dell'evoluzione di un modello di integrazione che contempli alcuni cardini applicabili in tutta l'Unione, quali la lingua del paese che accoglie, la cultura, l'educazione scolastica e il diritto alla sanità, che fino ad oggi sono regolati in maniera generica.

Con l'impostazione che l'Unione vuole dare al Pilastro, rendendo centrale il ruolo del lavoro, si crea un contesto in cui è l'immigrato straniero non comunitario a doversi accostare alla società civile. Invece è quest'ultima a dover cambiare il proprio sistema di contatto, dirigendosi verso la realtà dell'immigrazione straniera per ottenere benefici reciproci.

Per fare questo, è necessario mantenere alta l'attenzione sul Pilastro e sulla sua Proclamazione, che le parti sociali, i partiti politici e l'opinione pubblica si mobilitino per ricordare che la sottoscrizione della Proclamazione inter-istituzionale è un impegno politico strategico. Certamente, non è un atto legalmente vincolante e la sua sottoscrizione non implica automaticamente che i principi e diritti in esso contenuti siano garantiti, per quest'ultima volontà politica sarà determinante per attuare iniziative legislative concrete rendendo più difficile ai governi venire meno all'impegno sottoscritto a Göteborg.

## **V. CONCLUSIONI**

Obiettivo del Pilastro è attuare l'integrazione attraverso le politiche del lavoro poiché, secondo l'istituzione europea esso rende possibili le relazioni sociali. Ma se fosse applicato nella sua odierna struttura originerebbe soltanto un'integrazione economica, e non offrirebbe alcun vantaggio sociale, relegando gli immigrati stranieri non comunitari ai margini della società.

Le parti sociali, i partiti politici e l'opinione pubblica devono considerare l'attuazione del pilastro come un impegno politico strategico fondamentale ma, vista la sua natura non giuridicamente vincolante, non implica automaticamente che i principi e i diritti in esso contenuti siano garantiti, considerati i rilevanti costi da affrontare per l'attuazione delle politiche sociali e il rigore finanziario imposto dalla politica monetaria dell'Unione.

A causa della rigidità dell'UEM, al fine di ridurre gli squilibri economici e sociali tra gli Stati membri, la UE si è focalizzata sulla mobilità dei lavoratori, ma la mancanza di una unione politica e fiscale ha evidenziato che tutti gli atti, compreso il P.E.D.S., si rivolgono a sistemi politici eterogenei e che non si finalizzano con la solidarietà transnazionale, rendendo di fatto impraticabile un sistema di welfare comune. Prova ne è l'invito del 2013, in piena crisi economica, della Germania e di altri Stati nord europei alle istituzioni comunitarie al fine di rivedere le regole sulla mobilità dei cittadini U.E. ed extracomunitari in senso restrittivo, finalizzato ad evitare l'abuso del welfare del paese ospitante. Sebbene contrario ai principi della libera circolazione questo invito ha ispirato nel 2015 la proposta della Commissione del Labour Mobility Package, che mirava all'introduzione di criteri stringenti per l'accesso al welfare del paese che accoglie, ma, ad oggi non ha condotto ad alcun atto direttivo in tale senso.

Pertanto la U.E., che ha fondato la propria idea di integrazione e socialità sull'efficienza del mercato del lavoro, per aumentare la competitività e sanare gli squilibri, col Pilastro vorrebbe garantire a tutti i cittadini, in ambito comunitario, residualmente agli immigrati extracomunitari, condizioni di parità con i cittadini del paese ospitante. Ma così come la politica monetaria, fondata sulla mobilità del lavoro, mostra ad oggi un'Europa economicamente divisa, ragionevolmente anche le politiche sociali, se realizzate con l'attuale testo del Pilastro, a medio termine, mostreranno i limiti e l'incapacità di integrare ed unire.

La percezione è che gli Stati membri con economie avanzate si ritengono attornati dagli immigrati economici e ciò li induce a ritoccare verso il basso il loro sistema sociale con l'introduzione di correttivi legati alla tipologia ed alla durata dei contratti di lavoro<sup>17</sup>. Per poter garantire eguali diritti sociali la UE deve dare slancio alle politiche di investimento nelle aree meno efficienti, invertendo la tendenza della mobilità del lavoro, aprendo la sua politica agli immigrati extracomunitari che troverebbero spazio a pieno titolo nello stato sociale e rappresenterebbero una ricchezza economica e culturale.

L'attuale frattura delle politiche economiche che dividono l'Europa può essere sanata solo dalla costituzione di un'istituzione che abbia personalità politica capace di aggregare e dal cambio della politica monetaria, rivedendo la rigidità del Fiscal Compact, che deve essere reso maggiormente flessibile, poiché ad oggi non tiene conto delle variabili economiche e sociali che l'Europa sta vivendo.

E' necessario che congiuntamente all'istituzione di uno Stato comune europeo si affianchi una politica sociale e di integrazione gestita direttamente dall'entità centrale, che riesca ad aggregare introducendo la solidarietà transnazionale e che sicuramente incentiverebbe la crescita di questo modello politico inclusivo.

---

<sup>17</sup>Direttiva nr. 2004/38. (2004). Art. 7, par. 1, lett. b.; art. 12, co. 2; art. 13 co. 2 e art. 14 co. 1, che subordinano la libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini comunitari inattivi al non costituire un «onere eccessivo» per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

Recibido: 03.05.2018. Aceptado: 25.05.2018.

## **THE FORMULATION OF THE EUROPEAN PILLAR: WHICH EFFECTS ON THE SOCIAL RIGHTS?**

### **LA FORMULACIÓN DEL PILAR EUROPEO: ¿CUÁLES SON LOS EFECTOS SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES?**

**CATERINA BUCCHERI**

Doctoral student of Migrants Studies  
University of Grenade, Spain.

## ABSTRACT

The guarantee of social rights and fundamental freedoms are today one of the main activities of the E.U. Only in the 1990s did the European Economic Community begin to transform itself into the European Union, extending the sphere of its activities from the economic to the political and social fields. The last phase was the proclamation of the European Pillar of Social Rights. The pillar is not legally binding, it does not automatically imply that the principles and rights contained in it are guaranteed, considering that the monetary policy of the Union and the breakdown of the different national policies divide Europe. To change this context, the federal structure of the European institution is necessary. This institution should have a political personality capable of aggregating and changing monetary policy, reviewing the rigidity of the Fiscal Compact, since to date it does not take into account the economic and social variables that Europe is experiencing. The next step is the introduction of a social and integration policy managed directly by the central entity, capable of uniting, introducing transnational solidarity, which would certainly encourage the growth of this inclusive political model.

**KEYWORDS:** European Union. Social rights. Social pillar. Realization. Political commitment.

## RESUMEN

La garantía de los derechos sociales y las libertades fundamentales es hoy en día una de las principales actividades de la EE.UU. Sólo en la década de 1990 la Comunidad Económica Europea comenzó a transformarse en la Unión Europea, extendiendo el ámbito de sus actividades del campo económico al político y social y la última fase fue la proclamación del Pilar Europeo de los Derechos Sociales. El Pilar no es legalmente vinculante, no implica automáticamente que los principios y derechos que contiene estén garantizados, si se considera que la política monetaria de la Unión y la brecha entre las diferentes políticas nacionales dividen a Europa. Para cambiar este contexto, se necesita un desarrollo federalista de la institución europea. Esta institución debería tener una personalidad política capaz de agregar y cambiar la política monetaria, revisando la rigidez del Pacto Fiscal, ya que hasta hoy no tiene en cuenta las variables económicas y sociales que está experimentando Europa. El siguiente paso es la introducción de una política social y de integración administrada directamente por la entidad central, capaz de unir, introducir la solidaridad transnacional, lo que seguramente impulsaría el crecimiento de este modelo político inclusivo.

**PALABRAS CLAVE:** Unión Europea. Derechos Sociales. Pilar Social. Realización. Empeño Político.

---

This communication was presented at the Doctoral Seminar of Investigation "*Pilar Europeo de derechos sociales, trabajo y migraciones: nuevos retos*" held on 4 and 5 April 2018 as part of the Ph.D. Program in Migrant Studies of the University of Grenade.

## **SUMMARY**

### **I. INTRODUCTION**

### **II. SOCIAL RIGHTS: THE ARTICULATED PATH OF THE EUROPEAN UNION**

### **III. INCIDENCE OF THE PILLAR IN THE SOCIAL POLICIES OF THE EUROPEAN UNION**

### **IV. THE COMPLEXITY OF NATIONAL WELFARE SYSTEMS IN THE IMPLEMENTATION OF THE EUROPEAN PILLAR**

### **V. CONCLUSIONS**

## **I. INTRODUCTION**

The “European social model” is based on a principle of a general nature since each member state adopts a specific prototype of social policies to meet the needs of its citizens, from which it derives that the protection of the same social rights takes place through different legislative forms. It must be considered that the implementation of the welfare state requires considerable costs for its application, therefore the standardization of social policies in Europe is an objective that is difficult to implement.

Compliance with the restrictive parameters of the European Monetary Policy has not allowed the removal of inequalities in the EU area, it would therefore be necessary to adopt a uniform social model for protections and guarantees in all the Member States.

With the proclamation of the European Pillar of Social Rights of 2015, the E.U. wanted to give member states a guide to improve the living conditions of citizens. From this document, however, nothing is highlighted as regards the projects related to immigration and integration processes, which were instead provided for by the Charter of Fundamental Rights of the EU of 2001.

This gap represents discrimination, given that the admission and integration strategies have been abandoned, the implementation of which is left to individual Member States, highlighting the political limits of the EU the consequence was a lack of guarantee of rights, which, even if enunciated with Community standards, were limited and cannot represent a reference for a desired general model to be applied in the Union.

Within the member countries, there are four different types of social status model, to be distinguished between those applied in the southern states, in the Anglo-Saxon countries, in the northern states and in the continental states, which will then be investigated further.

Only a political transformation in the federal sense of the E.U. it can really eliminate social inequalities with a policy of economic support for the exercise of social rights, by claiming the resources and distribution of the same in order to obtain an effective usability.

After the 2008 economic crisis, the Member States, especially those with greater national debt, have reduced the resources allocated to the welfare state, and since the economic matter is supranational, with the imposition of compliance with the monetary parameters, in the individual states the weaker groups, including foreign immigrants, have seen their social guarantees progressively diminished, demonstrating that the only monetary union is insufficient to face the social gap present in the E.U. area today. In fact, in the individual Member States, the economic capacity of welfare is the only parameter that makes the enjoyment of social rights concrete and effective.

## **II. SOCIAL RIGHTS: THE ARTICULATED PATH OF THE EUROPEAN UNION**

The protection of human rights and essential freedoms represent today one of the most important activities of the European Union that in this field is recent, since only in the



nineties the European Economic Community began to transform itself into the European Union, extending the sphere of its activities from the economic to the political-social field.

The European Treaties simply stated that the rights of persons had to be taken into account by the Union, in the elaboration of its policies, as guiding principles but without the legal effectiveness of a rule<sup>1</sup>.

The evolution of social rights in the E.U. has undergone a long and tortuous journey. With the establishment of the C.E.E. in 1957, art. 117 established that social policies were the exclusive responsibility of the Member States and with art. 118 attributed to the Commission only a faculty limited to the coordination of the collaboration between them in the field of social rights.

With the Treaty of Paris of 1951, with the establishment of the C.E.C.A. (European Community of Coal and Steel) was established by the Court of Justice which with the Treaty of Rome of 1957 became the Court of Justice of the European Communities (C.J.C.E.).

This body, with its own jurisprudence was the first step of the E.U. to contribute and consolidate social rights in the European regulatory framework, making these general principles suitable for being part of the European legal system.

With the Treaty of Rome, subsequently amended by the 1987 Single European Act, some Community competences regarding social rights are expressly stated. Among others, the principles for free movement of workers and equal pay for men and women are declared.

Protection of social rights in the EU it was ratified in 1989 at the European Council in Strasbourg, with the adoption of the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, which in any case left the Member States with the power to implement them. It was therefore a pragmatic act that dictated its principles.

The skills of the social sector are expanded with the introduction of the Maastricht Treaty in 1992, where the pursuit of employment and social protection, the improvement of the quality of life, economic-social cohesion and solidarity among member states are enshrined. .

In 1997 the Amsterdam Treaty constitutionally recognizes social rights as a guiding criterion of the social policy of the EU.

In 2000 the Charter of Fundamental Rights of the EU is voted by the European Council of Nice, a document that accurately lists all the rights of which citizens and residents of the Union are beneficiaries.

---

<sup>1</sup>Gradilone, S.; *L'attenzione in merito alla tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali nell'Unione Europea*. 2017. Recovered in April 2018 from the site: <https://www.balcanicaucaso.org/aree/Europa/Unione-europea-una-questione-di-diritti-177090>.

But the important turning point is in 2007, when with the adoption of the Treaty of Lisbon, the Charter ceases to be a mere declaration of principles, and assumes binding legal value.

The latter expresses the freedoms and rights in which the Union recognizes its legal heritage and is relevant to dignity, freedom, equality, solidarity, citizenship and justice, whose respect is already protected by the principles constitutional issues common to member states and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>2</sup>.

Another step was taken on 17 November 2017, on the occasion of the European social summit in Gothenburg, when the European Pillar of Social Rights was officially proclaimed, declared in the year 2015 by President Juncker in his speech on the State of Union.

According to the European Union, the Pillar takes into account the transformations taking place in the world of employment and will be the guide for a renewed process of convergence towards better working and living conditions among the Member States, through a fair and well-functioning labor market and welfare systems<sup>3</sup>.

The European Pillar aims to make citizens' rights more effective and is based on 20 key principles, structured in three categories such as equal opportunities and access to the labor market, fair working conditions and social protection and inclusion.

It is supported by a scoreboard of key indicators and serves as a reference to monitor “social progress”, which means the ability to foster and support wellbeing and opportunities, creating conditions that allow people to fully develop their potential and meet their basic needs .; this monitoring tool would allow the assessment of the employment and social results achieved by the Member States with the E.U. and the euro area average and in some cases also with those of other international actors and to carry out a comparative analysis. All assessments would be discussed with the relevant Council committees, with a view to inclusion in the annual report on employment, published each autumn within the framework of the European Semesters.

The range of themes dealt with is very broad in terms of the articulation and social complexity, but also because of the diversity of the conditions in which the citizens of the E.U. The principles give the guidelines to face new developments in the world of work and in society in order to achieve a competitive social market economy that aims at full employment and social progress.

---

<sup>2</sup>The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms or the ECHR is an international convention drafted and adopted within the Council of Europe, signed in Rome on 4 November 1950 and supplemented and amended by 14 additional protocols. The ECHR is considered the central text on the protection of fundamental human rights because it is the only one with a permanent judicial mechanism that allows each individual to request protection of the rights guaranteed there, through the appeal to the European Court of Human Rights of the man, based in Strasbourg.

<sup>3</sup>European Pillar of Social Rights: The Pillar has been presented in two legal forms of identical content: a Commission recommendation, which takes effect immediately, and a proposal for a joint proclamation of Parliament, Council and Commission. On this basis, the Commission will launch discussions with the European Parliament and the Council to ensure the Pillar broad political support and high-level approval.

These are mostly sectors of political competence of the Member States and of national scope. But the European Union is entrusted with the task of defining the general framework of these rights and the direction to be taken to make them effective. It also has a part of its own competencies to act in order to implement the principles enunciated.

The idea underlying the Pillar is to create a framework with specific indicators to promote social convergence among the Member States of the Union and to intervene, through the creation of new tools, where integration within of the Economic and Monetary Union had created negative conflicts.

The proclamation of the European Pillar is a clear turning point in the European discourse on social rights, an opportunity for change that, if effectively exploited, could trigger positive dynamics at the unexpected moment. It is the first and essential step for the launch of a more social Europe, even if its implementation requires the action not only of the European institutions, but also of the governments, the social partners of the Member States and their respective federal and regional administrations<sup>4</sup>.

The aim of the pillar is to give substance to the provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, considering it as strategically important as to require an original and non-ordinary procedure.

The Charter improves the "legal corpus" and guarantees certain personal, civil, political, economic and social rights of citizens and residents of the Union, with particular reference to the principle of non-discrimination in its various manifestations.

For the implementation of E.P.S.R. the Commission indicates the adoption of an interinstitutional agreement by the Parliament and the Council which would constitute a solemn act aimed at enhancing, through the shared commitment of the various European institutions, its crucial nature.

However, there remains the risk of inconsistency of this initiative as well as the inability to produce concrete effects in the short to medium term, actually ending with the igniting hope then disregarded, since the legislative process should be supported by all Member States.

The contents of the Pillar are linked to employment and, as they are formulated, are likely to result in social rights understood as collective rights, conferred on the basis of the state of employment; social rights, on the other hand, are individual rights applicable to all, regardless of job position.

The Pillar is a tool to recognize and address the changes taking place at the social, demographic, economic and professional levels. It intends to create the conditions and accompany the path of the EU towards a confluence in this area, so that every citizen of the Union has equal rights, protections and opportunities. After years of efforts aimed at

---

<sup>4</sup>Menéndez-Valdés J.; 2017. E.U. Social Pillar: "A Potential New Start For Europe. Social Europe". London, Great Britan. 2017. Recovered in April 2018 from the site: <https://www.socialeurope.eu/50326->

integrating the single market and the currency, it wants to focus attention on citizens and on social reality, hoping for a closer coordination of social and labor policies also through enhanced cooperation between member countries with the extension of more protections.

### **III. INCIDENTE OF THE PILLAR IN THE SOCIAL POLICIES OF THE EUROPEAN UNION**

The European Pillar presents some critical issues concerning primarily its legal nature which, as an act of proclamation, is not suitable to promote an effective political-constitutional refoundation of social rights, considering them as activation tools on the labor market, to the detriment of the protective dimension - redistributive.

At the Pillar, the system of the "open method of coordination" is applied, where the individual states are oriented towards achieving different common objectives but following different paths, with the monitoring of the Union.

This is a method that provides for a voluntary system of political cooperation and confrontation, of the common objectives to be achieved and presumes the collaboration of civil society and social partners.

A limit represented by this method is the lack of integration of social policy with other Community policies, especially with monetary policy, to date the only one reached, in which the EU can exercise control and apply sanctions to all Member States; in the field of social policies, however, it does not yet have defined tools for the standardization and application of the same, therefore it can not perform a control function but only limit itself to observation.

The political structures of the E.U. they consider economic and monetary union as a social project having as its purpose the creation of conditions favourable to a strong and shared growth for all citizens belonging to the Union. But in reality, the costs of social policies and monetary restraints continue to cause a situation of social inequality in the Member States, since the less virtuous states have difficulty extending the benefits to the entire population.

It is impossible to implement a Community social policy which can be applied equally to all Member States, which are obliged to respect monetary parameters, especially if not all of them have equal economic conditions. Although the European Pillar of Social Rights should be a framework for certain social rights to be not only sanctioned but locally made viable, it is not accompanied by any directive that allows states in economic distress to derogate from the money pacts.

Giving value to the Pillar is one of the political priorities outlined by the E.U. to build a more inclusive and fairer Union, through the fight against poverty, the reconstruction of human capital, the ability to recover from asymmetric shocks and the importance of the social economy. These objectives will be pursued in connection with and in the framework of the mid-term review of the Europe 2020 Strategy, which should lead to a more inclusive decision-making process, based on the involvement of the social

partners, on the coordination of economic, employment and social policies to be further strengthened in accordance with existing procedures and in full respect of national competences.

Moreover, considering the massive immigration flow in the E.U. area, it is not reasonable to think about implementing social rights without considering the economic and social contribution made by foreign immigrants from outside the E.U.

In fact, while the Charter envisaged the preparation of an immigration project that would include admission procedures, underlining the adoption of measures to integrate third-country nationals, hoping for a common European framework with fundamental principles<sup>5</sup>, this project in the Pillar is not reflected, confirming that the E.U. since it does not have exclusive competence in the social field, it fails to make its rights legally effective. Moreover, this proves to be lacking because it shows a disparity based on the administrative condition of the non-E.U. foreigner, as at national level "the immigration rules and the treatment of foreigners preclude access to equal rights, even fundamental rights"<sup>6</sup>.

Although the right to migration has been recognized, barriers continue to persist that each member state of the E.U. has raised the exercise of the same right.

In fact, from the point of view of irregular immigration control, States implement a progressive restriction of the right to emigrate. Immigration continues to remain a question that states want to reserve for their political action and national sovereignty, which is the limit beyond which the E.U. he cannot continue. If the foreign immigrant from non-EU countries enjoys lower rights by law and is subject to more burdensome duties than EU citizens, there will continue to be a serious problem of discrimination to be remedied through the reform of the legal provisions, or through the jurisdiction constitutional.

