

VOL. 2, NÚM. 2 (2017)

ARTÍCULOS

TRIBUNA

Cristina Sánchez-Rodas Navarro p. 1-2. (pdf English) p.3

CRITICAL VIEW ON SOME ISSUES OF THE EU-COMMISSION'S 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

Helmut Weber p. 4-17

LA PROTECTION SOCIALE DES TRAVAILLEURS MIGRANTS : UNE ANALYSE MULTI-NIVEAUX DES REGIMES DE SECURITE SOCIALE

Elisa Fornale p.18-35

BETWIXT CARE REGIMES: MIGRANT FILIPINAS IN EUROPE AND THEIR SOCIO-SPATIAL (IM)MOBILITIES

Asuncion Fresnoza-Flot p.36-50

SOCIAL RIGHTS AND EUROPEAN INTEGRATION THEORY: SITUATING CJEU JURISPRUDENCE IN THREE NATIONAL CONTEXTS

Sandra Mantu & Paul Minderhoud p.51-68

LA DIVERSIDAD FUNCIONAL EN COLOMBIA: PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

José Luis Ruiz Santamaría p.69-91

LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS EN UN ESTADO DE BIENESTAR SOCIAL

Miguel Gutiérrez Bengoechea p.92-113

LA ACREDITACIÓN DE CENTROS DESTINADOS A PERSONAS MAYORES EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: UN INSTRUMENTO AL SERVICIO DEL EMPLEO Y LA CALIDAD ASISTENCIAL

Fernando Jimeno Jiménez p. 114-127

REFERENTES SUPRANACIONALES DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA LABORAL Y SU ADOPCIÓN EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

Pilar Callau Dalmau p. 128-151

LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD DE LAS PROFESIONALES COLEGIADAS:
DIFERENCIAS ENTRE AUTÓNOMAS INTEGRADAS EN EL RETA O EN UNA
MUTUALIDAD ALTERNATIVA

Belén García Romero p. 152-168

EL IMPACTO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA
COMUNICACIÓN EN LA SALUD DE LOS TRABAJADORES: EL TECNOESTRÉS

Lucía Aragüez Valenzuela p. 169-190

TRIBUNA

(IN)SUFICIENTE FUNDAMENTO LEGAL PARA LA PROPUESTA DE REFORMA DEL REGLAMENTO 883/2004 PRESENTADA POR LA COMISIÓN EUROPEA EL 13.12.2016

(IN)SUFFICIENT LEGAL BASIS FOR THE PROPOSAL FOR REFORM OF REGULATION 883/2004 PRESENTED BY THE EUROPEAN COMMISSION ON 13.12.2016

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO¹

Directora de la Revista Internacional de la Protección Social

El artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) atribuye al Consejo la misión de establecer un régimen que permita que los trabajadores migrantes evitar los obstáculos que puedan derivarse para ellos de las normas nacionales dictadas en el ámbito de la seguridad social. Para superar esos escollos se promulgaron los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social, que inicialmente sólo se aplicaron a los trabajadores por cuenta ajena, funcionarios y trabajadores por cuenta propia.

Con el paso de los años el ámbito de aplicación personal se fue extendiendo hasta llegar al momento actual en el que el Reglamento 883/2004 en su artículo 2 -frente al artículo 2 del Reglamento 1408/71- incluyó dentro de su ámbito de aplicación no sólo a los ciudadanos de un Estado miembro económicamente activas, sino también a las no activas.

Pero puesto que la coordinación de sistemas no Seguridad Social nunca ha sido un fin en sí mismo sino un instrumento para garantizar la libre circulación de trabajadores, dice bien el propio Considerando nº 2 del vigente Reglamento 883/2004 cuando afirma que “para adoptar las medidas apropiadas en el ámbito de la Seguridad Social para las personas distintas de los trabajadores por cuenta ajena, el Tratado no prevé más poderes de acción que los mencionados en su artículo 308 -actual 352 del TFUE²-. Y es por ello que para la promulgación del Reglamento 883/2004 se recurrió a un doble fundamento: el artículo 48 del TFUE y el 308 (actual 352).

Por tanto, puesto que la propuesta de Reforma del Reglamento 883/2004 de 13.12.2016 -

¹ El contenido de la presente tribuna refleja alguna de las conclusiones de mi artículo “El Polisémico Concepto de Asistencia Social en el Derecho de la Unión Europea y sus Efectos sobre la Propuesta de Reforma del Reglamento 883/2004: ¿Un paso atrás en la Consecución del Pilar Europeo de Derechos Sociales? (en prensa). Revista del Ministerio de Empleo.

²“Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo”.

que afecta de plano a las personas no activas y a las que no son demandantes de empleo-presentada por la Comisión tiene como único fundamento legal el artículo 48 del TFUE, hay que concluir que dicho artículo, por sí solo, no es base legal suficiente para acometer una reforma restrictiva de los derechos de las personas no activas ni demandantes de empleo, a las que el artículo 48 TFUE no resulta, además, aplicable puesto que su derecho a la libre circulación deriva del artículo 21 del TFUE.