Although with the proclamation of Göteborg an attempt was made to provide a shared framework at supranational level, a guide should be encouraged leading to a concrete implementation of the project involving the Governments of the Member States. To implement the Pillar it is necessary to design concrete measures and instruments that support it; if this were not implemented, the European institution would once again be rejected.

The Pillar does not contain explicit references to non-E.U. foreign citizens, and indeed the Italian Government<sup>7</sup> on December 22, 2017 sent the European Commission an official reply from Italy to the consultation. In his observation, the attainment of the

---

<sup>5</sup>Chiaromonte, W.; Lavoro e diritti sociali degli stanieri. Torino, Italia. Giappicchelli Editore 2013

<sup>6</sup>Favilli, G.; I diritti dell'immigrato non regolarmente soggiornante (cit. pag. 295). L'Aquila, Italia: Edition Il Sirente. 2008

<sup>7</sup>Italian Government: in the Italian legal order the Government exercises executive power. According to art. 92 c. 1 of the Constitution distinguishes three many bodies: the president of the Council of Ministers, prime minister, ministers and the Council of Ministers. The formation of the Government is disciplined briefly by art. 92, c. 2, 93 and 94 of the Constitution and constitutional rules consolidated him in time.

The government depends on the trust of both the branches of parliament and has in its power the possibility of issuing decrees in case of emergency.

objectives described in the European Pillar can be achieved both through the expansion of adequate social policies at national level, and through the participatory implementation of instruments and actions at the EU.

The integration of non-EU foreign immigrant citizens requires an integrated and systematic approach that looks at all dimensions of life, with particular attention to school, work, health and social security<sup>8</sup>.

Regulatory action is not envisaged only by the European institutions, but a set of actions carried out by the competent bodies in compliance with the principles of subsidiarity and proportionality, thus ensuring that implementation can respect national and local differences, so marked at internal to the E.U. On the other hand, it is not a matter of introducing a completely new legislation, but of integrating what already exists in the Community acquis<sup>9</sup> and of making it effective or extending its protections where necessary.

Another objective of the Pillar is the balancing of economic imbalances within the Economic and Monetary Union<sup>10</sup>, exasperated during the 2008 financial crisis, which would be implemented through Labor Policies, or in responding to differences that have arisen between the countries participating in the single currency, due to the imposition of common rules.

The Maastricht parameters represent a different economic development model among the northern countries of the E.U. more favoured by the criteria of the E.M.U. and the most disadvantaged in the South, due to the budgetary imbalances they have to face, which grow worse when they face, as a single state, humanitarian emergencies.

---

<sup>8</sup>Governo Italiano; 2017. Recovered in April 2018 from the site:

<http://www.governo.it/approfondimenti/2017/12/pilastro-europeo-dei-diritti-sociali-alla-camera-lesame-del-testo/>.

<sup>9</sup>The Schengen acquis is a set of rules and regulations, integrated into the right to the European Union, aimed at promoting the free movement of citizens within the so-called Schengen Area, regulating relations between the States that have endorsed the Schengen Convention. The complex of rules, also called Schengen agreements, takes the name of the city of Schengen, in Luxembourg. The Schengen acquis includes the Schengen agreement signed on June 14, 1985 by the Benelux States, Germany and France, the Schengen Agreement, signed on June 19, 1990, the accession agreements to the Convention implementing the Schengen agreement on behalf of Italy, Spain, Portugal, Greece, Austria, Denmark, Finland and Sweden.

The new E.U. member countries of 2004 and 2007 are obliged to enter the Schengen area, but for four of them the agreement has not yet entered into force: the other E.U. countries have achieved a transitional period before directing the free movement of people, in addition the new member countries have to equip themselves with all the appropriate infrastructures to implement the Schengen information system.

<sup>10</sup>The economic and monetary union, E.M.U., of the European Union has been sanctioned with the Maastricht Treaty, which, for three subsequent phases, concluded a long process of diplomacy whose result is most notably represented by the coinage and adoption of a single European currency, the euro, replacing the corresponding national currencies of the 19 countries, Austria, Belgium, Cyprus, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Portugal, Slovakia, Slovenia and Spain, with a common monetary policy under the control of the European Central Bank (E.C.B.), giving life to the so-called euro zone. The economic policies of each state are coordinated among them through the union, therefore there are still prerogatives of the States that accept a limitation imposed by the Treaty on the functioning of the European Union, T.F.E.U.

#### **IV. THE COMPLEXITY OF NATIONAL WELFARE SYSTEMS IN THE IMPLEMENTATION OF THE EUROPEAN PILLAR**

In implementing the Pillar, there is a political problem, that is the unavailability to change the European rules by those countries that, to date, have benefited most.

The Stability and Growth Pact (S.G.P.) is an agreement signed in 1997 by the member countries of the European Union, linked to the control of public budget policies, with the aim of preserving the membership requirements of the Economic and Monetary Union of the European Union (Eurozone) consolidating the path of monetary integration started in 1992 with the Treaty of Maastricht. Compliance with the S.G.P. does not allow governments any margin for its budgetary policy, and therefore the possible application of the Pillar, which would structurally change Welfare, without changing the economic policy of the EU<sup>11</sup>.

Moreover, the choices of the Union in the field of economic governance, with effects on the decisions of the individual member states on public social expenditure, must be considered in relation to the absence of competences in the social field of the E.U., referring to direct competences, which, however, will hardly be granted to the Union in the future, because to do so, the unanimity of the member states would be needed, which at the moment is difficult to achieve and continues to represent one of the great limits of the Union.

In order to make the Pillar effective, the objective of the EU is to be able to assess the compliance of the legal systems of the member states, with respect to the provisions of the text, bearing in mind that the Commission's recommendations are not legally binding and have no legal effect, they only serve as declarations of principle that should inspire future choices policies of the EU States.

The publication of the recommendation is not the final stage of work on the Social Pillar. With its approval, the Commission took a position, thus opening a further phase of discussion with the Council and the European Parliament with a view to the adoption of a shared text, as well as continuing the dialogue with civil society on the guidelines adopted.

Meanwhile, the Commission has already started the process of approving some provisions on the balance between professional and family life, information to workers and access to social protection.

This approach implies a clear convergence of visions and interventions by all the subjects involved and constitutes an important bet for the future of European construction, since the ability to collaborate is at stake.

The principles identified in the pillar are intended to accompany and guide the transformation of work following globalization, the digital revolution and the

---

<sup>11</sup>Corti, F. and Vesan, P.; Il pilastro europeo dei diritti sociali. 2018. Recovered in April 2018 from the site of the magazine: <http://www.secondowelfare.it/primo-welfare/innovazione-sociale/il-pilastro-europeo-dei-diritti-sociali->

affirmation of new organizational models. The challenges of the demographic decline and of the social changes in progress are not forgotten.

Economic and social progress are interrelated and the expansion of a European Pillar of Social Rights must be part of an application to achieve a more inclusive and sustainable growth model, making Europe's competitiveness better and presenting it more favourable. investment, job creation, consolidation of the social union without abandoning the immigration element, which today is an integral part of the E.U., and whose economic and social aspects continue to be neglected<sup>12</sup>.

The projects aimed at implementing the development model will engage both the EU that the Member States with the single market, financial devices and policy instruments. They will be used for the elimination of obstacles. As an immediate priority, the Commission has specified the measures to be chosen by indicating a reliable exit strategy, reforming the financial system, ensuring the re-establishment of the budget for long-term growth and strengthening the organization with the Economic and Monetary Union. To achieve concrete results, a stronger economic governance will be needed to harmonize priorities, main objectives and reports on individual countries that will support Member States to plan their strategies to restore the sustainability of growth and public finances. At the level of the E.U. Integrated directions covering the priorities and targets of the Union will be accepted, while specific recommendations will be addressed to the Member States<sup>13</sup>.

The European Pillar of Social Rights aims to serve as a guide to delivering effective social and employment outcomes in response to current and future challenges so as to meet the essential needs of the population and ensure better implementation and enforcement of social rights.

The EU pushes for the cooperation between the two components of the European representative democracy, as declined in the art. 10 TUE<sup>14</sup>.

Calls for the revival of a solidarity policy in Europe through the Pillar of Social Rights, which is expressly seen as an integral part of the convergence process within the Economic and Monetary Union and which, while not intended to expand the Union's competences, tends to enhance those already expressly recognized and to strengthen the action of member states in ensuring greater attention to this side of the integration process<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup>Sabbattini, G.; La Governance unitaria dell'area euro, pilastro della crescita inclusiva dell'Unione Europea. Magazine Manifesto Sardo, nr. 23/2017.

<sup>13</sup>Pierini, M.; Crisi e ripresa economica in Europa. 2014. Recovered in April 2018 from the site of the magazine: <http://www.europadirectmarche.it/notiziario/2014>

<sup>14</sup> The Treaty of Maastricht, or Treaty of the European Union (T.U.), is a treaty that was signed on February 7, 1992 in Maastricht in the Netherlands, of the twelve member countries of the then European Community, today the European Union, which it establishes the political rules and the economic and social parameters necessary for the entry of the various acceding States in said Union. It has entered into force on November 1, 1993.

<sup>15</sup>Saitto, F.; Risocializzare l'Europa. La dimensione sociale europea tra economia e integrazione sovranazionale. 2018. Recovered in April 2018 from the site of the magazine:



The commitment on the front of the Pillar of social rights will have to take into account the importance that in this context continue to play the sovereign choices in welfaristic matters of the individual member states.

This political commitment structurally links democracy and solidarity in the establishment of a process of convergence, which must lead to rebuilding trust in a European Union that is really capable of responding to the social demands that the current phase poses.

This in order to promote a new concept that takes into account the historical context in which the States are called to operate, thus proving to relaunch the process of European integration.

Furthermore, the EU it should take into account that currently there is no single social model applied by all Member States, but that these models are diversified within them according to the historical paths of the States.

In the EU four theoretical models of welfare are identified, the social-democratic model of the countries of northern Europe, the liberal model of the Anglo-Saxon states, the corporate model of the continental states and the Mediterranean model of the southern states. They are derived from the different historical and economic paths of the States and differ mainly due to the type of service provided and the expected funding.

The North-European model is characterized by the principle of universalism, its objective is the protection of all, is based on the state of need of every individual and socially recognizes the equality of citizens. Unlike, the liberal model, it is aimed at reducing poverty, the interventions are targeted at specific risk groups and the labor market is the main means of depreciating poverty.

The corporate model is oriented towards the protection of workers and their families when their capacity to provide for the needs of the components becomes insufficient. State interventions reduce dependence on the labor market; in the Mediterranean welfare it is the family that has to ensure the satisfaction of the needs of its members and the State plays a marginal role, by not providing any kind of economic aid but only by providing services. This determines a process of regionalization of social policies that give rise to a gap between the richest parts of a country with the most disadvantaged, creating situations of social discrimination.

By analyzing the social systems, it is observed that the North-European and continental ones reach objectives in the average indicated by the E.U. While the Anglo-Saxon system hardly reaches the average level of European satisfaction, the Mediterranean one according to the limited benefits before retirement, does not reach, for some countries including Italy, the minimum social threshold of the EU<sup>16</sup>.

---

<http://www.diritticomparati.it/rivista/risocializzare-leuropa-la-dimensione-sociale-europea-tra-economia-di-mercato-e-integrazione-sovranaazionale/>

<sup>16</sup>Borger, V. (2013). How the Debt Crisis Exposes the Development of Solidarity in the Euro Area, in *European Constitutional Law Review*. (pag. 9: 7-36, 74). Articolo pubblicato sulla rivista Cambridge University Press (nr. 9) il 19.04.2013.

The obvious distortion is that the E.U. should pay more attention to capital and not just to work, as implemented until now, and this policy over time, in the absence of economic corrections, will increase the social gap between E.U. states, despite the good intention of paying attention to rights, lastly, the proclamation of the E.P.S.R.

The Pillar, as well as the integration policy adopted by the E.U., shows its limits considering the work as a de facto integration. It is assessed as the point of arrival of the integrative path of the immigrant foreigner, who should create his own social life around it.

But this is only an economic integration, which does not bring any social benefit, relegating foreign immigrants from outside the Community on the margins of society, as happened in France, during the riots in the Banlieues.

It is desirable that the EU addresses the Pillar in the direction of the evolution of a model of integration that includes some cornerstones applicable throughout the Union, such as the language of the host country, culture, education and the right to health, which until today are regulated in a generic way.

With the approach that the Union wants to give to the Pillar, making the role of work central, a context is created in which the non-EU foreign immigrant has to approach the civil society. Instead, the latter has to change its contact system, heading towards the reality of foreign immigration to obtain mutual benefits.

To do this, it is necessary to keep the attention on the Pillar and its Proclamation high, that the social partners, political parties and the public are mobilized to remember that the signing of the inter-institutional Proclamation is a strategic political commitment.

Of course, it is not a legally binding act and its signature does not automatically imply that the principles and rights contained therein are guaranteed, that is why political will be decisive for implementing concrete legislative initiatives, making it more difficult for governments to compromise their commitment to Gothenburg.

## **V. CONCLUSIONS**

The objective of the pillar is to implement integration through labor policies because, according to the European institution, it makes social relations possible. But if it were applied in today's structure would only result in economic integration, and would not offer any social advantage, relegating non-E.U. foreign migrants to the margins of society.

The social partners, political parties and the public must consider the implementation of the pillar as a fundamental strategic political commitment but, given its non-legally binding nature, it does not automatically imply that the principles and rights contained therein are guaranteed, considered the significant costs to be met for the implementation of social policies and the financial rigor imposed by the monetary policy of the Union.

Because of the rigidity of the E.M.I., in order to reduce the economic and social imbalances between the Member States, the E.U. it focused on workers' mobility, but the lack of a political and fiscal union has shown that all acts, including the E.P.S.R., are addressed to heterogeneous political systems and are not finalized with transnational solidarity, making a system in fact impractical. of common welfare. Proof of this is the 2013 invitation, in the midst of the economic crisis, of Germany and other Northern European states to the Community institutions in order to review the rules on the mobility of citizens. and non-E.U. citizens in a restrictive sense, aimed at avoiding the welfare of the host country. Although contrary to the principles of free movement, this invitation inspired in 2015 the proposal of the Labor Mobility Package, which aimed at introducing stringent criteria for access to the welfare of the host country, but, to date, has not led to any directive in this sense.

Therefore, the EU, which has based its idea of integration and sociality on the efficiency of the labor market, to increase competitiveness and heal imbalances, with the Pillar would like to guarantee to all citizens, in the community and, residuals to non-E.U. immigrants, conditions of parity with the citizens of the host country. But just as monetary policy, based on labor mobility, shows today an economically divided Europe, social policies, reasonably, if realized with the current Pillar text, in the medium term, will show the limits and inability of integrate and merge.

The perception is that the Member States with advanced economies consider themselves surrounded by economic immigrants and this causes them to touch down their social system with the introduction of corrections linked to the type and duration of employment contracts<sup>17</sup>.

In order to guarantee equal social rights, the E.U. it must give impetus to investment policies in the less efficient areas, reversing the trend of labor mobility, opening up its policy to non-E.U. immigrants who would find a full space in the welfare state and represent economic and cultural wealth.

The current breakdown of the economic policies that divide Europe can only be remedied by the establishment of an institution that has a political personality capable of aggregating and changing monetary policy, revising the rigidity of the Fiscal Compact, which must be made more flexible, because today it does not take into account the economic and social variables that Europe is experiencing.

Together with the establishment of a common European state, it is necessary to support a social and integration policy managed directly by the central entity, which is able to aggregate by introducing transnational solidarity and which would certainly encourage the growth of this inclusive political model.

---

<sup>17</sup> Direttiva nr. 2004/38. (2004). Art. 7, par. 1, lett. b.; art. 12, co. 2; art. 13 co. 2 e art. 14 co. 1, making the freedom of movement and residence of inactive Community citizens conditional on not constituting an 'excessive burden' for the social assistance system of the host Member State

Recibido: 15.05.2018. Aceptado: 28.06.2018.

## **CONTRATO A TIEMPO PARCIAL. ¿QUÉ HA PASADO?**

### **PART-TIME CONTRACT, WHAT HAPPENED?**

**MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE**

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada

**NINO KHURTSIDZE**

Graduada en Derecho. Máster en Derecho de la Seguridad Social  
Universidad de Granada

## RESUMEN

Este estudio contiene una reflexión sobre el trabajo a tiempo parcial, deteniéndose en su evolución y regulación normativa. Parte de la consideración del contrato a tiempo parcial como una modalidad contractual independiente y diferente del contrato a tiempo completo. Fija determinados aspectos de esta modalidad contractual y delimita algunas de las problemáticas que surgen en ella. Señala al trabajo a tiempo parcial como un empleo flexible y estable dentro del debate teórico y aborda cuestiones relacionadas con él. Precisa algunos aspectos del contrato a tiempo parcial como medida frente al desempleo, y cuestiona si el reparto del trabajo mediante esta modalidad contractual es una solución frente al desempleo o supone la aparición del empleo precario. Y, por último, analiza la protección social y la posible discriminación de los trabajadores a tiempo parcial.

**PALABRAS CLAVE:** Contrato a tiempo parcial; flexibilidad; voluntariedad; discriminación

## ABSTRACT

This study reflects on the part-time work, stopping in its evolution and normative regulation. Part of the consideration of the part-time contract as an independent contractual modality and different from the full-time contract. Fixes certain aspects of this contractual modality and delimits some of the problems that arise on it. It points to part-time work as a flexible and stable job within the theoretical debate and addresses issues related to it. It specifies some aspects of the part-time contract as a measure against unemployment, and questions whether the distribution of work through this contractual modality is a solution to unemployment or implies the appearance of precarious employment. Finally, it analyzes social protection and the possible discrimination of part-time worker.

**KEYWORDS:** Part-time contract; flexibility; willfulness; discrimination.

## **SUMARIO**

### **I. INTRODUCCIÓN.**

### **II. EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL: EVOLUCIÓN**

#### **A. LA APARICIÓN DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL**

#### **B. PROGRESO NORMATIVO Y FUENTES REGULADORAS: DISTINTO TRATAMIENTO EN DIFERENTES REGULACIONES**

#### **C. EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL COMO UNA MODALIDAD CONTRACTUAL: RASGOS CARACTERÍSTICOS**

#### **D. EL PRINCIPIO DE (IN) VOLUNTARIEDAD**

#### **E. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO**

### **III. EL PAPEL DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL COMO MEDIDA FRENTE AL DESEMPLEO: ¿UNA SOLUCIÓN AL DESEMPLEO O LA APARICIÓN DEL EMPLEO PRECARIO?**

### **IV. SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO A TIEMPO PARCIAL. A. EL ACCESO A LAS PRESTACIONES: COTIZACIONES Y CARENCIAS. B. LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y LA DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL**

### **V. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL EN LA ACTUALIDAD: ¿EXISTE LA VERDADERA FLEXIBILIDAD Y ESTABILIDAD?**

### **VI. REFLEXIÓN FINAL**

*“La reglamentación de la jornada fue el resultado de un séxtuple movimiento: 1.º..., 6.ºLa política de remedio al paro tecnológico, que suscitó la conveniencia de reducir la jornada por debajo del límite normal.*

*No debe confundirse esta última medida, de política económica general, con otra parecida de política laboral concreta, cual es la que los alemanes han llamado *Arbeitsstreckung* y *Kurzarbeit*, esto es, la prestación reducida de trabajo o el acortamiento de jornada”.*

*Eugenio Pérez Botija*<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

El trabajo a tiempo parcial resulta ser una figura contractual que ha cobrado una gran importancia por la cantidad de trabajadores que han accedido a esta modalidad contractual. El aumento paulatino del uso de este modelo contractual a lo largo de sus sucesivas reformas ha demostrado que es una vía utilizada para la lucha en fomentar el empleo estable y una herramienta para frenar el desempleo. Ante la crisis económica sufrida, la utilización del contrato a tiempo parcial ha pasado a ser de uso muy habitual por muchos trabajadores hasta el punto de que, se ha constituido como una forma de trabajar esporádica o excepcional y ha pasado a convertirse hoy en día, en un modelo de vida laboral consolidado para muchos de los trabajadores.

Pues, verdaderamente, con el contrato a tiempo parcial, al menos teóricamente, se intenta combinar los intereses tanto del empleador, como del trabajador, y de este último en cuanto a que puede disponer de mayor tiempo para conciliar su vida personal con la profesional. Desde esta perspectiva, se nos presenta el trabajo a tiempo parcial como un elemento flexible, pues esta forma de empleo ha demostrado que puede funcionar como un esquema contractual idóneo para entablar modelos de gestión laboral capaces de combinar adecuadamente los términos de flexibilidad y seguridad, en atención a las peculiaridades de cada contexto laboral, económico y productivo<sup>2</sup>.