EDITORIAL

(IN)SUFFICIENT LEGAL BASIS FOR THE PROPOSAL FOR REFORM OF REGULATION 883/2004 PRESENTED BY THE EUROPEAN COMMISSION ON 13.12.2016

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

Director of the International Journal of Social Protection

Article 48 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) confers the Council the task of establishing a system enabling migrant workers to avoid any obstacles which may arise for them from the national rules laid down in the field of social security. In order to overcome these obstacles, the Regulations for the Coordination of Social Security systems were promulgated, which were initially applied only to workers, civil servants and self-employed persons.

Over the years, the personal scope has been extended and nowadays Regulation 883/2004 is applicable not only to nationals of a Member State who are economically active, but also to non-active persons.

However, since coordination of social security systems has never been an end in itself but an instrument to ensure the free movement of workers, it must be underlined that Regulation 883/2004 itself states that in order to adopt the measures in the field of social security for persons other than employed persons, the Treaty does not provide for any powers of action other than those referred to in Article 308, now 352 TFEU. That is why, for the enactment of Regulation 883/2004, a dual basis was used: Article 48 of the TFEU and Article 308 (now 352).

Therefore, since the proposal for the reform of Regulation 883/2004 of 13.12.2016 (which concerns non-active persons) presented by the Commission is based on Article 48 TFEU, it must be concluded that this article alone is not a sufficient legal basis to undertake a restrictive reform of the rights of persons who are not active, to which Article 48 TFEU is not applicable since their right to freedom of movement derives from Article 21 TFEU.

Recibido: 09.10.2017. Aceptado: 11.10.2017.

CRITICAL VIEW ON SOME ISSUES OF THE EU-COMMISSION'S 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

PERSPECTIVA CRÍTICA DE ALGUNOS ASPECTOS DE LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA 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 ESTABLECE LA PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DEL REGLAMENTO (CE) 883/2004

HELMUT WEBER¹

Head of Unit for Coordination of Social Security Systems
Bundesministerium für Arbeit und Soziales

¹The author's opinion in no way presents the opinion of an authority or government. It is only a personal opinion.

ABSTRACT

The Commission presented on 13 December 2016 new proposals for amending the coordination of social security systems. For frontier workers there should be a shift of competence for unemployment benefits: according to the current regulation the country of residence is competent. The Commission wants to make the country of former employment competent after one year of employment in that country. The Commission proposes also the extension of the period an unemployment benefit has to be exported. The Commission intends with the proposal to render the coordination rules of LTC more transparent and visible for the citizen. In terms of LTC the Commission therefore proposes mainly the following modifications: definition of LTC; establishing a detailed list of LTC benefits and creation of a new chapter on coordination of LTC.

KEYWORDS: unemployment benefits, long-term care benefits, export of benefits, residence

RESUMEN

La Comisión presentó el 13 de diciembre de 2016 nuevas propuestas de modificación de la coordinación de los sistemas de seguridad social. Para los trabajadores fronterizos debería haber un cambio de competencia para las prestaciones de desempleo: según la normativa vigente, el país de residencia es competente. La Comisión desea que el país de empleo anterior sea competente después de un año de empleo en ese país. La Comisión propone también la prórroga del período de exportación de la prestación de desempleo.

La Comisión aspira con la propuesta de reforma hacer las normas de coordinación de las prestaciones de cuidados de larga duración (dependencia) más transparente y visible para el ciudadano. Por lo tanto, en lo que se refiere a las prestaciones por cuidados de larga duración, la Comisión propone principalmente las siguientes modificaciones: definición de la prestación, establecimiento de una lista detallada de beneficios de dependencia y la creación de un nuevo capítulo sobre coordinación de esta prestación.

PALABRAS CLAVE: prestaciones por desempleo, prestaciones de dependencia, exportación de prestaciones, residencia

SUMMARY

I. INTRODUCTION

II. UNEMPLOYMENT BENEFITS

III. EXPORT OF UNEMPLOYMENT BENEFITS

IV. FURTHER PROPOSALS OF THE COMMISSION

V. LONG-TERM CARE BENEFITS (LTC)

VI. CONCLUSION

I. INTRODUCTION

The Commission presented on 13 December 2016 new proposals for amending the coordination of social security systems. They concern many chapters of the coordination regulations as for example also the rules on applicable legislation and rules on how to deal with Article 4 on equal treatment in the light of the recent case law of the European Court of Justice (ECJ).

In the following only two, but crucial proposals are outlined critically: the proposals on coordination of unemployment benefits and on long-term care benefits.

The Commission's position is only outlined in so far as to render counterpositions understandable. The Commission has published large volumes of information which can be consulted on their homepage.

II. UNEMPLOYMENT BENEFITS

The Commission proposes the following modifications:

For frontier workers there should be a shift of competence for unemployment benefits: according to the current regulation the country of residence is competent. The Commission wants to make the country of former employment competent after one year of employment in that country.

Main argument for such a change is that the country of former employment has received the social security contributions from the worker and/or his employer. Now the situation is not just, as the country of residence has to pay the unemployment benefits, but has not received any contributions. There is a limited reimbursement system which obliges the country of former employment to reimburse the country of residence for a certain time and thus mitigates the financial consequences for the state of residence. The complicated rules for reimbursement of contributions from the former country of employment to the country of residence would become superfluous with a shift of competence to the former state of employment for paying unemployment benefits.

Before an assessment of the proposal is undertaken, a short review on the status quo is given:

The principle under which unemployment benefits have to be provided as a rule by the state of residence in the case of frontier workers (category of persons pursuant to Article 65 of Regulation No 883/2004) has worked well as a fundamental coordination rule for over 40 years. No major difficulties have arisen neither for the Member States nor for the persons concerned. Minor problems in the implementation of the law can be removed either by decisions/recommendations of the Administrative Commission on the interpretation of the regulations or by small legal amendments.

In its judgment in Case C-443/11 Jeltres the ECJ explicitly confirmed the principle of the state of residence for frontier workers. "The rules on the freedom of movement for workers, contained in particular in Article 45 TFEU, must be interpreted as not precluding the Member State where the person was last employed from refusing, in accordance with its national law, to grant unemployment benefit to a wholly

unemployed frontier worker whose prospects of reintegration into working life are best in that Member State, on the ground that he does not reside in its territory, since, in accordance with Article 65 of Regulation No 883/2004, as amended by Regulation 988/2009, the applicable legislation is that of the Member State of residence." (no 2 of the operative part of the judgment).

A shift to the principle of the state of employment's competence would be justifiable if proof could be established that it would improve migrant workers' rights without considerably obstructing major numbers of persons in the exercise of their freedom of movement.

There are different situations frontier workers are in. In the following only two situations are outlined:

Situation of a frontier worker living "relatively far away" of the border: The question arises, if the Commission's proposal really improves the free movement of workers, if the former frontier worker lives further away from the frontier. By definition "frontier worker" covers also those workers who return to their country of living regularly at least once a week. Therefore also those workers are covered who live far away from their workplace and commute - often by budget airlines-home only once a week.

Example: A considerable number of workers live in the eastern part of Germany, work in the Netherlands during the week (in slaughterhouses, for example) and return to their German residence over the weekend. The workers normally commute a distance of 500 km (one way) on weekends. If they become unemployed, they register as unemployed at their German place of residence and seek jobs in the proximity of their residence.

If the principle of the state of employment applied, the Netherlands would be responsible for the provision of benefits, provided the worker has worked there for at least 12 months.

The philosophy behind the proposal seems to suggest that the worker prefers to work abroad and likes to commute every weekend home to his/her family and there for also wants to look for work there in case of unemployment.

But is it not true, that the large majority of the workers concerned would prefer to work close to their family, where the children go to school and where most of his/ her social environment is situated?

The German residence would be more than 500 km away from a Dutch institution and the unemployed persons would suffer considerable disadvantages as a result:

With the proposal the following situation arises: The worker would be required to appear in person at the employment agency in the Netherlands at least for his/her first registration as unemployed. The travel expenses would have to be borne by him-/herself.

The question as to whether the employment services of the state of employment would have to cover increased expenses for persons whose residence is far away in another country has not been tackled in the draft modification. The Dutch institution would only

pay unemployment benefits and not provide any supportive services aimed at reintegration into the German labour market. It would not cover the costs of work familiarisation in a German enterprise, for example. Nor would it finance any further training or retraining measures in Germany.

The Dutch employment agency is not knowledgeable about the German labour market and would thus not be able to make placement proposals for the German labour market. Nor does it know which measures are required to make up for deficits on the part of the worker so that he/she can apply for available jobs in Germany which is why the agency could not help the worker with his/her reintegration into the German labour market.

The worker concerned would probably be unemployed for a longer period of time than comparable workers who receive comprehensive subsistence benefits and benefits to help them reintegrate into the labour market from the institution of the state of residence.

To shed some more light on this:

Without solutions on how to deal with active labour measures, the proposal is not mature to be decided on:

If the state of employment had to finance integration measures in another Member State, it would have to be decided whether the integration measures should be designed in accordance with the rules of the state of employment or of the state of residence. It would have to be avoided that the institution of the state of employment has to pay for comprehensive/expensive integration measures (set up by the institution of the state of residence) if the national law of the state of employment provides for less comprehensive/less expensive measures. Would the institution of the state of residence have to carry out monitoring functions to ensure that unemployed persons fulfil their duties of cooperation in integration measures (that they regularly attend a retraining course, for example)?.