El uso de empleo a tiempo parcial ocupa, indudablemente, un lugar destacado dentro de la política de empleo. A este respecto, las distintas fórmulas de reparto de trabajo han surgido en el debate político y se ha considerado el trabajo a tiempo parcial como una posible vía para intentar distribuir el trabajo, que se presenta, en la escena de la crisis económica, como escaso. El contrato a tiempo parcial se muestra como una fórmula ventajosa para atender de forma adecuada a las exigencias de adaptabilidad de las empresas que, además, permite reducir el tiempo de trabajo y la retribución de los trabajadores.

En este contexto de un trabajo a tiempo parcial como una modalidad contractual flexible, estable y ventajosa, la finalidad que perseguimos en este estudio es la presentación y análisis de los diversos aspectos de esta modalidad contractual. En primer lugar, expondremos sintéticamente la evolución del trabajo a tiempo parcial en el

---

<sup>1</sup>PÉREZ BOTIJA, E.: Curso de Derecho del Trabajo. Editorial Dossat, Madrid, 1952, pág. 166.

<sup>2</sup>Baz Rodríguez, J., (coord.), *Trabajo a tiempo parcial y flexiseguridad, estudios en el marco del debate europeo, modernizar el debate laboral para afrontar los retos del siglo XXI*. Comares, Granada, 2008, pág.3

ordenamiento español, así como la aparición del contrato a tiempo parcial como modalidad contractual y su desarrollo normativo. Estudiaremos los rasgos que lo caracterizan para ser considerado como una modalidad contractual independiente y distinta de la modalidad a tiempo completo, y para conseguir tal objetivo, partiremos del concepto de trabajo a tiempo parcial.

Posteriormente, analizaremos el tema de la voluntariedad en el contrato a tiempo parcial, e intentaremos demostrar si estamos ante un empleo de carácter involuntario, definido como aquel que se realiza un trabajo a tiempo parcial debido a no haber podido encontrar un trabajo a tiempo completo, a pesar de desearlo. Desde la perspectiva de la política de empleo, examinaremos, en términos teóricos, el papel del contrato a tiempo parcial como medida frente al desempleo.

Otro objetivo genérico de este estudio consistirá en la aproximación a las cuestiones como es el acceso a las prestaciones de los trabajadores a tiempo parcial (cotizaciones y carencias) que, sin duda, constituyen uno de los elementos principales que conforma dicha modalidad, y abordaremos el tema de la protección social y no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial, haciendo especial referencia a la discriminación indirecta por razón de sexo. Y finalizaremos el estudio observando, como reflexión teórica, el trabajo a tiempo parcial en la actualidad, analizando la flexibilidad y estabilidad de esta modalidad contractual, e intentaremos comprobar si el trabajo a tiempo parcial se ha adaptado o no a las necesidades de la economía española.

## **II. EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL: EVOLUCIÓN**

### **A. LA APARICIÓN DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL**

El conocimiento histórico general es fundamental para una correcta percepción de las instituciones jurídicas, en cuanto éstas se expanden y se aclaran en el tiempo. En esencia, antes de comenzar el estudio del trabajo a tiempo parcial, es ineludible analizar el proceso de formación de los preceptos que conocemos hoy en día. Partiendo de esta premisa, hay que abordar el conocimiento de las diversas normas o leyes que han regulado el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial. Asimismo, es importante tener en cuenta la situación social existente en cada momento pues son éstas las que presiden el desenvolvimiento de las normas que regulan el trabajo a tiempo parcial. En efecto, la actividad legislativa tiene su origen en las experiencias reales, experiencias que suceden en la vida real de cada sociedad en el que se sostienen las leyes escritas.

Es indudable la importancia social y económica que tiene el trabajo a tiempo parcial. Su importancia se manifiesta esencialmente en su elevado grado de desarrollo, ocupando a más de 15% de la población trabajadora de nuestro país. El trabajo a tiempo parcial siempre ha sido objeto de una trascendental atención para la Organización Internacional del Trabajo y también en el ámbito de la Unión Europea. En nuestro país, la intervención normativa sobre este fenómeno se centró inicialmente en su reducción a través de leyes especiales que limitaban las jornadas por edades, sexo o sectores productivos, pero atendiendo a la protección de la salud del trabajador y no interesarse por un objetivo principal: el trabajo a tiempo parcial tal y como hoy conocemos<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup>Rodríguez, I.G.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial*. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág.24



El trabajo a tiempo parcial como una modalidad contractual independiente y dotada de una regulación específica, aparece en España en 1980 en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores. Hasta tal fecha, no existía en la legislación española ninguna norma que regulase de modo expreso o directo el trabajo a tiempo parcial, aunque, y a pesar de ello, siempre se ha podido trabajar con una jornada reducida al amparo del artículo 28 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1944, en el que se recogía el principio de libertad contractual de las partes.

Conviene aclarar en este caso la cuestión de si antes del Estatuto de los trabajadores de 1980 había la posibilidad de celebrar un contrato similar al de tiempo parcial. La respuesta es afirmativa al considerar que, por aquel entonces, no se prohibía la celebración de contratos parciales, sino que existía un resquicio legal que autorizaba el recurso a contratos de trabajo de jornada reducida, es decir, la celebración de estos contratos se hallaba prevista de un modo indirecto y genérico ya que no se prohibía la utilización del trabajo a tiempo parcial<sup>4</sup>.

## **B. PROGRESO NORMATIVO Y FUENTES REGULADORAS: DISTINTO TRATAMIENTO EN DIFERENTES REGULACIONES**

Como ya hemos puesto de relieve, la realidad del contrato a tiempo parcial se desconocía en nuestro derecho laboral histórico. Fue la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, la que contempló este fenómeno por primera vez y se incorporó el contrato a tiempo parcial como el “contrato de jornada reducida”, aunque iba dirigida solo a mayores de 45 años, minusválidos, jóvenes y trabajadores con responsabilidades familiares<sup>5</sup>.

La dedicación legislativa de carácter general del trabajo a tiempo parcial se inició en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 que concede carta de naturaleza y tipicidad a la modalidad contractual que tiene ese objeto. Fue entonces cuando se diseñaron las grandes líneas de la política de empleo, de la organización del mercado de trabajo y de la protección de los desempleados al adoptar normas que se ocuparon de fomentar el empleo de grupos con dificultades para entrar en el mundo laboral a través de la implantación de disposiciones sobre las nuevas modalidades contractuales que pretendieron modernizar el mercado de trabajo y flexibilizar el sistema productivo y las relaciones laborales<sup>6</sup>.

Es en 1980 cuando encontramos por primera vez una regulación específica del trabajo a tiempo parcial en la normativa laboral. Pero, lo cierto es que, esta modalidad desde el momento de su introducción en la legislación española no disfrutó de una regulación estable y ha sido objeto de numerosas modificaciones. Así, la Ley 34/1984, de 2 de agosto, introdujo una reforma del Estatuto de los Trabajadores, reforma que apuntaba hacia una mayor flexibilidad en las formas de contratación. Se trataba de una remodelación de la figura del trabajo a tiempo parcial con el fin de resolver las

---

<sup>4</sup>Vicedo Cañada, L.: *De contrato de trabajo a tiempo completo a contrato a tiempo parcial: una solución para las PYMES en tiempos de crisis*. La Ley, Madrid, 2009, pág. 20.

<sup>5</sup>Lousada Arochena, J.F. y Cortes Contreras, P.N.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*. Tecnos, Madrid, 2016, pág. 35.

<sup>6</sup>Ferradans Carames, C.: *El contrato a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*. Aranzadi, Navarra, 2006, pág.55.

dificultades y desperfectos del trabajo a tiempo parcial que venía de la anterior legislación<sup>7</sup>. Esta remodelación consistió en una redefinición del trabajo a tiempo parcial según la cual el trabajador a tiempo parcial pasaba a ser “aquel que preste sus servicios durante un número determinado de horas al día o a la semana, o de días a la semana o al mes, inferiores a los dos tercios de la jornada habitual en la actividad”<sup>8</sup>. En pocas palabras, las reformas introducidas a través de la Ley 34/1984 fueron las siguientes: la desaparición, en la definición, del periodo anual como módulo de referencia, con la finalidad de confundir el trabajo a tiempo parcial con el fijo discontinuo y el establecimiento de las condiciones para transformación voluntaria de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, pudiendo establecerse por convenios colectivos. Los resultados de esta reforma se calificaron como muy positivas, pues se produjo un aumento significativo en la contratación a tiempo parcial.

Con la reforma de 1994 se dio un paso más adelante en la flexibilidad del trabajo a tiempo parcial. La finalidad principal de esta reforma consistía en adoptar mejoras que posibilitasen más su utilización, pero teniendo en cuenta las aspiraciones personales del trabajador y también las necesidades reales de la empresa. La reforma fue iniciada a través del Real Decreto Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, en virtud del cual se reordenaba el trabajo a tiempo parcial y se derogaban expresamente los artículos 12 y 15.6 del Estatuto de los Trabajadores, artículos que regulaban el trabajo a tiempo parcial y las actividades de los trabajadores fijos discontinuos. Posteriormente, con la Ley 10/1994 de mayo, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, se ratificó lo regulado anteriormente con la finalidad de adelantar los programas de la reforma en materias de la colocación, el empleo y la contratación laboral.

Poco después, en 1997 se adoptó una serie de modificaciones en materia de trabajo a tiempo parcial de modo que se decidió modificar el art. 12 ET, pero no provocaron un cambio en la concepción del trabajo a tiempo parcial tal y como se conocía hasta esta reforma de 1997. En 1998 se inicia una nueva reforma laboral de la figura del trabajo a tiempo parcial. Se trata de la transposición de la Directiva Comunitaria 97/81 CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, en el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre. La Directiva pretende crear unas bases comunes en materia de trabajo a tiempo parcial para todos los Estados miembros estimulando de esta manera una armonización de las distintas legislaciones laborales. El presente Acuerdo tiene por objeto las condiciones de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial con la finalidad de establecer un marco general en el que impere la superación de las discriminaciones en relación con los trabajadores a tiempo parcial<sup>9</sup>.

Así, conviene tener presente que la principal innovación aportada por esta sucesión de normas consistía en la redefinición del trabajo a tiempo parcial, haciendo desaparecer la frontera antes existente entre un contrato ordinario a jornada reducida y un contrato a tiempo parcial. De un lado, y tras la reforma, cualquier número de horas que fuesen

---

<sup>7</sup>Vicedo Cañada, L.: *De contrato de trabajo a tiempo completo a contrato a tiempo parcial: una solución para las PYMES en tiempos de crisis*, op. cit., pág. 27.

<sup>8</sup>Vicedo Cañada, L.: *De contrato de trabajo a tiempo completo a contrato a tiempo parcial: una solución para las PYMES en tiempos de crisis*, op. cit., pág. 28.

<sup>9</sup>Véase el apartado III del Preámbulo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

inferiores al considerado como habitual en la actividad, podría dar lugar a un contrato a tiempo parcial, mientras que antes sólo cubría esta consideración el contrato con pacto de jornada inferior a 2/3 de la habitual en la correspondiente actividad. De otro lado, la modalidad de contrato fijo discontinuo desaparece, integrándose a todos los efectos como una modalidad del nuevo contrato a tiempo parcial<sup>10</sup>.

A través del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, y la Ley 12/2001, de 9 de julio, se vuelve a la definición del contrato de trabajo a tiempo parcial – que persistirá hasta la actualidad-, y modifica algunos aspectos de la regulación de esta modalidad contractual. En su Exposición de Motivos se recoge la idea de corregir diversas disfunciones observadas a partir de la aplicación práctica de su regulación, las cuales han impedido alcanzar plenamente todas las posibilidades de su difusión<sup>11</sup>. Las reformas más recientes en materia de trabajo a tiempo parcial podríamos encontrar en Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, y la Ley 1/2014, de 28 de febrero, reformas que suponen avances importantes al volver a prohibir las horas extraordinarias, aunque flexibilizando la regulación de las horas complementarias<sup>12</sup>.

Como hemos puesto de manifiesto, el contrato a tiempo parcial que en un principio se ha utilizado de manera escasa, fue pensado en su origen para promover el trabajo de las mujeres, como una forma de trabajo que permitía la conciliación entre la vida familiar y profesional. Sin embargo, bastante pronto, tomará el protagonismo su utilización para disminuir las tasas de desempleo. En este sentido, la norma que regula esta modalidad ha sufrido un largo proceso de flexibilización que a su vez ha dado lugar a un incremento en la utilización del trabajo a tiempo parcial, alcanzando el índice más elevado en estos últimos años, como consecuencia de la crisis económica<sup>13</sup>. Se trata de una modalidad de contrato más flexible al ofrecerle al empleador un contrato que se acomoda a sus intereses.

La cuestión a enfatizar en este punto de análisis es determinar si se ha podido o no lograr el equilibrio pretendido entre la disponibilidad individual de su tiempo por el trabajador y las estrategias de organización de la producción de las empresas, cuestión que será analizada con precisión en las páginas siguientes.

### **C. EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL COMO UNA MODALIDAD CONTRACTUAL: RASGOS CARACTERÍSTICOS**

Tal y como acabamos de señalar, el régimen jurídico de trabajo a tiempo parcial en España ha sido objeto de sucesivas reformas para promover su utilización. En este epígrafe nos detendremos en estudiar el régimen jurídico laboral del trabajo a tiempo

---

<sup>10</sup>Sempere Navarro, A. V. y Cavas Martínez, F.: «El nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial: modalidades y contenido». *Revista Doctrinal Aranzadi Social vol. V parte Tribuna*, Aranzadi, Cizur Menor, 1998, pág.4.

<sup>11</sup>FerradansCarames, C.: *El contrato a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, op. cit., pág.62.

<sup>12</sup>LousadaArochena, J. F. y Cortes Contreras, P. N.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*, op. cit. pág. 39.

<sup>13</sup>Ruano Albertos, S.: «El contrato a tiempo parcial: las posibles perversiones en su utilización». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 46, 2017, pág.47.

parcial, la definición legal y rasgos característicos que llevan a este trabajo a constituirse en una modalidad contractual.

El artículo 12.1 ET establece que el contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada del trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable<sup>14</sup>. No cabe duda de que el concepto de trabajo a tiempo parcial que aporta el art. 12 ET constituye una transposición adecuada del contenido de la cláusula 3ª del Acuerdo Marco Europeo sobre el trabajo a tiempo parcial de 1997<sup>15</sup>. Se entiende tanto en uno como en otro concepto el periodo de referencia variado que puede cambiar desde el diario hasta el anual, y se utiliza al mismo tercero de comparación subjetivo, el trabajador a tiempo completo comparable<sup>16</sup>.

Es esta la definición legal de esta modalidad, y la principal razón de que el trabajo a tiempo parcial sea una modalidad contractual independiente puesto que es el propio legislador el que la considera como tal. Es consecuencia de una clara política de flexibilización de las relaciones laborales, que ha dotado al trabajo a tiempo parcial de una serie de rasgos, que han llevado a considerarlo como una verdadera modalidad contractual. Los principios de igualdad y proporcionalidad que recoge la Directiva 97/81/CE son elementos característicos que justifican la consideración del contrato a tiempo parcial como otra modalidad contractual.

El carácter determinante de esta modalidad contractual es: el tiempo. El mismo desempeña un papel fundamental. El trabajo a tiempo parcial se caracteriza por una menor duración del tiempo de trabajo, frente a la mayor duración establecida para el trabajo a tiempo completo. De forma general, es un dato que marca el objeto contractual y delimita la prestación, así como la ejecución de la obligación y la cuantificación del cumplimiento de esta. Otro rasgo característico del trabajo a tiempo parcial es el modo de distribución del tiempo de trabajo y supone una de las particularidades que definen el contrato a tiempo parcial; es esta peculiaridad la que le proporciona la flexibilidad a esta modalidad contractual, habiendo en ella una gran cantidad de combinaciones posibles.

En definitiva, cabe considerar el trabajo a tiempo parcial como una modalidad contractual, ya que es considerado por el legislador como tal y es incluido entre las diferentes modalidades contractuales. Se le otorga un régimen jurídico propio y diferente del contrato de trabajo a tiempo completo, pues posee aspectos que lo

---

<sup>14</sup>Al respecto, STS de 14 de mayo de 2007, Recurso Unificación de Doctrina 85/2006.

<sup>15</sup>Véase la cláusula 3 de la Directiva 97/81/CE: «1. A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por «trabajador a tiempo parcial» a un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable. 2. A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por «trabajador a tiempo completo comparable» a un trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias. En caso de que no exista ningún trabajador a tiempo completo comparable en el mismo establecimiento, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales».

<sup>16</sup>Lousada Arochena, J. F. y Cortes Contreras, P.N.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*, op. cit. pág. 43.

diferencian, así como el carácter voluntario, principio que rige en la constitución del contrato a tiempo parcial, según analizaremos seguidamente.

Vista la definición legal del contrato a tiempo parcial, hay que diferenciar entre el concepto del contrato a tiempo parcial vertical y el horizontal. El artículo 3.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, dispone que “*cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada*”. Es decir, «cada día trabajado», aun con tarea inferior a la jornada normal, ordinaria o habitual, se computa como «un día cotizado», resolviéndose de este modo la situación de los trabajos parciales “horizontales”. Así, los trabajadores a tiempo parcial horizontal son los que trabajan todos los días laborales de la semana, y los trabajadores a tiempo parcial vertical son aquellos que concentran sus horas de trabajo en determinados días laborales de la semana.

Este precepto legal parte como presupuesto básico de la existencia de un trabajo efectivo en el día para que éste pueda ser computado, no teniéndose en cuenta por ello, los días de total inactividad laboral. El problema está en la desigualdad entre estas dos modalidades del contrato a tiempo parcial en el orden a la acreditación de los periodos de ocupación cotizada.

Ocurre que, cuando se trabaja en jornada diaria reducida todos los días laborales previstos como tales en el calendario laboral se cubre un periodo de ocupación cotizada superior que cuando se trabaja sólo algunos días a la semana o al mes en jornada diaria completa, a pesar de que la jornada mensual de trabajo sea idéntica en ambos supuestos, o incluso superior en el segundo. En efecto, estamos ante dos modalidades con tratos desiguales al cubrir el periodo de ocupación cotizada por días cotizados-trabajados y no en proporción a la duración real de la jornada laboral realizada en el mes de referencia<sup>17</sup>.

#### **D. EL PRINCIPIO DE (IN) VOLUNTARIEDAD**

El principio de la voluntariedad en el contrato a tiempo parcial está contemplado en los artículos 9 y 10 del Convenio número 175 de la OIT, sobre el trabajo a tiempo parcial y en la cláusula 5ª del Acuerdo Marco Europeo sobre trabajo a tiempo parcial<sup>18</sup>. Este principio de voluntariedad pasó al derecho español y se recogió por primera vez en el apartado 4 letra e) del artículo 12 ET y establece lo siguiente: “*La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo ...*”. El legislador trata de potenciar la voluntariedad en el tiempo parcial y de esta manera, en

---

<sup>17</sup>Roqueta Buj, R.: «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Revista Española de Derecho de Trabajo*. n. 174, 2015 parte Estudios, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág.5.

<sup>18</sup>Artículo 9 y 10 del Convenio número 175 de la OIT, sobre el trabajo a tiempo parcial: “Deberán adoptarse medidas para facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial, productivo y libremente elegido, que responda a la vez a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores, siempre que se garantice la protección a que se refieren los artículos 4 a 7 del presente Convenio”. Por su parte, establece el artículo 10: “En los casos apropiados, deberán adoptarse medidas para que el traslado de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial, o viceversa, sea voluntario, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales”.

este artículo prevé el procedimiento para estimular los cambios de puestos de trabajo a tiempo parcial hacia puestos de trabajo a tiempo completo o viceversa. El objetivo principal es posibilitar la movilidad voluntaria desde un contrato hacia el otro<sup>19</sup>.

Por definición, el trabajo que es objeto del Derecho del Trabajo es voluntario. Llevando esta idea al plano constitucional, el derecho al trabajo es una de las bases sobre las que se asienta jurídicamente el modelo laboral de nuestra Constitución. En el marco de sus disposiciones generales, el vigente Estatuto de los Trabajadores comprende a los trabajadores que *voluntariamente* prestan sus servicios. Ahora bien, en el contrato a tiempo parcial: ¿Existe verdaderamente esta voluntariedad? ¿Es trabajo a tiempo parcial involuntario?