Regardless of the kind of solution that would be chosen to implement the principle of the state of employment, there would be the risk that the persons concerned would have fewer possibilities for participation in measures because of the much more complicated implementation of such measures. As a result, their integration into the labour market would be considerably obstructed.

Further Situation/Example: If a frontier worker lives close to the border the shift of competence could be justifiable. However, also in these cases the problem of active employment measures arises.

Additional elements which need to be taken into account (cost of living; language skills):

The shift of competence might be a possible measure to take in closely related frontier regions with similar level of costs of living. However, this often is not the case.

Case: the worker concerned worked in a country with low unemployment benefits, but lives in a country with high costs of living. Could he/she receive social assistance in his

country of residence? Other questions arise, if the situation is vice-versa. The worker would receive a relatively higher amount of benefits than workers who never have moved into another Member state. For at least 6 months according to the proposal, he/she could lead a relatively better life than the “local” unemployed person. His/her intention to be re-employed would be low in this time, Also the local employment agency would presumably not concentrate too much to find him/her work as the benefit is financed by another country.

Another element is the language factor. By far not everybody has high language skills, nevertheless the unemployed would be confronted with a foreign placement agency for - often- the first time in his/her life and in a foreign language.

On top of this it should not be forgotten, the requirement that the worker concerned needs to be employed beforehand for 12 months in the country of former work, renders the legal situation even more complicated, raises the administrative costs to check this and delays the proper case management.

III. EXPORT OF UNEMPLOYMENT BENEFITS²

The Commission proposes also the extension of the period an unemployment benefit has to be exported from now 3 months with the discretion to extend it up to 6 months, in the future to obligatorily 6 months with the option to extend for the whole time it can be claimed in the competent country.

1. Positive is that the people concerned have more time and flexibility to look for work in the other country.

However, the longer the export period the more difficult it becomes for the competent country to supervise the unemployed person. The competence to check the “employability” of the person concerned is transferred to the country chosen for longer period than now. In order to cope with this the Commission proposes that the labour administration of the “guest” country is obliged to inform the labour organisation of the competent country every months on the situation. But how is the standard of information? Will the guest country help the person concerned as it helps its own people also before the background that it does not spend its own money on the person concerned? It needs to be presumed that less active labour measures would be granted to him/her.

When fixing the length of the export period, account should also be taken of the fact that for the institution that is competent to provide benefits, it is only possible in its own country to call for unemployed persons to cooperate and to support them actively in their reintegration into the labour market (for example, by tailor-made integration measures fitting the requirements of the unemployed persons and of the labour market) This is why a search for work is often more successful in the state of residence than in another Member State.

²C. Sánchez-Rodas Navarro “Good Legal Practices in Spanish Law? Clauses Governing Residence and the Export of Spanish Social Security Benefits” in: in: T. Velasco Portero (Coord.); Good Practices in Social Law .Thomson-Aranzadi. 2015. Madrid.; pp. 23-45.<https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/47317>.

The Commission argues- in the general sense- that the unemployment would not cost more money, it would not matter if the unemployed person received the benefits for 6 months or longer at home or abroad. In the light of the arguments given above this has to be doubted. It is more probable that he/she can find work in the competent country in most cases and much quicker.

As a result, the obligatory prolongation remains doubtful. Many member States now never use the extension to 6 months, others apply very narrow measures for discretion to prolong.

The solution might lie in a binding catalogue of principles for prolongation to 6 months export.

The framework conditions for unemployed persons who want to seek work in another Member State differ considerably. By way of example, the following three scenarios are described:

-Scenario a): In the country where the person wants to seek work the labour market situation is much better than in the state of residence. If unemployed persons with appropriate qualifications/language skills/age/etc. make an effort, it will be easy for them to find work within three months.

=> An export period of 3 months is sufficient. An export period of 6 months could act as a disincentive in so far as workers might initially postpone an intensive search for work.

-Scenario b): In the country where the person wants to seek work the labour market situation is somewhat better than in the state of residence. Unemployed persons with legitimate integration prospects in the country where they want to seek work normally need between 3 and 6 months to find a new job.

=> An export period of 6 months is appropriate.

-Scenario c): In the country where the person wants to seek work the labour market situation is much worse than in the state of residence. Unemployed persons have considerably worse integration opportunities in the export country than in the state of residence. Still, there are unemployed persons who want to export their benefit entitlement into the other Member State for as long a period as possible.

=> The legal entitlement to the export period of 3 months is completely sufficient. As a matter of priority, the competent institution should have the possibility to integrate the unemployed persons into the labour market in the state of residence.

The length of the export period should be flexible and use the concrete situation of the job seeker and the concrete situation abroad and in the state of residence as a guideline.

2. Possible solution

Instead of an obligatory extension of payments a catalogue of criteria could be developed with the help of the following key questions:

- a) Does the unemployed person give reasons for his/her intention to seek work abroad (for example, leaving the country together with his/her spouse who takes up employment abroad or joining his/her spouse who resides abroad)?
- b) Is there a special need in the state of residence (e.g. a shortage of skilled labour) to fill jobs with the unemployed person who would like to leave the country?
- c) Compared to the state of residence, are the integration opportunities abroad: worse, similar, somewhat better or much better?
- d) In case of an application for an extension of the export period: Is the person concerned likely to take up work abroad in the foreseeable future?

IV. FURTHER PROPOSALS OF THE COMMISSION

Furthermore, the Commission proposes to introduce a period of 3 months of employment in the new country before former insurance periods from other member states can be taken into account for a claim in the new member state.

Under the current regulation insurance periods from other member States have to be taken into account if the person concerned has worked in this country directly before he became unemployed. The length of the required pre-insurance time is not specified. Most member states require at least 1 day, a very few about a month. As this proposal would be less favourable for the unemployed person concerned the Commission also proposes that he/she does not need to return to the former country to register unemployed and draw benefits from there but can apply in the new country to trigger the responsibility of the former country for 6 months with the option of prolongation until the right is exhausted.

In favour of the proposal it can be said that it requires a closer relation to the new country before this country needs to pay on its own account than in the current approach.

However, also this proposal obliges the former country to export without having the capability to control. After all, it should not be forgotten, that these benefits are financed by the contributions of workers and employers. It is necessary to observe strict rules on spending. If the person concerned could be brought back quicker in employment in the former country, it is a breach of this principle of prudent spending. With the current rules the new country becomes responsible after a minimum period of employment of one day in most member states.

Both situations could be manipulated fraudulently. Often workers move home to their country of residence when they get unemployed. They forget to apply for export of regularly 3 months of unemployment benefits beforehand. Afterwards it is too late. Thus they take up employment in order to qualify for social security insurance and benefits. With the proposal the work contract could be ended before the 3 months period has elapsed. Then the former country of employment would become responsible to pay out the benefit and also cover social security as a whole for at least 6 months.

In addition this proposal can lead to several continues shifts of competence: firstly the new country of employment would become competent - e.g. for pension-, sickness insurance; family benefits - and then after less than 3 months the former country of employment again. if he/she then finds again employment in the new country, competence would shift again. Presumably no administration can cope with this sequence of different competences.

The problem behind all of this is that now the unemployment benefit is calculated on the basis of the wages earned in country of very last employment. And indeed one day or maybe one month or so as a timeframe to calculate the amount of benefits which need to be paid then for a rather long period of unemployment is not a just basis. Why not introduce objective measures of calculation as for example: the average wage for the job in the country concerned could be taken into account as the basis of calculation of unemployment benefits for a specified period of employment before dismissal and leave at the same time the 1 - day rule as applied in most member States as it is? This could help prevent manipulation.

V. LONG-TERM CARE BENEFITS (LTC)

Already the Luxembourg Court of Justice ruled that the German long-term care insurance needs to be coordinated in the same way as sickness benefits (C-160/96 - Molenaar; C-208/207 Chamier-Glisczinski): These benefits intend to improve the health and living conditions and are therefore closely related to sickness benefits with which they are closely interlinked in terms of organization.

The Commission intends with the proposal to render the coordination rules of LTC more transparent and visible for the citizen.

In terms of LTC the Commission therefore proposes mainly the following modifications:

I. Definition of LTC

II. Establishing a detailed list of LTC benefits

III. Creation of a new chapter on coordination of LTC

To I: the new definition of LTC benefits brings a welcomed clarification to citizens and institutions. However, there is concern that the definition could go too far and also further than the ECJ has intended: a wide interpretation could extend the coordination to areas which should not be covered: As e.g. in many Member States ancillary benefits are granted by the municipalities, the municipalities could suddenly be confronted with the problem of being involved in coordination. On top of this uncertainty would arise which other benefits of a member State could be considered as LTC by the ECJ.

To II: in order to have legal certainty the proposal for a detailed list of LTC benefits in kind an/or cash as per member State is welcomed. The only question which arises is, whether this list is added as an annex to the Regulation itself or left for the Administrative Commission to be established after the adoption of the modified regulation. In order to have legal certainty on which benefits are coordinated, a list in an

annex to the regulation itself is needed. A list established by the Administrative Commission is legally not binding, not even for the administration of the member State concerned, not to speak of courts.

In addition it could be considered to extend Article 3 (5) of Regulation 883/2004 in order to clarify that also social assistance LTC benefits are excluded from coordination.

Such a list provides clarity as to the existence of corresponding benefits in each Member States. What is however uncertain is the relationship between the list of LTC benefits and the proposed Annex XII of the Regulation, which is to contain the LTC benefits that can be coordinated in accordance with other chapters of the regulation.