Son cuestiones que adquieren una importante relevancia, teniendo presente la utilización de esta modalidad contractual en los tiempos de crisis en el que, en muchas ocasiones, el trabajo a tiempo parcial aparece como último recurso del trabajador, o a falta del trabajo de mayor jornada, los trabajadores se ven forzados a elegir el trabajo a tiempo parcial. Cabe subrayar la idea de que el trabajo a tiempo parcial es considerado como un subempleo y está pensado para algunos colectivos, así como para madres con hijos, jóvenes en formación...; es decir, aquellos que acceden a estos puestos de trabajo de una forma involuntaria. Se trata de personas que, por diversas situaciones y por no disponer de mayor tiempo libre, buscan un horario de trabajo reducido. Cuando no existe voluntariedad en la elección de este tipo de trabajo se suele tratar de sujetos que no encuentran un trabajo a tiempo completo y por necesidad y por diversos motivos acuden a este contrato a tiempo parcial. Estos motivos pueden ser los siguientes: falta de cualificación, mujeres con cargas familiares que precisan de tiempo libre para dedicar a sus hijos, o también, la crisis económica que ha causado el descenso de la actividad económica y ha tenido sus efectos negativos sobre el empleo<sup>20</sup>.

A la vista de lo anterior, queda clara la idea de que, aunque la voluntariedad es una característica esencial de cualquier contrato, teniendo presente las actuales condiciones de precariedad en el empleo existe un gran porcentaje de trabajadores a tiempo parcial que aceptan el contrato a tiempo parcial, porque no encuentran el trabajo a tiempo completo, o se ven forzados a aceptar por parte del empresario.

Ante ello, podemos concluir que el uso de esta modalidad y su aplicación se justifica con diversos argumentos, pero lo cierto es que, el empleo a tiempo parcial ha adquirido un carácter involuntario, y se destina para aquellos trabajadores que realizan un trabajo a tiempo parcial al no poder encontrar un trabajo a tiempo completo, siendo este último el que hubieran deseado encontrar. Se deduce, por lo tanto, que, en el contexto del empleo escaso provocado por la crisis económica, se está produciendo un uso diferente del contrato a tiempo parcial y está presente el crecimiento notable del trabajo a tiempo parcial involuntario.

---

<sup>19</sup>García-Perrote Escartín, I. y Nieto Rojas, P., «Aspectos laborales del contrato a tiempo parcial». Revista Jurídica de Castilla y León, n. 22, 2010, pág. 29.

<sup>20</sup>Solas Picó, M.T., Hidalgo Rúa, G. M. y García Díaz, M.:«Trabajo a tiempo parcial: incidencias». Revista Acciones e Investigaciones Sociales, n. 3, 1995,págs. 198 y ss.

## E. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO

La igualdad entre mujeres y hombres ocupa un papel central en la labor de los Tribunales elevándose hasta la categoría de derecho humano fundamental, ligado al respeto de la dignidad de las personas y considerándose como un principio fundamental del derecho comunitario. En este sentido, se han ido analizando cuestiones relativas a discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo en el trabajo a tiempo parcial<sup>21</sup>. La integración igualitaria de la mujer en el mundo del trabajo, pese a los instrumentos internacionales o las disposiciones legislativas nacionales, tanto prohibitivas de desigualdad de trato como potenciadoras de acciones positivas, y las medidas tutelares o sancionadoras, es hoy en día una de las principales cuestiones a resolver, teniendo en cuenta que las formas de empleo precario son esencialmente formas de empleo femenino<sup>22</sup>. La adaptación de la jornada de trabajo a las necesidades familiares obliga generalmente a las trabajadoras al mayor de los esfuerzos posibles, como es el de renunciar a una carrera profesional plena y completa<sup>23</sup>. No todo el trabajo a tiempo parcial de la mujer esconde cuidado de menores o familiares, sino muchas veces existen dificultades en las que se encuentran las mujeres para acceder al mercado de trabajo normalizado. Todo ello nos muestra un fracaso de las políticas de igualdad de género y el limitado alcance de los instrumentos que permiten conseguir una distribución equilibrada y proporcionada de las cargas familiares y laborales en función al sexo.

Es bien sabido que la Unión Europea se construyó en torno al liberalismo económico, pero también al social, reforzando a la vez la desregulación laboral y la prohibición y lucha contra las causas de discriminación. Cuando se habla del principio de igualdad y no discriminación en el contrato a tiempo parcial se refiere a la idea de establecer un marco general para la eliminación de la discriminación contra los trabajadores a tiempo parcial y de contribuir al desarrollo de las posibilidades de trabajo a tiempo parcial sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores<sup>24</sup>. La transposición de tales consideraciones de modo explícito al ordenamiento jurídico español se encuentra en el artículo 12.4 d) ET<sup>25</sup>. Pero, aun así, el ordenamiento español opta, con muy escasa creatividad, por la reducción de la jornada, con la correspondiente reducción retributiva, como modalidad privilegiada de ejercicio de los derechos de conciliación de las necesidades familiares, personales y laborales de las personas trabajadoras que son las que mayoritariamente acceden a esta modalidad contractual.

Como ya hemos mencionado, existe un trato diferente entre trabajadores a tiempo parcial verticales y horizontales y es algo que ha sido reiterado por nuestra doctrina de

---

<sup>21</sup>Miranda Boto, J.M.: «Trabajo a tiempo parcial horas extraordinarias y discriminación por razón de sexo». Revista Doctrinal Aranzadi Social, n. 78, 2007, pág.1.

<sup>22</sup>Perán Quesada, S.: Capítulo IX: Tiempo de trabajo y género. La perspectiva española, En VV. AA.: *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI, retos, oportunidades y riesgos emergentes*. Perán Quesada, S., (Dir. y coord.). Comares, Granada, 2014, pp. 166-168.

<sup>23</sup>Perán Quesada, S., (Dir. y coord.), *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI, retos, oportunidades y riesgos emergentes*, op. cit. pág. 180.

<sup>24</sup>Véase Preámbulo Directiva 97/81/CE.

<sup>25</sup>Baz Tejedor, J.A.:«El principio de igualdad, no discriminación (y proporcionalidad) en el trabajo a tiempo parcial». En Baz Rodríguez, J., (coord.), *Trabajo a tiempo parcial y flexiguridad: estudios en el marco del debate europeo, modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Comares, Granada, 2008, págs. 51-55.

forma constante, sin embargo, no fueron tan numerosas las voces que se atrevieron a ir un poco más allá sugiriendo que podría ser discriminatoria<sup>26</sup>. Retomando lo establecido en el art. 3.4 del RD 625/84, donde se observa la diferencia entre los trabajadores a tiempo parcial verticales (en los que el trabajo se concentra en solo parte de los días de la semana) y horizontales (con igual parcialidad en la jornada semanal, sólo que repartida durante los cinco días laborales de la semana), pues esto supone una discriminación indirecta por razón de sexo, dado que el criterio normativo, al margen de atender al principio de proporcionalidad contributiva, impacta negativamente en el colectivo de mujeres trabajadoras, que son las que siguen siendo mayoritariamente contratadas en tal régimen de parcialidad<sup>27</sup>.

El artículo 4.1 de Directiva 79/7/CEE de 19 de diciembre de 1978 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, prohíbe la discriminación por razón de sexo, particularmente en lo relativo a las condiciones que determinan la duración y el mantenimiento a las prestaciones. Como claro ejemplo de esta materia es la prestación por desempleo que está comprendida en el ámbito de la aplicación de esta directiva, ya que forma parte de un régimen legal que garantiza protección, en particular frente al desempleo, que es uno de los riesgos enumerados en el artículo 3.1 a) <sup>28</sup>. Resulta importante aclarar que la norma nacional no es directamente discriminatoria puesto que se aplica sin hacer distinción tanto a trabajadores como a trabajadoras, pero en este caso, existe discriminación indirecta y a los efectos del artículo 4 de la Directiva 79/7 en tanto que cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudica de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, pues son mujeres – en un porcentaje de 70-80% según las estadísticas anuales – las que son contratadas bajo esta modalidad contractual.

Por tanto, aunque la normativa nacional no distingue entre hombres y mujeres, las estadísticas indican que una proporción mucho mayor de trabajadoras que de trabajadores se encuentra en una situación de desventaja, por lo que podemos afirmar que la normativa española es indirectamente discriminatoria, en el sentido del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE.

### **III. EL PAPEL DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL COMO MEDIDA FRENTE AL DESEMPLEO: ¿UNA SOLUCIÓN AL DESEMPLEO O LA APARICIÓN DEL EMPLEO PRECARIO?**

El trabajo como principio de identidad social es un valor y el interés común de lo que constituye la base de la humanidad. En todas las etapas de la historia de la humanidad, el trabajo ha sido el elemento desencadenante del progreso en la evolución humana y en

---

<sup>26</sup>López Gandía, J. y Toscani Giménez, D.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y los fijos discontinuos*. Bomarzo, Albacete, 2010, pág.61.

<sup>27</sup>Pérez de Prado, D.: «Otro «toque» del Tribunal de Justicia a propósito de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial: reflexiones al hilo del caso Espadas Recio». *Revista de Información Laboral*, n.4, 2018, 2018, pág.9.

<sup>28</sup> Artículo 3.1 letra a) de la Directiva 79/7/CEE: «La presente Directiva se aplicará a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos: enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral y enfermedad profesional, desempleo».



su socialización<sup>29</sup>. En la actualidad, el análisis de los diversos instrumentos que forman la política de empleo es una cuestión importante y precisa de un estudio obligado debido a las nuevas transformaciones actuales como por ejemplo la competitividad económica, la descentralización del mercado de trabajo, el desempleo y la aparición de empleo precario, principalmente. Todos aquellos que requieren un análisis de los mismos, y, sobre todo, un análisis de sus efectos y consecuencias. En el presente trabajo estudiaremos el contrato a tiempo parcial como medida de reparto del trabajo y analizaremos si mediante la distribución del trabajo se consigue mantener o crear empleo.

En el contexto de desempleo que amenaza a los sistemas de relaciones laborales europeos, una de las posibles herramientas de la política de empleo se considera la distribución de empleo. Ese reparto de trabajo traducido en la reducción del mismo mediante el contrato a tiempo parcial se manifiesta como idónea dentro de las medidas de política de empleo. Así se recoge en el Considerando (5) de Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, en el que anuncia la necesidad de adoptar medidas para promover el empleo y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y adopta medidas tendentes a un aumento de la intensidad de creación de empleo del crecimiento, en particular mediante una organización más flexible de trabajo, que corresponda a los deseos de los trabajadores y a los requisitos de la competencia. En efecto, el contrato a tiempo parcial es un instrumento para la creación de empleo por las ventajas que ofrece tanto para el empresario como para el trabajador. Con respecto al empresario es ventajoso ya que le permite adaptar la organización del trabajo a las necesidades productivas de la empresa. Y para el trabajador porque mediante este contrato se puede compatibilizar la actividad laboral con otras de índole familiar, personal, formativa o de ocio, es decir, conciliar de modo adecuado, su vida laboral con la vida privada, con sus necesidades o preferencias<sup>30</sup>. En definitiva, en principio, la eficacia del contrato a tiempo parcial nace de tres motivos: facilitar la conciliación de la vida profesional y la vida privada, flexibilizar el empleo y compartir el trabajo.

Por otro lado, podemos señalar que el empleo es un recurso escaso en la escena de crisis económica por lo que surge la necesidad de repartirlo a través de distintas políticas de empleo y en esta línea el contrato a tiempo parcial se considera como una fórmula habitual en los programas que implementan las distintas políticas públicas de empleo<sup>31</sup>. Se afirma que una de las eficacias evidentes del contrato a tiempo parcial es la solución de situaciones de desempleo. Sin embargo, esta afirmación puede ser peligrosa, ya que es cierto que la utilización del contrato a tiempo parcial es un instrumento eficaz para la política de empleo, pero no puede utilizarse indiscriminadamente en su versión temporal ya que supondría un aumento de la temporalidad que normalmente se une a la precariedad laboral<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup>Arriola, J. y Vasapollo, L.: *Flexibles y precarios: la opresión del trabajo en el nuevo capitalismo europeo*. Jaca Book, Milán, 2003, pág.7.

<sup>30</sup>Begoña García Gil, M<sup>a</sup> B.: *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*. Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 240 y ss.

<sup>31</sup>Espín Sáez, M.: «El contrato a tiempo parcial ¿la conciliación en los tiempos de la precariedad?». *Revista de Información Laboral*, n. 12, 2016, pág. 16.

<sup>32</sup>García Gil, M<sup>a</sup> B.: *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*, op. cit, pág. 242.

El fenómeno de la precariedad ha sido objeto de estudio desde hace décadas y ha cobrado una gran atención en los últimos años. La precariedad constituye un factor determinante de situaciones de desigualdad tanto en lo que se refiere a la distribución de la renta como en el reparto del riesgo social, y es por eso por lo que se hace necesario una política legislativa que limiten y controlen los procesos de flexibilización laboral<sup>33</sup>. Desde esta perspectiva, conviene analizar la cuestión central de este apartado y responder a la pregunta inicial. Se rechaza, al menos en parte, la posibilidad de que la utilización de contrato a tiempo parcial sirva para generar o repartir el empleo.

El contrato a tiempo parcial precariza a los sectores más vulnerables de la población porque los colectivos contratados a tiempo parcial son, principalmente, mujeres o jóvenes. Si es verdad que la flexibilización a la que hemos referido en este trabajo, ha alcanzado un punto más elevado en estos tiempos como la consecuencia de la crisis económica y de las últimas reformas operadas, que, sin duda, lo han hecho más atrayente para el empleador al ofrecerle un contrato más flexible capaz de acomodarse a sus intereses, pero en este acomodo a los intereses de una parte y ante la necesidad de repartir un bien escaso, el trabajo, ha dado lugar a las expectativas e intereses de una sola parte del contrato. Se deduce, por lo tanto, que esta modalidad de contrato a tiempo parcial se configura como vulnerable para los trabajadores en cuanto a la inestabilidad en el empleo y salarios insignificantes.

#### **IV. SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO A TIEMPO PARCIAL**

##### **A. EL ACCESO A LAS PRESTACIONES: COTIZACIONES Y CARENCIAS**

Como ya afirmábamos anteriormente, la regulación de contrato a tiempo parcial ha tenido una larga evolución. El régimen jurídico de la contratación a tiempo parcial ha sufrido variaciones importantes que han afectado a aspectos concretos y esenciales como son su propia definición o delimitación<sup>34</sup>. Hemos definido esta modalidad contractual como aquella donde ha sido acordada la prestación de servicios, durante un determinado número de horas inferior a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable al día, a la semana, al mes o al año.

Resulta importante hacer un análisis de cómo los trabajadores de tiempo parcial acceden a las prestaciones de Seguridad Social, así como determinar las cotizaciones y carencias o la base reguladora, materias que se encuentran regulados en los artículos 245 a 248 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 (LGSS)<sup>35</sup>.

El sistema vigente de cotización en el contrato a tiempo parcial, introducido a través del Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas Urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su

---

<sup>33</sup>Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*. Bomarzo, Albacete, 2002, pág. 134.

<sup>34</sup>Rey Guanter, S. (dir.), Valverde Asencio, J., Gala Durán, C., Luque Parra, M., *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de seguridad social*. La Ley, Madrid, 2003, pág. 257.

<sup>35</sup>Debemos tener presente que estos preceptos fueron redactados según los cambios introducidos por el artículo 5 de Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

estabilidad, encuentra su apoyo legal en la disposición adicional 7<sup>a</sup>, apartado 1, regla 1<sup>a</sup> LGSS. Conforme la normativa citada, la cotización a la Seguridad social, Desempleo, fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial será mensual y se efectuará en razón de la remuneración efectivamente percibida en función de las horas trabajadas en el mes que se considere<sup>36</sup>. La cotización, por lo tanto, responde al sistema general de cotización mensual, con independencia del número de horas o de días que se trabaje a la semana o al mes debido al carácter reducido y a la distribución irregular de la jornada de trabajo de estos trabajadores. Cabe señalar que ese carácter mensual de la cotización va a determinar la existencia de lagunas de cotización cuando el tiempo de inactividad laboral sea superior al mes. Se parte de una cotización mensual y se determina la base de cotización por contingencias comunes de los trabajadores a tiempo parcial y se rige por la siguiente regla: la remuneración que habrá de ser computada para su determinación será la correspondiente a las horas ordinarias y complementarias que haya realizado el trabajador en el mes a que se refiere la cotización.

El tratamiento de los periodos de cotización para calcular los periodos de carencia, después de la STC 61/2013, de 14 de marzo,<sup>37</sup> se establece una nueva manera de computar el tiempo cotizado y así, acreditar los periodos de cotización necesarios a fin de causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, con el fin de personalizar al máximo el nivel de parcialidad del trabajador a lo largo de toda su vida laboral y el propósito de concretar con una mayor precisión la totalidad de días que el trabajador ha prestado sus servicios a tiempo parcial, es decir, pueden ser computados para poder acceder a las diferentes prestaciones<sup>38</sup>. De esta manera, en el artículo 247 LGSS, en el que se regula el cómputo de los periodos de cotización se introducen dos términos novedosos: *el coeficiente de parcialidad* -información esencial de las que parte para el cálculo de los periodos de cotización en los trabajos de tiempo parcial, que viene determinado por la empresa al formalizar el alta del trabajador, quedando constancia en la vida laboral del mismo- y, otro término, *el coeficiente global de parcialidad*, que no se refiere ya a cada periodo de tiempo trabajado a tiempo parcial sino a la globalidad de la vida laboral del trabajador, de forma que se toman en consideración el número total de días en alta del trabajador que, a su vez, dependerá del tipo de trabajo a tiempo parcial conforme al cual se haya contratado al trabajador.

De esta manera, podemos afirmar que, con aplicación de las novedades introducidas en materias de cotización y periodos de carencia, se manifiesta la clara adaptación a la carrera personal del sujeto cuando éste ha tenido periodos de alta efectiva parcial. En efecto, dichas reformas van a tener la influencia inmediata desde el punto de vista del

---

<sup>36</sup>BarcelónCobedo, S.: *Trabajo a tiempo parcial y seguridad social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág.71 y ss.

<sup>37</sup>Véase STC 61/2013, de 14 de marzo de 2013. Cuestión de inconstitucionalidad 5862-2003. Planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación con la disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Derechos a la igualdad en la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo: determinación de los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social computando exclusivamente las horas trabajadas, en perjuicio de las trabajadoras a tiempo parcial (STC 253/2004).

<sup>38</sup>BarcelónCobedo, S.: *Trabajo a tiempo parcial y seguridad social*, op. cit., pág.92 y ss.

reconocimiento del derecho y posterior acceso a la prestación en tanto que todo trabajador que haya trabajado a tiempo parcial, y siempre que los mismos hayan sido prestados por el tiempo necesario para reunir el periodo mínimo de carencia legal para acceder a diferentes prestaciones de la Seguridad Social, y la obtendrá por aplicación del coeficiente global de parcialidad. Lo que no se le exigirá, es el cumplimiento del requisito de carencia en los términos generales que se le exige a los trabajadores a tiempo completo. Esta medida, sin duda, está pensada para garantizar la protección social de los trabajadores que en su vida laboral tengan una parcialidad reiterada.

## **B. LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y LA DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL**

El principal objetivo de las políticas de empleo es el sostenimiento de un sistema capaz de proteger las situaciones de desempleo. De acuerdo con la Estrategia Europea de Empleo<sup>39</sup>, sus fines fundamentales son la consecución del pleno empleo, la promoción de la calidad de empleo, la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, y la reducción de las situaciones de desempleo<sup>40</sup>. No podemos olvidarnos de la Constitución Española que hace referencia en varios preceptos la necesidad de poner en funcionamiento políticas de empleo.

El artículo 40.1 recoge la obligación pública de establecer medidas orientativas a generar el empleo pleno, y en materia de desempleo en el ámbito del sistema de Seguridad Social, proclama la necesidad de un régimen público que mantenga y garantice la asistencia suficiente en caso de situaciones de necesidad, en concreto, la situación de desempleo. Dejando a un lado lo anterior, y entrando en el análisis de la cuestión central del este apartado, es importante afirmar que el régimen jurídico de la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial es distinto, pero se acude a lo que fija el Título III de la Ley General de la Seguridad Social y, además, a los artículos del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.

Como cuestión a enfatizar sobre la situación legal del desempleo parcial, conviene subrayar el artículo 262 LGSS que señala que la protección tanto en el nivel contributivo como en el asistencial, se regula para atender a quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su empleo de forma temporal o definitiva, o vean reducida temporalmente su jornada laboral, por expediente de regulación de empleo, con la correspondiente pérdida o reducción análoga de salarios, por algunas de las causas establecidas como situaciones legales de desempleo.