To III: there is concern that the introduction of a separate chapter for LTC benefits could lead to unwanted changes in the coordination rules. The consequence of the introduction of a separate chapter for LTC is that the branch of sickness benefits and LTC need to be kept strictly separate in future. The application of Articles 17 to 32 Regulation 883/2004 *mutatis mutandis* to LTC benefits as a separate branch of social security in its own chapter could lead in some constellations to the splitting of competences for sickness and LTC benefits or even the loss of entitlements. To apply the provision of the sickness Chapter 1 *mutatis mutandis* would mean, that each time those provisions use the term “benefits in kind” it has to be read as ”LTC in kind”.

For instance, the determination of competence for long-term care benefits relating to pensioners, who are the group most likely to be affected, may only be based on whether an entitlement to LTC in kind exists in the country of residence. Since 10 Member States have no LTC in kind, there may be a change in competences for LTC and a loss of entitlements where pensions are received from one of these other 10 Member States.

To make this clearer the following examples are outlined:
Example for changes in competence

A pensioner, who resides in Portugal, receives a pension from Germany and Portugal. Portugal is competent for sickness benefits in kind [Article 23 REG (EC) No 883/2004].

Since there exist no long-term care benefits in kind in Portugal as per the list set out in Article 34(2) of Regulation (EC) No 883/2004, according to the Commission’s proposal Germany would be competent for long-term care benefits in kind and in cash [Article 24 REG (EC) No 883/2004]. The pensioner would have the right to long-term care benefits in cash exported from Germany to Portugal.

According to the case-law of the European Court of Justice a person

- who receives pensions both from his Member State of origin and from the Member State in which he spent most of his working life and
- who has moved from that Member State to his Member State of origin

can by reason of optional continued affiliation to a separate care insurance scheme receive a cash benefit corresponding to that affiliation, in particular where cash benefits

relating to the specific risk of reliance on care do not exist in the Member State of residence.

According to the Commission's proposal the affiliation to the long-term care insurance scheme had to be compulsory without an existing affiliation to the sickness insurance scheme in Germany.

Status quo	Commission's Proposal
Competent for sickness benefits: Portugal	Competent for sickness benefits: Portugal
Competent for long-term care benefits: Portugal Possibility of continuing to be insured in the German care insurance scheme on the basis of optional continued affiliation	Competent for long-term care benefits: Germany (compulsory affiliation)
In case of optional continued affiliation: Export of long-term care benefits in cash from Germany	Compulsory affiliation: Export of long-term care benefits in cash from Germany

Example for loss of entitlements

A pensioner, who resides in Belgium, receives a pension from Belgium and the Netherlands. Belgium is competent for sickness benefits in kind [Article 23 REG (EC) No 883/2004].

Since there exist no long-term care benefits in kind in Belgium as per the list set out in Article 34(2) of Regulation (EC) No 883/2004, according to the Commission's proposal the Netherlands would be competent for long-term care benefits in kind and in cash [Article 24 REG (EC) No 883/2004].

In the Netherlands there exist long-term care benefits in kind but not exportable long-term care benefits in cash. As a consequence the pensioner has to pay contributions in the Netherlands, but can neither receive benefits in kind in Belgium nor benefits in cash from the Netherlands. So far the pensioner receives long-term care benefits in cash from the Belgian institution.

Status quo	Commission's proposal
Competent for sickness benefits: Belgium	Competent for sickness benefits: Belgium
Competent for long-term care benefits: Belgium	Competent for long-term care benefits: Netherlands
Benefits: long-term care benefits in cash (Belgium)	Benefits: No

As a result the introduction of an own chapter of coordination of LTC triggers in many constellations a change of the competent member State and new burdens for the insured person with regard to access to benefits. This would also in the light of the often elderly pensioners who need LTC be a disaster.

To make this a bit clearer, in other words:

According to the current Regulation 883/2004 LTC are coordinated as sickness benefits. The member State of residence grants the sickness insurance benefits in kind and also the LTC in kind if any: the institutions of the member State of residence are always competent for granting sickness benefits in kind as all member States have sickness insurance schemes. Therefore as a result only one member State is competent. The Commission's proposal for a separate chapter automatically triggers the consequence that if a member State of residence has no LTC in kind it needs to be examined whether another member State granting a pension would be competent for LTC in kind if the pensioner lived there. As sickness benefits in kind cannot be exported this other member State would become responsible for exporting its LTC in cash if any. If there are no such benefits, the pensioner would receive no LTC at all. In the case there are such benefits in the other member State which pays the pension, the pensioner concerned would need a new set of additional forms in order to get these benefits exported from this state.

The introduction of a new chapter would also imply more bureaucracy: the use of a LTC-specific set of documents for registration and separate cost-settlement. National health insurance providers should be the only institutions in charge with the implementation of Regulation (EC) No 883/2004 in both areas - sickness benefits and LTC - in order to rely on a well-established network of institutions.