Como norma general, para causar derecho a la prestación contributiva de desempleo, es necesario, además de otros requisitos, tener cubierto el periodo mínimo de cotización de 360 días, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar. Cuando las cotizaciones acreditadas

---

<sup>39</sup>El origen de la Estrategia Europea de Empleo (EEE) se remonta a 1997. Los Estados Miembros de la UE se comprometieron a establecer un conjunto de objetivos comunes para las políticas de empleo y acordaron un procedimiento específico de seguimiento y el control anual. El papel de la UE se limita a asesorar, controlar y coordinar la elaboración de las políticas. Así, las mejoras previstas para el año 2020 según EEE consiste en mejorar la tasa de empleo hasta al menos un 75% de la población entre 20 y 64 años.

<sup>40</sup>Sánchez-Urán Azaña, Y. (coord.), Blázquez Agudo, E. M.: *Protección por desempleo: los distintos niveles complementarios y sucesivos*. Editorial, JURUÁ, Lisboa, 2016, pág.13.

correspondan a un trabajo a tiempo parcial, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada<sup>41</sup>. La prestación de desempleo de los trabajadores a tiempo parcial debe reconocerse en atención al número de días trabajados, con independencia del volumen de la jornada diaria o semanal, resolviéndose de este modo la situación de los trabajos parciales horizontales, al que hemos hecho alusión antes.

La duración de la prestación por desempleo está en función de los periodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, pero en los casos de trabajo a tiempo parcial concentrado en periodos inferiores a los de alta, para determinar la duración de prestación por desempleo solo ha de tenerse en cuenta el tiempo en que, efectivamente, se prestó la actividad laboral, por más que la correspondiente cotización por la contingencia de desempleo a la Seguridad Social y el alta en esta última se mantengan durante todo el año y que, también, se considere como día cotizado entero aquel en el que, solo parcialmente, se desarrolló la actividad laboral<sup>42</sup>.

De esta manera, debemos destacar, una vez más, que se trata de una prestación que premia a los trabajadores a tiempo parcial horizontal frente a los de tipo vertical ya que, aunque realicen las mismas horas de trabajo, pero con diferente distribución de jornada, los primeros podrán acreditar más días de cotización que los segundos<sup>43</sup>. Para comprender mejor esta materia, tenemos que acudir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en asuntos recientes como el de la posible discriminación en caso de la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial. Es el caso de Espadas Recio que es un ejemplo claro y duro de una regulación laboral y de protección social de los trabajadores a tiempo parcial, regulación y protección que no se ajusta al Derecho de la UE.

En este sentido, tenemos que afirmar que la Sentencia de Espadas Recio es un caso que manifiesta una de las problemáticas surgidas en torno a la contratación temporal: la diferencia de trato entre trabajadores a tiempo parcial vertical y horizontal, y su comparación con los trabajadores a tiempo completo, en materia de desempleo. Se trata de una cuestión que precisa de una protección social más adecuada y equiparada para los trabajadores que son más vulnerables, pues se hace necesario una regulación más eficaz en cuanto a los trabajadores a tiempo parcial vertical.

El asunto tratado en este capítulo es uno de la protección social que desde hace mucho tiempo viene a indicar que es necesario una solución a esta regulación que no se ajusta a la UE y será este último quien obligará al legislador nacional a modificar determinados aspectos en la regulación del contrato a tiempo parcial y su relevancia en la prestación por desempleo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto mediante la Sentencia de 9 de noviembre de 2017 la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona (C-98/2015<sup>44</sup>), en relación con la duración de la prestación

---

<sup>41</sup>Véase artículo 3.4 del RD 625/1985.

<sup>42</sup>Roqueta Ruj, R.: «Protección por desempleo de los trabajadores con contrato a tiempo parcial». Editorial, Lex Nova, 2015, págs. 1-5.

<sup>43</sup>BarcelónCobedo, S.: *Trabajo a tiempo parcial y seguridad social*, op. cit, pág.136.

<sup>44</sup>Supuesto de hecho: La Sra. Espadas Recio trabajó a tiempo parcial como limpiadora desde el 23 de diciembre de 1999 hasta el 29 de Julio de 2013, trece años y medio aproximadamente, más de seis años, por tanto. Su jornada de trabajo a tiempo parcial se ejecutaba en forma vertical, esto es concentrada en

contributiva por desempleo originada por la pérdida de un trabajo a tiempo parcial de varios años de duración, en el que la prestación de servicios se realiza solo algunos días a la semana, que ya sabemos que es trabajo a tiempo parcial vertical. En estos supuestos, para el cálculo de la duración de la prestación contributiva por desempleo se aplica lo establecido en el artículo 3.4 del Real Decreto 625/1985, que constituye el desarrollo reglamentario al que remite el párrafo segundo del vigente artículo 269.2 LGSS. Según este artículo 3.4, cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada.

La regulación que fija este artículo sobre la protección por desempleo no es adecuada para el Derecho de la Unión Europea. Estamos, de nuevo, ante una discriminación por razón de sexo, pues se trata de una modalidad contractual que, frecuentemente, es utilizada por mujeres. Efectivamente, un 80% de los trabajadores a tiempo parcial, tanto vertical como horizontal, son del sexo femenino por lo que esta limitación del tiempo de cotización perjudica de forma discriminatoria a este colectivo<sup>45</sup>.

Se desprende de lo anterior que todos los trabajadores a tiempo parcial vertical comprendidos en el ámbito de aplicación de la medida nacional controvertida en el caso de Espadas Recio, resultan perjudicados por esta medida nacional, ya que, con arreglo a ella, se reduce el periodo durante el cual pueden recibir una prestación por desempleo en comparación con el periodo reconocido a los trabajadores a tiempo parcial horizontal. Por otro lado, mantiene la idea el Abogado General en sus conclusiones que aunque la normativa nacional controvertida no distingue entre hombres y mujeres, las estadísticas proporcionadas por el órgano remitente, indican que una proporción mucho mayor de trabajadoras que trabajadores se encuentra en una situación de desventaja, y es por esto por lo que esta normativa es indirectamente discriminatoria en el sentido del artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, pues dicha normativa claramente perjudica a los trabajadores a tiempo parcial como la señora Espadas Recio.

A la vista de lo anterior, se llega a la conclusión de que el TJUE ha dado la solución a un problema que se encuentra en nuestro sistema de protección social, en la prestación de desempleo para los trabajadores a tiempo parcial.

Se impone la necesidad de adoptar medidas legislativas que deberán corregir el problema detectado, y dicha medida parece que consistirá en una reforma legislativa con el fin de modificar la normativa en lo relativo a las prestaciones de desempleo de los trabajadores a tiempo parcial vertical, para que estos no se encuentren en una situación de desventaja y no se sienten discriminadas por razón de sexo en caso de las trabajadoras que acceden a esta modalidad contractual. Es importante tener en cuenta en

---

algunos días de la semana. En concreto prestaba servicios 2,5 horas los lunes, miércoles y jueves y 4 horas el primer viernes de cada mes. En total, ocho horas y media semanales. Al ser despedida solicita las prestaciones de desempleo, reconociéndole la entidad gestora un periodo de prestaciones de 120 días. La reclamación previa es parcialmente estimada elevando el número de días de prestación reconocidos a 420 días. La beneficiaria impugna judicialmente la resolución dictada en la consideración de que habiendo cotizado durante más de seis años le corresponde la duración máxima que son 720 días y no los 420 reconocidos.

<sup>45</sup>Véase, más extensamente sobre esta cuestión, el comentario del TJUE, quien ve discriminatorio que se reduzca el tiempo del paro a las mujeres que trabajan por horas. Recuperado el día 21 de abril de 2018 de: <http://diariolaley.laley.es/home/EX0000127866/20171110/EI-TJUE-ve-discriminatorio-que-se-reduzca-el-tiempo-del-paro-a-las-mujeres-que-t>

esta línea que el Gobierno español está tramitando una reforma del desempleo parcial con el objetivo de adecuarlo a la Sentencia anteriormente mencionada. Se elaboró una Memoria de Análisis del impacto Normativo<sup>46</sup>, en el que se exponen la justificación de la conveniencia de realizar una memoria abreviada y los aspectos más relevantes de la norma que se pretende aprobar. Se pretende realizar mediante Real Decreto la modificación al cómputo de periodo de ocupación cotizada en supuesto concreto de que se haya realizado trabajos a tiempo parcial en los que no se ha prestado servicio durante todos los días laborales del contrato, a efectos del acceso a las prestaciones por desempleo, determinación de su duración y, en su caso, de la cuantía. Y en cuanto al impacto por razón de género, se pretende conseguir la eliminación de la discriminación indirecta contra las mujeres que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea denuncia en la normativa española<sup>47</sup>.

## **V. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL EN LA ACTUALIDAD: ¿EXISTE LA VERDADERA FLEXIBILIDAD Y ESTABILIDAD?**

Estamos ante un trabajo a tiempo parcial que ha evolucionado a lo largo de años, persiguiendo convertirse en una medida de fomento del empleo a través de una regulación flexible. Es una modalidad contractual que ha sido creada, desde el principio, con la voluntad de ampliar, flexibilizar o definir la figura de contrato a tiempo parcial. Es voluntad del legislador la persecución de la protección de esta figura contractual y no solo como una medida de fomento del empleo, sino también como una forma de empleo estable y voluntario. Ya hemos observado como el contrato a tiempo parcial ha evolucionado a lo largo de tiempo y ha ido adquiriendo las características contractuales que hoy en día posee. En efecto, hemos analizado las sucesivas reformas en materia de empleo a tiempo parcial que han tratado de adecuar la regulación legal a las necesidades empresariales e incrementar, de esta manera, la flexibilidad y utilización de este tipo de contrato. Desde esta perspectiva, se hace necesario tratar la cuestión sobre cuáles han sido los resultados, cómo es la situación de trabajo a tiempo parcial hoy en día, y analizar, a través de reflexiones teóricas, el posible éxito de la flexibilidad y de la estabilidad.

Como ya se ha afirmado en muchas ocasiones, el empleo parcial tiene un carácter flexible y está dirigido a la creación de empleo para hombres y mujeres, y sirve a los trabajadores para conciliar su vida personal, familiar o laboral. Así, se organiza como un mecanismo flexible y les permite mejorar su competitividad en el mercado. Sin embargo, los efectos del trabajo a tiempo parcial no se muestran realmente flexibles y seguros, ya que existen circunstancias que convierten al tiempo parcial en una forma precaria de trabajo. Se puede afirmar que se ha producido un perjuicio en las condiciones de los trabajadores a tiempo parcial; estamos ante una vulnerabilidad de

---

<sup>46</sup>Memoria abreviada del análisis de impacto normativo del real decreto por el que se modifica el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo. Recuperado el día 23 de mayo de 2018 de:

[http://www.empleo.gob.es/es/participacion/ficheros/historico/informacion-publica/2018/Orden\\_02\\_20180129\\_MAIN\\_gabinete\\_empleo.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/participacion/ficheros/historico/informacion-publica/2018/Orden_02_20180129_MAIN_gabinete_empleo.pdf).

<sup>47</sup>Debemos recalcar que la causa inmediata de este proyecto normativo es la STJUE, de fecha 9 de noviembre de 2017, que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona acerca de la compatibilidad del apartado 4 del artículo 3 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, con el Derecho de la Unión Europea.

estos trabajadores y es evidente en cuanto a la inestabilidad en el empleo, salarios bajos y dificultades de acceso a prestaciones del sistema de Seguridad Social.

Otro efecto negativo que ha tenido esta modalidad contractual es el aspecto de género. La idea del empleo a tiempo parcial como forma de conciliación institucionaliza la irregularidad como forma de empleo para la mujer, lo que explica que se trate de un tipo de empleo no buscado por la mayoría de las mujeres que trabajan en esta modalidad, y es un rechazo que se incrementa en paralelo al crecimiento del trabajo a tiempo parcial<sup>48</sup>. Según los datos mostrados en este trabajo, se ha determinado que el rostro del trabajador a tiempo parcial es el de una mujer contratada en el sector servicios y están mal retribuidas que la media. Este rostro femenino se aproxima al rostro de la pobreza, hecho que preocupó al TJUE y a la legislación nacional que han declarado la ordenación de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial contraria a las Directivas europeas sobre igualdad y a la Constitución Española, de un lado, por vulneración del principio de igualdad entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo y, de otro, por dar lugar a una discriminación indirecta de las mujeres contratadas bajo esta modalidad<sup>49</sup>.

## VI. REFLEXIÓN FINAL

El objetivo de la política de empleo española de los últimos años ha sido el fomento y promoción del trabajo a tiempo parcial como herramienta de creación de empleo estable y el instrumento para frenar el desempleo. En los últimos años, el trabajo a tiempo parcial ha llegado a ser una de las modalidades de contratación habituales, más incentivadas y convertirse en un tipo contractual de gran relevancia práctica.

Ahora bien, el contrato a tiempo parcial en los últimos años ha adquirido un carácter involuntario. La mayoría de los trabajadores que trabajan a tiempo parcial lo hacen porque no encuentran un contrato a tiempo completo. Esta modalidad contractual es atractiva y deseada por parte de los trabajadores porque constituye la única opción disponible en el mercado de trabajo.

Además, el contrato a tiempo parcial es discriminatorio para las mujeres. La adaptación de la jornada de trabajo a las necesidades familiares, es decir, la conciliación de la vida personal y laboral obliga mayoritariamente a las mujeres. Es un fracaso de la política de igualdad de género al no conseguir una distribución equilibrada de las cargas familiares y laborales en función del sexo.

Y el contrato a tiempo parcial no es una medida fiable para la lucha contra el desempleo. Los elementos que engloba a esta modalidad contractual reúnen muchas de las manifestaciones que conllevan a la precariedad laboral. Se hace necesario, por lo tanto, una mejora de la legislación, que estipule una adecuada y verdadera política de empleo ligada a la flexibilidad y estabilidad, para así evitar la parcialidad que, en su mayoría, es involuntaria.

---

<sup>48</sup>Ortiz García, P.: «El trabajo a tiempo parcial ¿una alternativa para la mujer en tiempos de crisis?». Sociología de Trabajo (Revista cuatrimestral de empleo, trabajo y sociedad) n. 82, Ed. Siglo XXI de España editores, Madrid, 2014, pág. 79 y ss.

<sup>49</sup>Espín Sáez, M.: «El contrato a tiempo parcial ¿la conciliación en los tiempos de la precariedad?», op. cit., pág. 17.



Recibido: 27.02.2018. Aceptado: 07.03.2018

## **RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL**

**EXTRA CONTRACTUAL      RESPONSIBILITY      DERIVED      FROM  
PROFESSIONAL ILLNESS**

### **AMADO QUINTANA AFONSO**

Graduado Social, Abogado, EPJLP, Doctorando por la ULPGC, Profesor Asociado de la ULPGC y Funcionario de la Administración Local

### **YADILA CANO SANTANA**

Ex presidenta de la Sala de lo Económico del Tribunal Provincial de la Habana (Cuba). Licenciada en Derecho por la ULPGC y Máster de Acceso a la Abogacía por la UNED.

## RESUMEN

La resolución a comentar *versa* sobre la reclamación de cantidad, por responsabilidad extracontractual, como consecuencia de las lesiones sufridas por la exposición indirecta al amianto a la que estuvieron sometidas durante el periodo que sus esposos prestaron servicios profesiones a la empresa demandada, Uralita. Resulta de especial interés porque aborda la relación de los efectos perniciosos y perjudiciales del manejo de sustancias derivadas del amianto y la causa efecto en la inhalación de este producto pernicioso por las demandantes al lavar y planchar la ropa de trabajo de sus esposos, mientras prestaban servicios para la empresa demandada. Dando por acreditado el daño referido y la relación causa y efecto del mismo con la inhalación de amianto por parte de las actoras.

**PALABRAS CLAVE:** Enfermedad profesional, responsabilidad extracontractual, daño sufrido, prueba del daño, prescripción de la prueba, indemnización por daños ocasionados.

## ABSTRACT

The judgement to be discussed relates to the claim of amount, for non-contractual liability, as a consequence of the injuries suffered by the indirect exposure to asbestos to which they were subjected during the period that their spouses rendered services professions to the defendant company, Uralita. It is of particular interest because it addresses the relationship of the harmful and damaging effects of the handling of asbestos-derived substances and the cause of the inhalation of this harmful product by the plaintiffs when washing and ironing their husbands' for the defendant company. Giving as credited the referred damage and the relation cause to effect of the same with the inhalation of asbestos on the part of the actors.

**KEY WORDS:** Occupational disease, non-contractual liability, damage suffered, proof of damage, prescription of proof, compensation for damages

## **SUMARIO<sup>1</sup>**

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO**
- III. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**
- IV. LEGITIMACIÓN DE LA RECLAMACIÓN**
- V. LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO REEQUILIBRIO DE INTERESES**
- VI. EL DAÑO SUFRIDO POR TERCEROS**
- VII. CUESTIONES ESENCIALES DE LA PRUEBA**
- VIII. LOS DAÑOS QUE DEBEN SER INDEMNIZADOS**
- IX. DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN**
- X. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES**
- XI. CONCLUSIONES**

---

<sup>1</sup>Las páginas comprendidas entre la 268-273 son autoría de Doña Yadila Cano y de la 273-285 de D. Amado Quintana.

## I. INTRODUCCIÓN

La resolución dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2017, ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán,<sup>2</sup> confirma la decisión tomada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21<sup>a</sup>) de fecha 12 de febrero de 2015, ponente Doña María Almudena Cánovas del Castillo Pascual<sup>3</sup> e inadmite los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, en el ejercicio de ejercitar la acción de reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual, como consecuencia de las lesiones sufridas por la exposición indirecta al amianto a la que estuvieron sometidas durante el periodo en que sus esposos prestaron servicios profesionales a la empresa demandada. Dicho fallo, supone la apertura de una interesante servidumbre sobre los daños sufridos por terceros a consecuencia del desarrollo de la actividad laboral de los cohabitantes de la misma vivienda. La especial sensibilidad de la resolución estudiada ha reconsiderado el valor social de la vida, de la salud y de la integridad de los daños sufridos por los residentes de un mismo inmueble por los daños sufridos por sus causahabientes, que no ha tenido la consideración debida en el pasado.

La sentencia que propongo comentar versa sobre la reclamación de cantidad, por responsabilidad extracontractual, como consecuencia de las lesiones sufridas por la exposición indirecta al amianto a la que estuvieron sometidas durante el periodo que sus esposos prestaron servicios profesionales a la empresa demandada, Uralita. Resulta de especial interés porque aborda la relación de los efectos perniciosos y perjudiciales del manejo de sustancias derivadas del amianto<sup>4</sup> y la causa efecto en la inhalación de este producto pernicioso por las demandantes al lavar y planchar la ropa de trabajo de sus esposos, mientras prestaban servicios para la empresa demandada (desde 1964 a 1981 uno y el otro desde 1962 a 1992) centrándose el recurso en la responsabilidad extracontractual de la entidad recurrida. El incumplimiento de la empresa guarda una precisa y directa relación de causalidad con la enfermedad que ha provocado el fallecimiento, como consecuencia de las fibras de amianto inhaladas al lavar y planchar durante muchos años su ropa de trabajo. En este tipo de reclamaciones es suficiente constatar que la empresa ha incurrido en algún tipo de negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales para con sus trabajadores. Por lo que la acción a ejercitar será la emanada de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil.

---

<sup>2</sup>La Ley 101975/2017.

<sup>3</sup>La Ley 27987/2015.

<sup>4</sup>El amianto y el asbesto son denominaciones genéricas de silicatos hidratados que, en función de su estructura, se clasifican en dos grupos de minerales, la serpentina, que tiene un único miembro, el amianto blanco o crisolito, que era muy usado en construcción, y el anfíbol que comprende cinco tipos de amianto, siendo los únicos aplicados dos, el amianto marrón o granerita, usado también la construcción, y el amianto azul o rebeckita, que se usaba en aplicaciones especializadas por su resistencia a altas temperaturas. El amianto, al tratarse de un mineral aislante, ignífugo, fácil de manipular y de fabricar y distribuir se vino utilizando a lo largo del siglo XX para fabricar multitud de productos, siendo uno de ellos el fibrocemento, utilizado entre otras cosas tanto para fabricar placas planas y onduladas como para la fabricación de tuberías, dedicándose precisamente Uralita S.A a la fabricación de este fibrocemento en la fábrica que tenía en la localidad de Getafe. Sobre el tema, AZAGRA MALO, A. y GILI SALDAÑA, M., Guía Indret de jurisprudencia sobre responsabilidad civil por daños del amianto, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2005, pp. 3 y ss., consultado online el 09/07/2017.