All in all, it should be considered whether the objective of making the legal status quo more transparent and more user-friendly cannot be achieved better and with less disadvantages for EU citizens by laying down specific provisions or references on LTC in chapter 1 on sickness benefits in Regulation (EC) No 883/2004.

VI. CONCLUSION

The retention of the state of residence principle has its advantages because the state of residence principle is a tried and tested principle whereas the concepts striving for a shift to the state of employment principle do not provide solution approaches for the

fundamental problems of the state of employment principle. Quite a lot of frontier workers would lose important rights which they currently have according to the state of residence principle if the state of employment principle applied and they would be seriously prevented from exercising their freedom of movement.

The obligatory extension of unemployment benefit export is not helpful as in many cases not required and could also lead to lose chances on the labour market in the competent country.

The 3-months rule of pre-employment before gaining access to employment benefits of the new country of employment deteriorates the legal rights of the unemployed and can lead to absurd results.

All 3 proposals for modification lead in principle to a deterioration of the free movement of workers.

The initiative to modernise the coordinating legislation, especially to make the complex coordinating legislation fairer, more user friendly, clearer and easier to enforce is welcomed. However, establishing autonomous coordination rules for LTC could appear premature at this point. A comparison with sickness benefits shows that all Member States did at least provide for comparable benefits in kind as Regulation No 3 and later Regulation (EC) No 1408/71 came into force. In contrast to this, LTC differ widely across the Member States and follow heterogeneous patterns, which will ineluctably cause unwished gaps in coordination and trigger a difficult and bureaucratic situation for mainly old helpless people and could lead to a deprivation of all benefits under the current rules. Certainly, the Commission did not foresee these consequences when making the proposals.

Recibido: 10.03.2017. Aceptado: 10.04.2017.

LA PROTECTION SOCIALE DES TRAVAILLEURS MIGRANTS : UNE ANALYSE MULTI-NIVEAUX DES REGIMES DE SECURITE SOCIALE

PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES: UN ANÁLISIS MULTI-NIVEL DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

ELISA FORNALÉ¹

Professeure boursière FNS, World Trade Institute, Université de Berne.

¹L'auteur souhaite remercier le Prof. Cristina Sánchez-Rodas Navarro qui a organisé le colloque et avec qui elle a eu le privilège de collaborer pendant la mise en œuvre du projet R_eMigra. En outre, l'auteur souhaite remercier M.A. Lisa Salcedo Pfeiffer, spécialiste en migrations et développement, pour la relecture attentive et ses commentaires sur cet article. La recherche conduite pour réaliser cet article a été financée par le Fonds National Suisse de la recherche scientifique et le programme Marie Curie (FP7).

RESUME

L'article vise à développer une étude sur l'évolution de l'accès aux droits sociaux des travailleurs migrants et leur portabilité dans un cadre juridique multi-niveaux. L'article fournira une introduction historique aux règles et aux modalités d'accès à la protection sociale dans le contexte des accords existants, avec une attention particulière portée sur les niveaux bilatéral et régional. L'objectif est de mieux comprendre l'origine des régimes de sécurité sociale et d'identifier les principales caractéristiques de ces modèles. La présentation de pratiques concernant les mécanismes de portabilité des prestations de sécurité sociale contribuera à l'identification des éléments requis afin de promouvoir un système transnational de droits de sécurité sociale.

MOTS CLES: Travailleurs migrants, Sécurité sociale, Portabilité.

ABSTRACT

The chapter adopts an historical approach in reading the evolution and origins of social rights and their portability for international migrants in two different regimes (bilateral and regional units) reviewing the most important literature on the subject. This chapter relates the concepts of regionalism/bilateralism to contemporary debates on multilevel migration governance to assess their significance considering first the unsolved problem of defining social security regimes, their origins, present and future prospects for the status of social protection, and their place in global order. The paper will then take a closer look at the proliferation of regional/bilateral groupings in terms of the key features of those arrangements. This paper will lay the basis for a study on the emerging models that could guarantee an improved access to specific forms of social protection and portability arrangements.

KEYWORDS: Migrant Workers, Social Security, Portability.

RESUME

I. INTRODUCTION

II. MISE EN CONTEXTE ET DEFINITIONS

III. EVOLUTION HISTORIQUE DU CADRE NORMATIF INTERNATIONAL

IV. LES ACCORDS BILATERAUX

V. L'EVOLUTION DE LA COORDINATION DE LA SECURITE SOCIALE AU NIVEAU REGIONAL

VI. CONCLUSION

I. INTRODUCTION

Le débat autour de l'accès à la protection sociale et à la portabilité de ses prestations pour les travailleurs migrants a connu une évolution 'remarquable' au cours des dernières années². En particulier, la protection sociale des travailleurs migrants à l'intérieur de différents pays est une préoccupation constante qui soulève, au niveau international, des questions d'ordre économique mais également d'ordre social³.