[http://www.indret.com/pdf/277\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/277_es.pdf)

Por tanto, la responsabilidad extracontractual de la entidad demandada, está ligada al deber general de no causar daño a otros amparado en la omisión de las cautelas que le son exigibles en la utilización del amianto para la fabricación de los productos que comercializa, con relación de causalidad entre la actividad del agente y el daño causado, en el marco de una tendencia jurisprudencial hacia la objetivación de la responsabilidad en el ejercicio empresarial de actividades peligrosas, con inversión de la carga de la prueba de la culpa de manera que corresponde en este caso a la entidad demandada probar que obró con toda la diligencia que le era exigible; diligencia que no equivale a la simple observancia de las prescripciones impuestas por los reglamentos pues las mismas se revelan como insuficientes, si no obstante su cumplimiento, por tanto, el daño se produce<sup>5</sup>.

Como vía de penetración en el tema debemos refrescar que la *enfermedad profesional* es un riesgo social, y que, por ello, debe ser concebido como riesgo o posibilidad. Teniendo, por tanto, que tener una actitud previsora de que puede producirse un hecho dañoso derivado de un riesgo – causa. Aquilatando con mayor precisión, podríamos decir que se trata de un riesgo profesional, dado el maridaje que tiene con el desempeño de la actividad laboral<sup>6</sup>.

## II. BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

En las instalaciones de la fábrica de Getafe propiedad de Uralita S.A vinieron prestando sus servicios como trabajadores, tal y como ya indicamos en la introducción, D. Heraclio, casado con D<sup>a</sup> Modesta, y ello desde 1964 hasta 1981, habiendo fallecido el Sr Heraclio a los 47 años de edad. Igualmente estuvo trabajando en esta fábrica de Getafe desde 1962 hasta 1992 D. Santiago, esposo de D<sup>a</sup> Dulce.

Los sucesores de las demandantes, ya fallecidas, ejercitaron la acción de reclamación de cantidad en concepto de responsabilidad extracontractual, como consecuencia de las lesiones padecidas por la exposición indirecta al amianto a la que estuvieron sometidas durante el periodo que sus esposos prestaron servicios profesionales a la empresa demandada, Uralita; patologías provocadas por el contacto con las fibras del citado mineral, al estar sometidas a diario al polvo de amianto que desprendían tanto las ropas

---

<sup>5</sup>Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11<sup>a</sup>), núm. 149/2016 de 5 abril. JUR 2016\115860. Ponente: Ilma. Sra. Doña María de los Desamparados Delgado Tortosa. Las causantes de los once demandantes se encontraron sometidas a la exposición e inhalación del polvo de amianto impregnado diariamente en la ropa de trabajo de sus respectivos maridos, contrayendo diferentes patologías respiratorias provocadas por la exposición indirecta o doméstica al polvo de amianto que, finalmente, constituyó la causa de su fallecimiento: teniendo en cuenta el alcance de las enfermedades padecidas por las causantes de los demandantes así como los padecimientos físicos y psíquicos que les supuso, la cantidad en que debe ser indemnizado cada uno de los demandantes por daños morales puede establecerse conforme a los criterios establecidos en el baremo de accidentes de circulación.

<sup>6</sup>CAVAS MARTÍNEZ, F., *La Acción protectora: La enfermedad profesional y su protección específica*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005 p. 1; RUBIO SÁNCHEZ, F., *El contrato de trabajo de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 350 y ss. El concepto de enfermedad profesional viene reflejado en el artículo 157 de la LGSS, cuyo tenor literal es “*se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional*”.

de trabajo de sus esposos, que ellas lavaban, como el calzado de los mismos, reclamando tanto por este daño físico como moral padecido como consecuencia de aquél.

Frente a la demanda presentada de contrario, se opone el demandado, alegando en síntesis que a la fecha en que los esposos de las demandantes trabajaban en la empresa de Getafe no se tenían conocimientos suficientes sobre los riesgos que para la salud podían suponer la exposición prolongada y directa al amianto, negando que como empresa hubiera actuado negligentemente para proteger a sus trabajadores de los riesgos del amianto; alegó que desde 1982 dejaron de lavar la ropa de sus trabajadores en casa, habiéndose adoptado desde 1964, distintas medidas de prevención, higiene y seguridad específicos, dudando de la relación de causa a efecto entre la actividad desarrollada por las demandantes en lo referente al lavado y cuidado de la ropa de trabajo y calzado de sus maridos con las enfermedades por ellas padecida, en tanto que el contacto con productos que contuvieran asbesto podía provenir de cualquier otro producto usado en la vida ordinaria, discrepando además del quantum indemnizatorio solicitado y dudando de la existencia de cualquier daño moral.

El Juzgado número 4 de 1ª Instancia de Madrid estima la demanda, en esencia parte de la existencia de cierto daño, esto es de unas lesiones padecidas por las demandantes, en concreto un mesioteloma pleural de origen asbestósico que además fue la causa de fallecimiento de las demandantes durante el procedimiento y determinó que existía relación de causa a efecto entre las enfermedades padecidas por aquellas y la inhalación de amianto por la exposición doméstica al mismo, teniendo la enfermedad por ellas sufrida, un periodo de latencia en ocasiones superior a treinta años, conllevando un cierto daño moral derivado no solo de la gravedad intrínseca de la enfermedad pleural padecida sino por lo catastrófico de la misma, en cuanto al sufrimiento físico que conllevaba, con tratamientos con efectos secundarios y complicaciones severas que además no tenían una finalidad curativa sino meramente paliativa, con importante merma de calidad de vida y el perjuicio que todo ello conllevaba también para sus familiares. Dando por acreditado el daño referido así como la relación causa a efecto del mismo con la inhalación del amianto, tras analizarse la responsabilidad por riesgo y proceder a examinar la acción/ omisión por parte de Uralita, determinó que *no debía imputar a la misma actuación culpable alguna por no haber adoptado medidas que impidieran la inhalación del amianto por las demandantes en las labores de lavado y planchado de la ropa de trabajo de sus esposos en la época en que prestaron sus servicios laborales para la entidad demandada, sin que la normativa vigente estableciera las medidas a adoptar para evitar la exposición doméstica o para ocupacional, ni tan siquiera si dicha exposición debiera evitarse.*

La representación de la parte actora en el procedimiento ha venido a mostrar su desacuerdo con la resolución adoptada por la Juzgadora de instancia por considerar que la misma había realizado una incorrecta valoración de la prueba practicada, en tanto que de ella no se desprendía, pese a lo indicado en la resolución recurrida, que Uralita S.A hubiera adoptado las previsiones exigidas en la normativa vigente en lo referente a la manipulación de amianto que ya existía y era de aplicación, y ello tanto en cuanto al contenido máximo permitido de partículas de amianto en suspensión, como en lo referido a la implementación de métodos de limpieza y aspiración de amianto en lugares de trabajo, y tampoco en cuanto a la protección de los empleados y el lavado de la ropa

de trabajo, entendiendo que en cualquier caso la Juzgadora de instancia había aplicado un criterio de responsabilidad erróneo, debiendo haber aplicado la teoría de responsabilidad por riesgo por la manipulación de un producto de tanto riesgo como el amianto, siendo éste un material potencialmente peligroso por lo que debían extremarse las precauciones a adoptar tanto por los trabajadores en la fábrica en la que se manipulaba él mismo, como por sus familiares, entendiendo que había realizado igualmente la Juzgadora de instancia una valoración errónea en cuanto a la imprevisibilidad e inevitabilidad del daño, en tanto que la inhalación del polvo de asbesto era algo perjudicial para la salud, lo que suponía que no era algo imprevisible, pudiendo haberse evitado el daño de extremarse la precaución o el cuidado. Debiendo quien con su actuar negligente causa un daño a un tercero indemnizarle en los daños y perjuicios que ello le hubiera causado, y teniendo en cuenta el alcance de las lesiones padecidas por las Sras. Dulce y Modesta, esto es sendos metoseliomas y atelectasia redonda, que fueron la causa de su muerte, habiendo quedado acreditado en autos la gravedad de esta enfermedad y su pronóstico vital, así como el tratamiento meramente paliativo de la misma, y que la misma conlleva no solo un padecimiento físico severo, sino también un daño psicológico o emocional por la merma en la calidad de vida de quien lo padece, entendemos que Uralita S.A debe proceder a indemnizar a los actores en la litis.

Por su parte, la AP de Madrid establece que:

*“... quien con su actuar negligente causa un daño a un tercero indemnizarle en los daños y perjuicios que ello le hubiera causado, y teniendo en cuenta el alcance de las lesiones padecidas por las Señoras Dulce y Modesta, esto es sendos metoseliomas y atelectasia redonda, que fueron la causa de su muerte, habiendo quedado acreditado en autos la gravedad de esta enfermedad y su pronóstico vital, así como el tratamiento meramente paliativo de la misma, y que la misma conlleva no solo un padecimiento físico severo, sino también un daño psicológico o emocional por la merma en la calidad de vida de quien lo padece, entendemos que Uralita S.A debe proceder a indemnizar a los actores en la litis.”*

Criticó Uralita S.A que la parte actora en el procedimiento tomara en consideración para determinar el *quantum* indemnizatorio por ella reclamado el baremo establecido para las lesiones y secuelas derivadas de ellas con causa en un accidente de circulación, entendiendo que no era de aplicación él mismo. Recordando las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo por ejemplo el 25 de marzo de 2011 si bien no es directamente aplicable el baremo referido para la determinación de la cuantía indemnizatoria en un supuesto como el que nos ocupa, dicho Tribunal en la sentencia citada, así como en la de 25 de octubre de 2011, indicó que:

*“a fin de evitar soluciones dispares, viene aceptando los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, para fijar los perjuicios y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad. Esta aceptación no es vinculante, tal y como aparece para la cuantificación de los daños derivados de un hecho relacionado con la circulación,*

*sino orientativa, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto”.*

Pues bien, esta Sala, teniendo en cuenta el alcance de las lesiones padecidas por las Sras. Modesta y Dulce, que finalmente les causó la muerte, así como los padecimientos físicos y psíquicos que la enfermedad por ellas sufrida les supuso entiende que la cantidad en que debe ser indemnizada cada una de ellas, en este caso quienes se subrogaron en el ejercicio de las acciones por cada una de las mismas deducidas, por parte de Uralita S.A no es sino la suma de ciento ochenta mil euros(180.000 €), siendo así que procede que estimemos parcialmente la demanda formulada condenando a Uralita S.A. al pago de la cantidad indicada a favor de cada una de las partes personadas en sustitución de D<sup>a</sup> Dulce y de D<sup>a</sup> Modesta . El TS, por su parte, ratifica la sentencia dictada por la AP de Madrid e inadmite el recurso de casación igualmente que el recurso extraordinario por infracción procesal.

Comenzando por el recurso de casación, la entidad demandada ha interpuesto al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC, alegando la existencia de interés casacional y se razona un único motivo, por infracción de los arts. 1902, 1104 y 1105 CC y por oposición a la jurisprudencia de esta sala, contenida entre otras en las SSTS 1380/2008, de 7 de enero; la n.º 426/2006, de 10 de mayo; n.º 139/2011, de 14 de marzo; la n.º 210/2010 de 5 de abril; la n.º 909/2005, de 9 de noviembre; n.º 739/2003, de 10 de julio; n.º 244/2014, de 21 de mayo; n.º 1250/2007, de 5 de diciembre; la n.º 1377/2007 de 5 de enero. Y ello al haber condenado a Uralita sin concurrir el necesario requisito de la culpabilidad, puesto que es un hecho probado que los daños eran inevitables atendiendo al estado de la ciencia y la técnica cuando se produjeron. Entiende que no cabe exigir responsabilidad si no hay culpa, si los daños son inevitables, arts. 1104 y 1105 CC. Alega igualmente que la doctrina jurisprudencial sobre los riesgos del desarrollo y del progreso, también impide exigir responsabilidad por daños imprevisibles o inevitables.

El recurso extraordinario por infracción procesal se desarrolla en tres motivos. El primero, al amparo del art. 469.1. 2º LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, y concretamente del art. 218.1 LEC, alegando incongruencia en la sentencia; el segundo, subsidiario del anterior, lo interpone al amparo del art. 469.1. 4º de la LEC, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, en relación con los arts. 326, 348, 376 LEC, al hacerse una valoración probatoria incompleta, arbitraria. Ilógica e irrazonable, y ello al omitir la sentencia varios documentos esenciales para Uralita que acredita que cumplió la normativa de seguridad e higiene vigente en cada momento y desplegó la máxima diligencia exigible según el estado de la ciencia y técnica.

Estableciendo el TS que, el recurso de casación interpuesto no puede prosperar, y ello a pesar de las alegaciones efectuadas en el oportuno trámite por la recurrente, por incurrir en las siguientes causas de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, art. 483.2. 4º LEC, por plantear cuestiones que no afectan a la *ratio decidendi*.

En efecto, en contra de lo manifestado por el recurrente, la sentencia aquí recurrida, declara que la demandada no ha acreditado suficientemente haber adoptado no solo las medidas a que legalmente estaba obligado, sino aquellas que conforme a los conocimientos existentes en el momento en que se produjeron los hechos litigiosos,



debió haber adoptado, con una diligencia y cuidado que le era exigible al venir desarrollando una actividad productiva con materiales que conocía al menos desde 1940, que eran especialmente peligrosos, y ello no solo respecto de los trabajadores sino también respecto de las personas que podían tomar contacto con la ropa de trabajo, incluso de la ropa de calle, al utilizar la misma taquilla.

En consecuencia, lo que hace el recurrente es obviar la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, la cual pone el acento en la falta de probanza por parte de la aquí recurrente, de haber adoptado todas las medidas a su alcance para evitar el daño.

Corresponde sentar que no cabe en este recurso la revisión de los hechos que la sentencia de instancia ha declarado probados. Desde la observación de los hechos probados apuntados, esta sala acepta las conclusiones jurídicas de la sentencia de apelación, reseñadas y entiende que no existe la infracción denunciada, de modo que el interés casacional alegado lo es meramente artificioso o instrumental lo que determina la inexistencia del interés casacional alegado. Debe tenerse en cuenta, por último, que la sentencia recurrida es conforme con la doctrina de esta sala, expuesta en la sentencia 639/2015, de 3 de diciembre de 2015<sup>7</sup>.

### III. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

La culpa extracontractual, regulada por el artículo 1.902 del Código civil, requiere la concurrencia de los presupuestos de acción culposa o negligente, producción de un resultado de daño, y relación de causa a efecto entre aquella acción y este resultado, sin mediación o interferencia. La obligación de reparar el daño causado comprende asimismo a “... *los dueños o directores de un establecimiento o empresa, respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en los que tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones*”, así establecido por el artículo 1.903, párrafo cuarto, del Código civil.

Pues bien, consta acreditado que las actoras, ya fallecidas, desempeñaron la tarea en sus respectivos domicilios, la limpieza de la ropa y calzado de trabajo de sus esposos, una vez concluida la jornada laboral. En el desarrollo de dichas tareas, permanecieron expuestas al polvo de amianto impregnado en la ropa de trabajo de sus cónyuges, exponiéndose por ellas así a la inhalación indirecta o doméstica de las partículas de amianto que se desprendían de la ropa de trabajo.

---

<sup>7</sup>Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 639/2015 de 3 de diciembre de 2015, Rec. 558/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. LA LEY 192302/2015. Reclamación de indemnización de daños y perjuicios por los trabajadores afectados por el amianto empleado por las empresas demandadas y por los familiares de trabajadores ya fallecidos. Según la doctrina jurisprudencial, será competente la jurisdicción social cuando el daño dimanara de la vulneración de normas reguladoras de la relación laboral, incluyendo las referidas a la seguridad e higiene en el trabajo. En este caso, respecto a los familiares de los trabajadores fallecidos, la legitimación viene determinada por la relación de contrato de trabajo como sucesores de los antiguos trabajadores y trae causa directa del accidente de trabajo y de la relación laboral que mantenían los afectados con la empresa. Sin embargo, sí es competente la jurisdicción civil para conocer de la reclamación formulada por tres amas de casa ajenas al contrato de trabajo que reclaman por el daño sufrido como consecuencia de la manipulación de la ropa de sus esposos, trabajadores de las demandadas. Respecto a ellas, las demandadas no actuaron con la diligencia exigible una vez que a partir de los años cuarenta tuvieron un mayor conocimiento del riesgo que en general suponía la exposición al polvo de amianto, incluso para terceros ajenos a la relación laboral.

Dicha exposición indirecta o doméstica de las señoras, causantes de las demandas, lo fue cotidianamente durante los periodos en que sus respectivos esposos trabajaron por cuenta de la demandada Uralita SA, en su fábrica de Getafe. Por tanto, esta exposición a la inhalación de polvo de amianto impregnado en la ropa de trabajo de sus respectivos maridos, durante los periodos en que estos trabajaron por cuenta de la entidad mercantil demandada, contrajeron diferentes patologías pulmonares, anteriormente descritas, que culminaron, todas ellas, en el fallecimiento de las mismas. Ninguna de las demandantes causantes, tuvo, con anterioridad a contraer su patología pulmonar derivada de exposición indirecta o doméstica al polvo de amianto, antecedente patológico pulmonar alguno.

Se condena, por tanto, a la entidad mercantil como responsable de unos daños y perjuicios causados a las demandantes como consecuencia de su actuar negligente ocasionando unos daños de extrema gravedad que las condujo a la muerte.

La jurisprudencia considera la responsabilidad civil derivada del daño ocasionado como un claro supuesto de responsabilidad derivada de la previa existencia de un deber de prevención generador de una deuda de seguridad cuando dicha obligación de prevención no se acredita haberla actuado. La discusión se centra en que mientras la recurrida sí que considera que la empresa en la época en que se produjeron los hechos incumplió un previo deber de prevención existente, en tanto la de contraste considera que ese deber u obligación previa no debía considerarse existente. Basándose la AP que el legislador a partir de 1940 empezó a ser consciente de la peligrosidad del amianto y el asbesto y el riesgo que la manipulación de los mismos conllevaba, lo que debemos tener en cuenta para resolver las cuestiones en esta alzada discutidas, y ello en tanto que examinada la misma de ella cabe desprender que la inhalación de fibras de asbesto se conocía que era perjudicial para la salud de quienes trabajaban con este material, siendo por ello que desde 1947 se consideró como enfermedad profesional la asbestosis, incluyéndose dentro de estas enfermedades desde el año 1978 el mesiotelioma pleural, siendo esta enfermedad la padecida por quienes presentaron la demanda iniciadora de la litis<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup>1) OM 31-1-1940, Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, con normas sobre el trabajo en ambientes pulvígenos, sobre estado y ventilación de los locales de trabajo, así como sobre la dotación de medios de protección individual a los trabajadores cuando no sea posible conseguir una eliminación satisfactoria de polvos u otras emanaciones nocivas para la salud. 2) OM 7-3-1941, normas para la prevención e indemnización de la silicosis como enfermedad profesional que afectaba a aquellas industrias en la que se desprendía polvo mineral o metálico. Entre otras normas destaca ya la exigencia de reconocimientos médicos específicos (cavidad naso-faríngea, aparato respiratorio a efectuar mediante Rayos X, aparato cardio-vascular, fijando el diagnóstico lo más exactamente posible de las lesiones cardio-pulmonares existentes), tanto al ingreso en el trabajo, con posteriores revisiones anuales y en los casos de cese en el trabajo por despido. 3) D 10-1-1947, creador del seguro de enfermedades profesionales, que deroga en parte la OM 7-3-1941, y en cuyo cuadro de enfermedades profesionales se incluye directa y expresamente la asbestosis. 4) D 26-7-1957, por el que se regulan los trabajos prohibidos a la mujer y a los menores, derogado en cuanto al trabajo de las mujeres por L 31/1995 disposición derogatoria única, reitera el carácter nocivo de tales actividades, incluyendo entre las actividades prohibidas: el asbesto, amianto (extracción, trabajo y molienda). 5) D 792/1961, sobre enfermedades profesionales y obra de grandes inválidos y huérfanos de fallecidos por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, incluyéndose como enfermedad profesional la asbestosis por “extracción, preparación, manipulación del amianto o sustancias que lo contenga. 6) D 2414/1961, por el que se aprueba el reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, estableciéndose una concentración máxima permitida en el ambiente interior de las explotaciones industriales, que tratándose de polvo industrial en suspensión cuando consiste en amianto era de 175 millones de partículas

La existencia de una normativa que obligaba a la empresa a tomar medidas que, aun de carácter genérico en ocasiones, venían establecidas para evitar una contaminación que en aquellos momentos ya se conocía como posible, y el hecho de que la empresa no haya acreditado haberla cumplido conforme a las exigencias contenidas en tales normas, obliga a entender que la enfermedad contraída por el demandante deriva de aquel incumplimiento empresarial y por lo mismo que las consecuencias nocivas le son imputables a título de culpa a quien incumplió tal normativa (art. 1101 del CC). La responsabilidad derivada de un incumplimiento de las normas de seguridad sólo puede ser enervada por éste demostrando que actuó con la debida diligencia, más allá incluso de las meras exigencias reglamentarias, quedando exento de responsabilidad tan solo cuando el resultado lesivo se hubiera producido por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1105 del CC).

Por ello, no es posible negar la relación de causalidad física o material entre el trabajo de los esposos de Doña Dulce y Doña Modesta con el polvo de amianto y, por tanto, con la enfermedad contraída por ambas, al realizar el lavado de la ropa de trabajo.

#### **IV. LEGITIMACIÓN DE LA RECLAMACIÓN**

Los sujetos legitimados activamente para efectuar la reclamación serán aquellos que sufran el daño ocasionado y los familiares (causahabientes) en caso de fallecimiento. La representación de D<sup>a</sup> Dulce y de D<sup>a</sup> Modesta, a quienes al haber fallecido durante la tramitación del procedimiento han venido a suceder procesalmente, por una parte, D. Santiago y D. Carlos Ramón, D. Luis Miguel, D<sup>a</sup> Zulima, D. Juan Ignacio, D<sup>a</sup> María Inmaculada y D<sup>a</sup> Amalia, y, por otra parte, D<sup>a</sup> Elisabeth, D<sup>a</sup> Eufrasia y D. Benjamín.

#### **V. LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO REEQUILIBRIO DE INTERESES**

Trata de deslindar, la responsabilidad civil, entre la libertad de cada individuo y los bienes e intereses que la sociedad, bajo su ordenamiento jurídico protege. Cuando se transgrede dicha línea, con ocasión de una acción antijurídica, con un resultado dañoso, estaremos hablando de la función primaria de la responsabilidad civil. Se ocupa, por

---

por metro cúbico de aire. 7) OM 12-1-1963, donde se concretan normas sobre las asbestosis y para los reconocimientos médicos previos al ingreso en labores con riesgo profesional asbestósico, así como la posterior obligación de reconocimientos médicos periódicos cada seis meses. 8) OM 9-3-1971, por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en la que se establece como obligación del empresario: adoptar cuantas medidas fueran necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa; que en los locales susceptibles de producir polvo, la limpieza se efectuará por medios húmedos cuando no sea peligrosa, o mediante aspiración en seco cuando el proceso productivo lo permita; que los centros de trabajo donde se fabriquen, manipulen o empleen sustancias susceptibles de producir polvos que especialmente pongan en peligro la salud o la vida de los trabajadores, estarán sujetos a determinadas prescripciones; la manipulación y almacenamiento de estas materias, se efectuará en locales o recintos aislados y por el menor número de trabajadores posible adoptando las debidas precauciones; la utilización de estas sustancias se realizará preferentemente en aparatos cerrados; se instalará un sistema de ventilación que renueve el aire de estos locales constantemente; y que en los locales en que se produzcan sustancias pulvígenas perniciosas para los trabajadores, tales como polvo de sílice, partículas de cáñamo, esparto u otras materias textiles, y cualesquiera otras orgánicas o inertes, se captarán y eliminarán tales sustancias por el procedimiento más eficaz, y se dotará a los trabajadores expuestos a tal riesgo de máscaras respiratorias y protección de la cabeza, ojos o partes desnudas de la piel.

tanto, la responsabilidad civil del traspaso del daño, haciendo que la disminución del patrimonio sufrida por la víctima sea repercutida sobre el causante. Por tanto, el elemento subjetivo aparece como un criterio de imputación en función de la gravedad de los daños ocasionados a la víctima<sup>9</sup>.

La responsabilidad extracontractual de la entidad demandada está ligada al deber general de no causar daño a otros amparado en la omisión de las cautelas que le son exigibles en la utilización del amianto para la fabricación de los productos que comercializa. Actuando, por tanto, de manera negligente, amparada en una legislación excesivamente laxa y permisiva, y aunque el daño resultara imprevisible ello no le exoneraría de responsabilidad.

Por todo lo expuesto, no juzga esta resolución si Uralita, S.A., cumplió o no la normativa laboral, sino si ésta actuó con la debida diligencia frente a terceros ajenos a la relación laboral, una vez conociendo que a partir de los años 40 se iba teniendo una mayor noción del riesgo que suponía la exposición al amianto, máxime cuando se tenía conocimiento por la entidad demandada de que las esposas de los trabajadores se ocupaban en casa del lavado de la ropa y del calzado.

## VI. EL DAÑO SUFRIDO POR TERCEROS

El concepto de daño en sentido lato abarca los distintos fenómenos usualmente aceptados como fuente generadora de responsabilidad, entre ellos el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral o cualquiera que se hubiese derivado del daño ocasionado, buscando como principal objetivo el de resarcir a la víctima. En nuestro ordenamiento jurídico los daños no se encuentran recogidos de manera taxativa en la legislación, por ello el legislador ha completado determinadas especificaciones para restablecer la compensación sufrida por el daño ocasionado por un tercero, emanadas de la doctrina y la jurisprudencia, las cuales han aceptado las normas y los criterios previstos en el orden civil, con criterios y pautas claras y concertadas para evitar excesos en su reparación y crear seguridad jurídica, apostando por un concepto abierto, elástico y pre-jurídico del daño, elaborando para ello diversas teorías (de la diferencia, que atiende al menoscabo patrimonial general; del perjuicio concreto, que se ciñe a la pérdida o menoscabo de determinados bienes patrimoniales; y del daño normativo, que atiende al cumplimiento de los requisitos previamente fijados en la norma)<sup>10</sup>.

El empresario como titular del deber de garante en materia de seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos, ha de adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar la protección de los trabajadores y de terceros desarrollando una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes, adaptando las medidas de protección a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que inciden en la realización del trabajo.

---

<sup>9</sup>LLORENS ESPADA, J., *La reparación del daño derivado de accidente de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 49 y ss. En este mismo sentido DÍEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 343 y ss.

<sup>10</sup>VICENTE DOMINGO, E., “El daño” en *Tratado de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 303 a 434.

La expresión *daño derivado del trabajo* comprende todo el elenco de alteraciones de la salud de las personas con origen en el trabajo, acogiendo las contingencias causadas por el trabajo objeto de protección en el sistema de seguridad social: accidente de trabajo, accidente en acto de servicio y enfermedad profesional. En una labor de síntesis, se ha logrado denominar con una misma expresión a los varios términos utilizados para designar las distintas formas de alteración de la salud que tienen un origen en el trabajo. Con esta función simplificadora y con el alcance de globalidad que caracteriza a la noción *daño derivado del trabajo*, es como aparece en la definición de riesgo laboral dada en el art. 4.2º LPRL, formulándose como “*la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo*”. Hay otros preceptos en los que se sustituye el concepto de *daño derivado del trabajo* por otros términos distintos, si bien con un significado parecido, así el art. 12.9 de la LISOS hace referencia a los *daños graves para la seguridad y salud de los trabajadores*, y el 13.6 del mencionado cuerpo legal, los llama *daños para la salud de los trabajadores*, esta última expresión se repite en los apartados 1 y 3 del art. 16 y en varias disposiciones reglamentarias<sup>11</sup>.

Por ello, el hecho de que la Uralita, S.A. cumpliera con la normativa laboral vigente en materia de seguridad en el trabajo no le exime de responsabilidad en el ámbito de la culpa civil, sin que ello signifique que se le impute un actuar doloso, en relación con sus trabajadores, debiendo extremar su cuidado para el posible polvo de amianto no fuese inhalado por terceros.

## VII. CUESTIONES ESENCIALES DE LA PRUEBA

Recoge el artículo 217.1 LEC una regla general: “*cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconveniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones*”.

En esencia las reglas sobre la carga de la prueba no son normas de valoración, sino que se limitan a señalar las consecuencias jurídicas materiales desfavorables de la falta de prueba suficiente.

Se recoge en el art. 281 de la LEC, lo siguiente: “*el objeto esencial de la prueba serán los hechos que guardan relación con la tutela judicial que se pretendan obtener en el proceso*”. Se enumera en el artículo 299 de la LEC los distintos medios de prueba, aunque con una cláusula general o abierta de reparación (299.3 LRJS) Cuando *por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias*. De acuerdo con las disposiciones de la LRJS<sup>12</sup>.

Como regla general, el demandante deberá probar las afirmaciones que se recojan en la demanda, debiendo velar el juzgador de la disponibilidad y facilidad probatoria de cada una de las partes, siendo éstas las únicas obligadas a desplegar la actividad probatoria.

<sup>11</sup>BLASCO MAYOR, A., “*Daños derivados del trabajo*”, La Ley, 2001, p. 173.

<sup>12</sup>FOLGUERA CRESPO, J. A., “*Comentarios al art. 87 LRJS*”, en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Thomson Reuters, Valladolid, 2012, p. 425

Su regulación en la LEC se encuentra en el art. 217, conforme al cual, cada parte debe probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprende el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda o de la reconversión, o en su caso la de probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia de las anteriores, en la práctica recae sobre el demandante<sup>13</sup>.

Recoge la LRJS, Libro II, Cap. II, Sección 3ª en los artículos 90 a 96, la regulación del procedimiento “*de las pruebas*”. La carga de la prueba en casos derivados de accidente de trabajo y enfermedades profesionales se encuentran regulados en el artículo 96.2 de la LRJS<sup>14</sup>, la cual opta por una *inversión de la carga de la prueba* que el empresario y otros sujetos obligados en garantizar las medidas de seguridad, prueben que adoptaron las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo.

Por tanto, la inversión de la carga de la prueba opera como “*presunción de culpa del causante del daño*” y como consecuencia de la realización de una actividad que se encuentra ligada a la actividad laboral. No aporta Uralita las pruebas suficientes que acrediten su suficiente diligencia, teniendo en cuenta el tipo y la naturaleza de los materiales manipulados por los trabajadores y el riesgo que la inhalación de estas fibras suponía a las demandantes, al ocuparse del lavado y cuidado de las ropas de sus esposos.

## VIII. LOS DAÑOS QUE DEBEN SER INDEMNIZADOS

La responsabilidad civil se basa en el principio de *restitutio in integrum*, según el cual la indemnización por daños y perjuicios debe compensar íntegramente el daño sufrido por la víctima o sus causahabientes. La indemnización por daños y perjuicios debe indemnizar íntegramente el daño emergente, lucro cesante y daño moral. Sin embargo, la valoración y cuantificación del daño es cuestión difícil, dada:

1. la complejidad intrínseca de la valoración del lucro cesante, caracterizado por ser indeterminado, incierto y, en ocasiones, hipotético;
2. la imposibilidad de atribuir valor económico al daño moral, que genera una pérdida neta de utilidad individual.

Todo ello se encuentra dirigido a conseguir el equilibrio entre los daños sufridos y la reparación obtenida por la víctima, de tal manera que éste quede en una situación lo más parecida a aquella en la que se encontraría si el acontecimiento no se hubiese producido.

El concepto de daño incluye dos elementos esenciales recogidos en el artículo 1106 del C.C. “*la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el*

---

<sup>13</sup>ALBIOL ORTUÑO, M., ALFONSO MELLADO, C.L., BLASCO PELLICER, A. Y GOERLICHPESET, J.M, *Derecho Procesal Laboral*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2013, p. 194.

<sup>14</sup>En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira.

*acreedor...*”, por lo tanto, por un lado, tendremos el daño emergente “*damnum emergens*” y por el otro el lucro cesante, “*lucrum cessans*”.

## IX. DETERMINACIÓN DE LA INDEMINIZACIÓN

Una vez establecidos los daños sufridos por la víctima, el siguiente paso es la valoración económica que estos han causado, para ello es necesario establecer un sistema de valoración de los daños sufridos<sup>15</sup>.

Para determinar la cuantía de la indemnización es necesario, como paso previo, averiguar los daños sufridos teniendo en cuenta, como hemos explicado, la relación causal entre las conductas y el daño. La determinación de la cuantía de esta indemnización depende de que resulten acreditados los siguientes extremos: que exista una relación causal entre la actuación y el daño; que dicho daño resulte acreditado; y que sea solicitada la reparación de dicho perjuicio.

Carece nuestro ordenamiento jurídico de un marco normativo que sirva de guía para valorar económicamente las lesiones producidas. Por ello el juzgador aplica como criterio orientativo la “*Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*” en adelante LRCSCVM, con el objetivo de garantizar el principio de seguridad jurídica e igualdad y facilitar la cuantificación del daño, el baremo de valoración del daño es aplicado orientativamente para valorar, dado su voluntad expansiva, su mayor generosidad resarcitoria y su mejor calidad técnica, los daños sufridos por otros perjuicios sobrevenidos<sup>16</sup>. La aplicación orientativa en el ámbito de las distintas contingencias sufridas por sujeto dañado, de dicho baremo, elaborado con la finalidad de limitar la indemnización de las víctimas de un accidente de circulación, ha suscitado muchas críticas por conducir a una infra compensación del daño<sup>17</sup>.

Esta instauración de la reparación íntegra del daño como piedra angular del nuevo sistema de “*baremación*”, se complementa con el principio de reparación vertebrada de los daños. Rige, por tanto, la reparación íntegra del daño causado, por un sistema de

---

<sup>15</sup>HERNÁNDEZ CUETO, C., *Valoración del daño en el ámbito laboral*, Masson, Barcelona, 2005, pp. 132 – 145.

<sup>16</sup>En consecuencia, este sistema, busca separar de forma más precisa, conceptualmente, y valorar de modo específico, económicamente, las consecuencias perjudiciales personales, en especial a las referidas al siempre conflictivo “*daño moral*”, y las consecuencias perjudiciales patrimoniales. El modo de resarcimiento de cada uno de ellos se determina según las reglas específicas dispuestas para ello en la Ley, cuya resultante se cuantifica de forma concreta y cierta en las Tablas 1, 2 y 3 incluidas en el anexo del mencionado cuerpo legal. Esta norma, sustituye a la anterior por un nuevo modelo legal con base de estimaciones económico – financiera (baremo económico) y biométricas (baremo médico), con inclusión del daño moral claramente diferenciado. MOLINA NAVARRETE, C., *Nueva indemnización por daño profesional: Mejoras y límites del “nuevo baremo”*, Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 71 y ss.

<sup>17</sup> Una vez apreciada la responsabilidad civil del agente causante del hecho dañoso, por culpa o negligencia, nace la obligación de reparar los perjuicios causados, la imposibilidad de la restitución “*in natura*” de los de índole personal irrogados en la integridad física y en la propia vida, y la procedencia, por tanto, de reconocer una indemnización sustitutoria a favor de la víctima y/o sus parientes para compensar esa categoría de daños plantea la necesidad de evaluar los quebrantos personales sufridos, entre los que ocupa un papel destacado los de naturaleza moral. PALOMO BALDA, E., *Cálculo de la indemnización por accidente de trabajo según el nuevo baremo*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2016, p. 10

“triple trípode” es decir, que respete escrupulosamente el principio de vertebración del daño y separe las consecuencias estrictamente personales, referidas al daño moral, y las consecuencias patrimoniales, y que recoja estas últimas en unas “*Tablas específicas*” de “*daños patrimoniales*” o más bien, en un sistema de tablas de daños patrimoniales. Modula esta triple estructura, un nuevo nivel resarcitorio de daños extra-patrimoniales, los llamados perjuicios “personales excepcionales”, cuya función es incluir nuevos conceptos perjudiciales sumando un nuevo nivel resarcitorio a los ya reconocidos por pérdida de calidad de vida<sup>18</sup>.

Una valoración vertebrada requerirá diferenciar la tasación del daño biológico y fisiológico (*el daño inferido a la integridad física*), de la correspondiente a las consecuencias personales que el mismo conlleva (*daño moral*) y de la que pertenece al daño patrimonial separando por un lado el daño emergente (*los gastos soportados por causa del hecho dañoso*) y por otro los derivados del lucro cesante (*la pérdida de ingresos y de expectativas*)<sup>19</sup>.

Para la realización de esta función, el juzgador podrá valerse del sistema de valoración de la *LRCSCVM*, la cual, ayudará a vertebrar y estructurar el “*quantum*” indemnizatorio por cada concepto, a la par que deja a su prudente arbitrio la determinación del número de puntos a reconocer por cada secuela y la determinación concreta del factor corrector aplicable, dentro del margen señalado en cada caso. La aplicación de esta valoración resulta clarificadora y evita acudir a complicados razonamientos, pero el juzgador podrá apartarse del baremo razonando los motivos que le llevan a la toma de esa decisión, valorando las secuencias de las secuelas en la capacidad laboral, así como los perjuicios económicos sufridos<sup>20</sup>. Su finalidad esencial es la de posibilitar la plena reparación del daño, residenciando los daños sufridos a cada víctima y abonando la cantidad económica que le correspondiese, este principio instrumental deslinda los daños patrimoniales y no patrimoniales.

Una tasación estructurada es *fundamental para otorgar una tutela judicial efectiva*, pues, aparte que supone expresar las razones por las que se da determinada indemnización total explicando los distintos conceptos y sumando todos los valorados, *no deja indefensas a las partes para que puedan impugnar los criterios seguidos en esa fijación, por cuándo conocerán los conceptos computados y en cuánto se han tasado*.

Por tanto, esa valoración vertebrada requerirá diferenciar la tasación del daño biológico y fisiológico (*el daño inferido a la integridad física*), de la correspondiente a las consecuencias personales que el mismo conlleva (*daño moral*) y de la que pertenece al daño patrimonial separando por un lado el daño emergente, como los gastos que se derivan por causa del hecho dañoso, incluso aquellos gastos futuros y los derivados del lucro cesante, como son la pérdida de ingresos o de expectativas<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup>MOLINA NAVARRETE, C., *op. cit.* nota 14, pp. 72 y ss.

<sup>19</sup>LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA J. M., “Accidentes laborales: valoración del daño corporal” dentro de *Economist&Jurist*; Vol. 17, N° 133, 2009, consultado online el 28 de julio del 2017, [https://porticolegal.expansion.com/pa\\_articulo.php?ref=349#t4](https://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=349#t4)

<sup>20</sup>LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J. M., “La valoración del daño corporal en la jurisdicción social y la compensación de las indemnizaciones”, Madrid, 2009, consultado online el 28 de julio del 2017, <http://www.periciasjudiciales.com/docs/14Accidentelaboralyvaloraciondeldanocorporal.pdf>

<sup>21</sup>IZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil en los accidentes laborales: valoración de los daños; dentro de las Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*, Aranzadi, Madrid, 2013, p. 2



La indemnización para la reparación del hecho dañoso ha de ser “*adecuada, proporcionada y suficiente para, como hemos analizado, para restablecer el daño causado*”, esta reparación tiene que ser proporcional entre el daño sufrido y la reparación obtenida por la víctima. Pero todo esto tendrá como límite la reparación del daño sufrido, entendiendo esto que no se puede exceder del perjuicio sufrido, dado que, esto supondría un enriquecimiento injusto del perjudicado, dicho de otro modo, que los perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena<sup>22</sup>.

## X. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

El plazo de prescripción de la acción de reclamación de daños derivados de la responsabilidad extracontractual es de 1 año (1968 CC). Desde no mucho tiempo después de la publicación CC en 1889 la práctica de tribunales ya vino constatando de manera reiterada el exiguo plazo de un año para las pretensiones con fundamento en la responsabilidad extracontractual. Debido a este plazo tan corto, la jurisprudencia intenta alargar el momento de inicio del cómputo del plazo. Esto ha sido corregido en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Sea como fuere parece oportuno tener en cuenta las líneas de reforma que hoy vienen informando las reformas en curso del Derecho privado europeo, esencialmente al amparo de los principios recogidos en los PECL, DCFR o UNIDROIT, en la línea de establecer no solo un plazo común de prescripción para todo tipo de acciones (artículo 14:201 PECL; artículo III-7:201 DCFR, Libro II; artículo 10.2 UNIDROIT), sino también para intentar legislativamente circunscribir de manera uniforme las características sustantivas para alcanzar la mejor fórmula para fijar el *dies a quo* en el cómputo de la prescripción en esta materia tan compleja. Esto es, debe perfeccionarse incuestionablemente lo ahora establecido en los artículos 1968.2.º y 1969 CC, donde para la fijación del *dies a quo* se establecen, respectivamente, un criterio específico subjetivo para la responsabilidad extracontractual *desde que lo supo el agraviado* y un criterio general objetivo *desde el día en que pudieron ejercitarse* para la responsabilidad general contractual<sup>23</sup>.

Establece Díez Picazo que “*la excesiva brevedad de un año en materia de daños a terceros supone, de facto, una sobrecarga en la aplicación jurisdiccional de las normas previstas en nuestro ordenamiento jurídico, concluyendo que desde el punto de vista de política jurídica tal parquedad jurídicamente hoy no se encuentra muy fundada*”<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup>SÁNCHEZ PÉREZ, J, “¿Un nuevo modelo de indemnización por accidente de trabajo?”, Revista española de derecho del trabajo, Aranzadi, 2015, p. 2

<sup>23</sup>En este sentido véase AVILÉS GARCÍA, J.; *Prescripción de daños causados por fármacos con talidomida. Daños permanentes continuados y tardíos. Daños consecutivos y crónicos. Dimensión jurídica de disposiciones normativas que inciden en el conocimiento ulterior de la causa originaria de daños, secuelas y discapacidades ya reconocidos. Alcance jurídico de un diagnóstico diferencial sobre la causa probable del daño. Comentario a la Sentencia del T.S., Sala de lo Civil, Pleno de 20 de octubre de 2015*, p. 2, consultado on line el 21 de julio del 2017, <http://www.aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?Docguid=I448e6b2047d111e6963e01000000000&srguid=i0ad6adc60000015ac8deb28e9113aacd&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>

<sup>24</sup>DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La prescripción extintiva*, Thomson - Civitas, Madrid, 2003, p. 244

Un primer paso de aproximación efectiva a esta cuestión parece haberse producido tras la reciente reforma del artículo 1964 párrafo 2º del CC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al establecer que a partir de ahora las acciones personales que no tengan un plazo especial “*prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación*”, en tanto que “*en las obligaciones continuas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan*”. Posiblemente, tal reforma parcial de la prescripción debería haberse realizado de manera sistemática, en concordancia con la prescripción en su conjunto incluida lógicamente la acción de responsabilidad aquiliana, buscando así lo que muchos sectores doctrinales entienden como deseable, esto es, avanzar en la línea de establecer un mismo régimen de la prescripción para los daños contractuales y extracontractuales en nuestro país<sup>25</sup>.

El comienzo del plazo de prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día que pudieron ejercitarse (art. 1969 del C.C.). Ahora bien, para las acciones de responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 del C.C., el criterio utilizado por el legislador (art. 1968.2 del CC) es diferente, Así, en este tipo de acciones, el plazo de prescripción comenzará a correr desde el momento en que el perjudicado ha tenido conocimiento del daño. En materia de daños, lo normal es que el perjudicado tenga conocimiento del hecho dañoso en el momento en el que se produce, por lo que a tenor de lo dispuesto en el mencionado precepto 1969 del CC, la responsabilidad deberá comenzar desde ese instante<sup>26</sup>.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 1968 del CC, el plazo de prescripción comenzará a correr “*desde que lo supo el agraviado*”<sup>27</sup> es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9 de la C.E. y fundamento, a su vez, de la prescripción<sup>28</sup>. El plazo prescriptivo desde la óptica laboral tiene su asidero en el art. 59.2 del E.T., el cual establece *un plazo general de un año* que habrá de computarse desde el día que la acción pudiera ejecutarse.

---

<sup>25</sup>En este sentido véase AVILÉS GARCÍA, J., *op. cit.* nota 21, pp. 3 y ss; MARÍN LÓPEZ, M. y otros, *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2015, p. 201.

<sup>26</sup>DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I.; *Consideraciones sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta dentro de Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*; Aranzadi; 2012.; pp. 353 y 354. En este mismo sentido ALBADALEJO GARCÍA, M., *La Prescripción Extintiva*, Centro de estudios, Madrid, 2004, pp. 40 y ss.

<sup>27</sup>Esta fórmula plantea un buen número de problemas porque no termina de saberse si se trata de un simple conocimiento de la existencia de un daño o de un conocimiento completo del mismo, de su alcance pecuniario y de las secuelas sufridas. Vid. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.* nota 22, p. 248.

<sup>28</sup>Audiencia Provincial de Madrid, Sala de lo Civil, Sección 9ª, de 29 de mayo de 2014, ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ángel Moreno García. LA LEY 118058/2014. “(...) *el plazo de prescripción, en los casos de enfermedades crónicas, están abiertos hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas (...)*”

El inicio de la prescripción, en relación con estas acciones, por consiguiente, depende del conocimiento subjetivo que haya podido tener el perjudicado de la existencia de los hechos constitutivos de su pretensión. La víctima del daño, por lo tanto, debe conocer la identidad del causante del daño y del daño que éste le ha ocasionado. Pero hay que reseñar que, si el afectado, una vez percibida la indemnización dictada en la correspondiente sentencia, su situación se agrava o se manifiestan nuevos daños, nace una nueva acción para pretender su resarcimiento<sup>29</sup>.

Si hablamos de daños permanentes, aquellos que se producen y manifiestan en un momento determinado y que pueden persistir a lo largo del tiempo, incluso con la posibilidad “*de agravarse por factores ajenos a la acción u omisión del demandado*”, el cómputo comenzará el día siguiente a aquél en que se produce el daño.

Si nos referimos a *daños continuados o de tracto sucesivo*, aquellos perjuicios causados por una conducta o actividad dañosa que persiste en el tiempo de producción sucesiva e ininterrumpida, el plazo para reclamar comenzará a partir del día en que cesan los efectos lesivos, es decir, cuando se conozcan definitivamente los efectos del quebranto<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup>En este sentido véase la sentencia dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 725/2014 de 18 diciembre. RJ 2014\6311. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. “*en cuanto a la determinación del "dies a quo", para el inicio del cómputo del plazo de prescripción, bien es cierto, en apoyo de las tesis de la parte demandante, que la jurisprudencia -por todas, SSTS de 5 (RJ 2010, 5022), 25 (RJ 2010, 5156) y 26-5-10 (RJ 2010, 3491), ciertamente tiene declarado con carácter general que "la prescripción de la acción para reclamar por secuelas se inicia con la determinación de su alcance o de los defectos permanentes originados, pues hasta que no se determina ese alcance no puede reclamarse por ellas (SSTS de 20 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2929) , 14 de julio de 2008 y 13 de julio de 2003). El conocimiento del daño sufrido que ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción lo tiene el perjudicado al producirse el alta como se resalta en la instancia, en la medida que en esta fecha se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos indemnizables (SSTS, de Pleno, de 17 de abril de 2007 (RJ 2007, 3360), así como SSTS de 7 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3170) ; 9 de julio de 2008; de 10 de julio 2008; de 23 de julio de 2008; de 18 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 7073) y de 30 de octubre de 2008 (RJ 2009, 391), las cuales, al referirse a la distinción entre sistema legal aplicable para la determinación del daño y cuantificación económica del mismo refrendan el criterio de que el daño queda concretado, como regla general, con el alta médica, y que esto obliga a valorarlo con arreglo a las cuantías actualizadas vigentes para todo el año en que ésta se produjo)*”.

<sup>30</sup>Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Sección 1ª de 24 de mayo del 2010, ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. LA LEY 86114/2010, en la que el actor prestaba servicios, en virtud de un contrato de trabajo en la empresa Mantillos Felipe Aguado, S. L., cuando, el 2 de septiembre de 1999, sufrió un accidente que le ocasionó la amputación del brazo derecho. El Instituto Nacional de la Seguridad Social, en resolución de 25 de julio de 2000, declaró a D. Miguel Ángel en situación de incapacidad permanente. Impugnada ante la jurisdicción social, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de 14 de febrero de 2002, declarando al trabajador inválido permanente en grado absoluto para todo trabajo, por accidente de trabajo. Contra esta sentencia se intentó recurso de casación para unificación de doctrina por la entidad Mantillos Felipe Aguado, S. L., que no fue admitido por ATS, Sala 4ª, de 17 de diciembre de 2002, que declaró la firmeza de dicha sentencia. D. Miguel Ángel presentó demanda, el 24 de marzo de 2004, contra la empresa Mantillos Felipe Aguado, S. L. y contra D. Edemiro, como representante de la empresa que, según se alega en la misma, dio la orden al trabajador de efectuar el trabajo que le ocasionó el accidente, reclamado la indemnización de perjuicios, por responsabilidad extracontractual, “*el día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio actionondum nata non praescribitur (la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir)*”, “*para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar*”.

Además, se podrá interponer una reclamación por cada uno de los daños sufridos que no se produzcan como consecuencia del daño inicial, en estos casos, la prescripción no se inicia hasta la producción del daño definitivo. En los casos de daños con secuelas, el plazo para reclamar se inicia con la determinación de su alcance o de los defectos originados.

El conocimiento del daño lo tiene el perjudicado al producirse el alta, dado que, en esa fecha se considerarán estabilizadas las lesiones sufridas y se concretan las secuelas<sup>31</sup>.

El criterio sobre la distinción entre daños continuados y daños permanentes se mantiene en el *padecimiento o enfermedad que sufre el paciente no permite su curación total*, por lo que el plazo para reclamar se inicia desde la determinación u objetivación del alcance definitivo de la enfermedad y de sus secuelas, ya que el daño producido, previsible en su evolución y en su determinación, es susceptible de cuantificación en ese momento. Por ello, se ha afirmado que, *una vez concretado el alcance definitivo de las secuelas, los tratamientos posteriores (rehabilitadores o de otro tipo) que recibe el paciente encaminados únicamente a mejorar su modus operandi o a evitar ulteriores complicaciones en la salud o la progresión de la enfermedad, sin alterar el alcance de las secuelas, no interrumpen el cómputo del plazo de prescripción*<sup>32</sup>.

## XI. CONCLUSIONES

En nuestro ordenamiento jurídico, quien sufre un daño en su persona o en sus bienes tiene derecho a una reparación, esa pretensión resarcitoria se puede ejercitar ante los jueces de la jurisdicción civil. La jurisdicción civil decidirá si procede o no indemnizar

---

<sup>31</sup> En este sentido véase la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sección 1ª de 13 marzo de 2015, ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Carlos García Carballo. LA LEY 19596/2015: El actor, trabajador de la entidad demandada, solicita el resarcimiento de daños y perjuicios causados por la exposición a asbestos. Aunque el dies a quo para reclamar tal responsabilidad empresarial se sitúa cuando la acción puede ejercitarse, ello no necesariamente equivale al momento en que acaece el AT o al del alta médica en el mismo o en la EP, “*que expresará el parecer del facultativo que lo emite y cuya comprensión para la generalidad de los beneficiarios será de difícil entendimiento, dados los términos científicos que en tales documentos deben utilizarse*”; como tampoco se inicia en la fecha en que se impone el recargo por infracción de medidas de seguridad; en igual forma que los “procesos penales deducidos a consecuencia de un accidente de trabajo, impiden que pueda comenzar a correr el plazo prescriptivo de la acción sobre reclamación de daños y perjuicios derivada de ese accidente”, y añadíamos que: “(...), *cuando se sigue un procedimiento judicial para la fijación de las lesiones padecidas, el plazo sólo comienza a correr desde que el mismo se agota, porque la resolución del INSS en vía previa «no fue firme hasta que recayó la citada sentencia de la Sala de lo Social, y sólo desde tal firmeza se pudo iniciar el cómputo del referido plazo prescriptivo*», «*pues sólo hasta ese momento se supo con certeza cuáles eran las dolencias y secuelas que el actor padece a consecuencia del accidente de autos*»; y «*obviamente, la solución sería otra si la parte se aquietase a la resolución administrativa de la Gestora respecto de la incapacidad reconocida, ya que en tal caso habría que estar el informe propuesta*». Y, en consecuencia, *tal conocimiento -pleno y cabal- solamente se produce en la fecha en que se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de IP, que es “cuando el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir y cuáles los perjuicios que de ellas se van a derivar*”. Por tanto, debe ser el momento de conocimiento de esta resolución el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios”.

<sup>32</sup> Extraída del dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León, “Responsabilidad Patrimonial de la Administración”, consultado online el 22 de junio de 2017; <http://www.cccyl.es/es/extracto-doctrinal/xiii-responsabilidad-patrimonial-administracion/aspectos-generales/2-requisitos-responsabilidad-patrimonial/f-plazo-reclamar>

ese daño con base a un principio general de responsabilidad por culpa (artículo 1902 CC) equivalente al de previsibilidad de este.

Cuando la pretensión de la víctima, aunque la misma se fundara en el incumplimiento de las normas laborales de prevención, la competencia corresponderá a la jurisdicción civil, dado que, el daño no se imputa a un mero incumplimiento laboral, porque no son trabajadoras del causante del daño, sino a la responsabilidad demandada del precepto 1902 del C.C. Se trata, por tanto, de una reclamación entre particulares por un daño causado al margen de una prestación de servicios que reconozca al demandado un régimen especial de responsabilidad.

El incumplimiento de las obligaciones preventivas conlleva para el empresario la aceptación de responsabilidades de distinta naturaleza, por un lado, tendremos la sancionadora y por otro, la resarcitoria.

En cuanto nos referimos a la responsabilidad civil, la jurisprudencia exige la existencia de un daño imputable a una determinada persona (ya seas física o jurídica) en razón del incumplimiento de sus obligaciones preventivas, dando lugar a un principio de responsabilidad subjetiva, abandonando la concepción culpabilista, para dar paso a la exigencia de una culpa sin adjetivaciones. Serán presupuestos básicos de la responsabilidad civil la acción u omisión, el daño, la relación de causalidad, la antijuridicidad y la culpa.

La responsabilidad extracontractual que se dirime en la resolución estudiada ratifica el principio de la culpa del autor del daño, dando lugar a una responsabilidad subjetiva y, por tanto, a una interpretación restrictiva de la doctrina sobre la creación de riesgos extraordinarios. La doctrina del riesgo hace responsable al sujeto que en el desarrollo de su actividad o conducta genere riesgos o peligros, que provoque daños sobre terceros.

Para calificar un daño como reparable, y por tanto indemnizable, este debe ser real, cuantificable e individual. La reparación íntegra de los daños supone que deben valorarse todos los posibles daños y perjuicios, estos son, los daños físicos, psíquicos, morales, pérdidas de retribuciones futuras, etc., además de los daños sufridos por los familiares, tanto en la dimensión moral, como patrimonial, como consecuencia de la pérdida de un ser querido.

Para valorar los daños, el juzgador puede valerse del sistema de valoración de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, el cual contiene un baremo que ayuda a vertebrar el “*quantum*” indemnizatorio, para cada concepto a través de un sistema de tablas que determina un número de puntos por cada secuela.

Dentro del objeto del daño debemos diferenciar los gastos de la curación, así como las consecuencias patrimoniales derivadas de una reducción de la capacidad psicofísica.

Por otra parte, en la resolución comentada, los demandantes, solicitan el resarcimiento del *daño moral*, que no es otra cosa que *la compensación del daño que produce una reducción del nivel de utilidad para el desenvolvimiento de la vida habitual*. El daño moral se aprecia cuando la víctima sufre lesiones graves o incluso la muerte que

condicionan la vida de sus familiares más allegados, uno de los principales problemas relativos al daño moral es la imposibilidad de cuantificar el sufrimiento de una persona.

El daño moral, estará compuesto por los sufrimientos morales y por el dolor físico causado por el daño corporal e insertará el *petium doloris*, el cual albergará los sufrimientos morales y psíquicos haciendo referencia al “*daño moral puro*” (pena, tristeza, sufrimiento de la víctima...). Todo ello, es de muy difícil cuantificación por lo que queda a la potestad del juzgador.

Sánchez-Rodas Navarro, Cristina (Dir.): **1492-2017: Un Puente Jurídico Entre Dos Mundos**, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Con esta obra se rinde homenaje al 525 aniversario del Descubrimiento de América poniendo especial énfasis en los puentes que unieron y siguen uniendo a ambas orillas del Océano: la lengua, la Historia y el Derecho.

Desde ésta última vertiente, y coincidiendo con la conmemoración del quinto centenario de la Facultad de Derecho de Sevilla, la presente monografía aglutina una colección de estudios doctrinales de reconocidos especialistas en diversas disciplinas jurídicas: Derecho Romano, Historia del Derecho, Derecho Internacional Público, Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Derecho Administrativo

El libro se vertebra en once capítulos.

El primero, cuya autoría corresponde al Catedrático de Derecho Romano D. Francisco José Cuenca Boy, lleva por título “Serafín de Freitas y la ocupación de los mares. Un estudio de metodología”. El objeto de estudio es la exégesis *De iusto imperio Lusitanorum Asiatico*, de Serafín de Freitas, en su debate dialéctico con otro afamado jurista contemporáneo, Hugo Grocio a propósito del carácter abierto o cerrado del mar (*mare liberum vs. Mare clausum*).

El Profesor Titular de Filosofía del Derecho, D. Fernando Llano Alonso es el autor del segundo capítulo, titulado “Claves de la actualidad del pensamiento jurídico-político de Francisco de Vitoria ante el 525 aniversario del Descubrimiento de América”. Sin duda alguna el fundador del Derecho de Gentes, Francisco de Vitoria, no es sólo una figura emblemática de la *Escuela de Salamanca* sino para la Historia de América. El Profesor Llano Alonso aborda el estudio de su obra en clave de modernidad, reflejado en una aproximación al *ius communicationis* como *inter omnes homines*.

El tercer capítulo es obra del Catedrático de Derecho Internacional Pública D. Daniel García San José y se titula “Puentes entre los Sistemas Interamericano y Europeo de Protección de Derechos Humanos”. El autor aborda el estudio de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre el Europeo, llegando a la conclusión de que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son invocadas cada vez con mayor frecuencia con respecto a épocas anteriores.

El capítulo cuarto se titula “El Control difuso de convencionalidad” y es obra del Profesor Titular de Derecho Constitucional Abraham Barrero Ortega. El autor examina desde una perspectiva europea y de Derecho comparado la eventual inaplicación por parte de los jueces nacionales de una norma nacional que queda desplazada por el canon normativo o jurisprudencial prevalente y más favorable de carácter internacional.

A la Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Carmen Ferradans Caramés corresponde la autoría del Capítulo quinto titulado “Los Convenios Internacionales de Seguridad Social en un contexto de migraciones laborales”. Un tema sin duda de candente actualidad donde la autora realiza un exhaustivo análisis del extenso número de convenios bilaterales suscritos por España, prestando especial atención a los celebrados con países Iberoamericanos. Asimismo se analiza la incidencia el impacto del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

El Capítulo sexto se titula “Un puente jurídico entre dos mundos: el significado del trabajo en el Virreinato del Perú” y es obra en co-autoría de los profesores titulares de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Carmen Moreno de Toro y Leopoldo Gamarra Vilchez. Ambos autores parten del estudio en el período prehispánico de los métodos de organización del trabajo y de las prestaciones de protección social para a continuación a exponer el desarrollo del Virreinato del Perú como entidad político-administrativa y sus métodos de organización del trabajo, las Leyes de Burgos y de Indias y la previsión social en el período virreinal. Finalmente abordan la independencia del Perú y sus primeras normas de protección social e intentos de regulación laboral

Francisco José Tejada Hernández es el autor del capítulo séptimo “El impulso político de los juristas al reformismo minero de la América borbónica: una reflexión romanística”. Entre otras cuestiones, el autor se centra en el impacto del romanismo en la creación del Derecho en Iberoamérica, íntimamente unido al profundo calado de la tradición jurídica castellana a través de la formación jurídica universitaria de los jurisconsultos criollos.

El capítulo octavo “La creación del entramado provincial en las Cortes Extraordinarias de Cádiz” está a cargo del Profesor de Derecho Administrativo Luis Miguel García Lozano quien describe las circunstancias políticas y sociales en que se desarrollaron dichas Cortes y el papel que en ella jugaron los diputados de las provincias de Ultramar en el diseño de la nueva organización provincial que sustituyese al antiguo sistema de virreinos y audiencias.

El Capítulo noveno “La Guardia Rural en Puerto Rico (1861-1866), intento fallido de policía para el campesinado” ha sido elaborado por el Profesor de Historia del Derecho, Alfredo José Martínez González. El autor aborda la cuestión de cómo la Capitanía General de Puerto Rico pretendió hacer frente desde una perspectiva jurídica a un problema estructural plenamente extendido en la isla y que no logró erradicarse al partir únicamente de medidas normativas que no resultaron acompañadas de otras de carácter cultural y sobre todo social para abordar diversos problemas que venían arrastrándose secularmente en la población campestre puertorriqueña.

El Capítulo décimo “Los derechos sanitarios de los españoles que se desplazan a Iberoamérica” es firmado por la Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Victoria Rodríguez-Rico Roldán. Tras analizar todos los convenios bilaterales de Seguridad Social firmados por España y países Iberoamericanos concluye que sólo tres de ellos (Brasil, Chile y Perú) contemplan algún tipo de cobertura sanitaria que, en todo caso, es de limitado contenido



La monografía se cierra con el capítulo titulado “La brecha digital entre los países latinoamericanos y su impacto en las relaciones laborales”, del que es autora la Profesora de Derecho del Trabajo Lucía Aragüez Valenzuela, quien efectúa un análisis del uso de las TIC y de su posible incidencia en las relaciones laborales partiendo del estudio de las distintas regiones latinoamericanas (países desarrollados o en vías de desarrollo) respecto a su asimetría en la conectividad a Internet.

Javier Calvo Gallego

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad de Sevilla