Comme souligné par la Conférence internationale du Travail (2011), faire bénéficier les travailleurs migrants de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale constitue une nécessité sociale. En effet, environ 243,7 millions de personnes vivent et travaillent en dehors de leur pays d'origine et, selon les estimations futures, l'ampleur des flux migratoires serait en hausse⁴. Il est de plus en plus admis que le fait de faire bénéficier aux travailleurs migrants; indépendamment qu'ils aient un statut temporaire ou de résident permanent; des mêmes conditions que celles accordées aux travailleurs nationaux, «participe à la lutte contre les inégalités dans une perspective de justice sociale»⁵. En outre, l'exclusion des travailleurs migrants des régimes de sécurité sociale nationaux peut entraîner des répercussions négatives sur leur intégration et aussi affecter leur mobilité⁶. Le citoyen étranger risque de se sentir «démuni» face au pouvoir arbitraire de l'Etat et «le caractère incertain et spoliateur des prélèvements obligatoires » qui, pour paraphraser Salin, peuvent générer le sentiment d'être soumis à une tyrannie⁷.

La problématique est très complexe pour différentes raisons et suscite des défis juridiques épineux. Historiquement, l'accès aux prestations sociales relève du droit interne et est régi par le principe de territorialité. Comme souligné par ROBERTS « l'approche traditionnelle considère que les droits à une protection sociale émanent des Etats-nations et sont circonscrits au territoire national »⁸. Dans ce contexte, l'attribution des prestations sociales aux travailleurs migrants est liée aux critères de la résidence habituelle, ou de la nationalité, et à la subsistance d'un lien suffisamment étroit avec le pays concerné. C'est la remise en question de l'unité territoriale du régime de la sécurité sociale qui continue de se heurter à une forte résistance dans le cadre de l'extension de la couverture aux travailleurs migrants.

²Organisation Internationale du Travail (OIT) (2016), Promouvoir une migration équitable, Conférence Internationale du travail, 105e Session.

³Penning, FransetVonk, Gijsbert (eds.) (2015), Research Handbook on European Social Security Law, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

⁴OIT, 2016; AISS (2014), Manuel sur l'extension de la couverture de la sécurité sociale aux travailleurs migrants.

⁵La présente étude n'inclut pas les migrants qui travaillent de façon informelle. Lamarche, Lucie (2012), «Le droit social et les droits sociaux : des outils dissonants pour la régulation sociale dans le contexte du néolibéralisme», dans Roman, Diane (dir.), La justiciabilité des droits sociaux, vecteurs et résistances, Paris, Pedonep, 119-137.

⁶Tout récemment, Holzmann a conduit une étude concernant quatre accords bilatéraux (Autriche-Turquie, Allemagne- Turquie, Belgique-Maroc, France-Maroc) pour explorer l'impact de l'existence ou non d'accords bilatéraux sur la portabilité sur la mobilité de travailleurs migrants. Holzmann, Robert (2016), Bilateral social security agreements and pensions portability: A study of four migrant corridors between EU and non-EU countries, International Social Security Review, vol. 69, 3-4/2016, pp. 109-130.

⁷Salin, Pascal (2014), La Tyrannie Fiscale, Paris, Odile Jacob, p. 10.

⁸Roberts, Simon (2010), Bref historique de la coordination de la sécurité sociale, dans Jorens, Yves, Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, 50 ans de coordination de la sécurité sociale : passé - présent - futur : rapport de la conférence célébrant le 50e anniversaire de la coordination européenne de la sécurité sociale : Prague, 7 et 8 mai 2009, pp. 8-29.

Les ressortissants de pays tiers se déplacent «d'un pays à l'autre et par conséquent entre des marchés du travail et des systèmes de sécurité sociale règlementés de façon distincte»⁹. Au fil des années, le besoin de garantir que les étrangers ne perdent pas leurs droits a fait évoluer le cadre normatif avec l'élaboration de différents régimes stratifiés. D'une part, cette profusion de normes et la coexistence de différents régimes (par exemple universels, régionaux et bilatéraux) forme un cadre normatif très diversifié qui peut répondre à une approche plus individuelle dans leur mise en application¹⁰. D'autre part, l'absence d'une approche globale fait apparaître un décalage entre la situation des citoyens de pays qui ont signé des accords et ceux de nombreux pays où aucun instrument de coordination n'a été mis en place.

L'analyse vise à adresser le problème sous une perspective juridique pour se pencher sur les questions suivantes: Comment les instruments actuels coordonnent-ils les régimes de sécurité sociale? Comment réguler la portabilité de droits sociaux? Existe-il un droit d'exclusion en matière de protection sociale vis-à-vis des travailleurs migrants?

II. MISE EN CONTEXTE ET DEFINITIONS

Une précision s'impose au préalable. La «protection sociale» est ici comprise sous deux angles spécifiques. Elle fait référence, d'une part, aux droits garantis -en particulier l'accès à la sécurité sociale¹¹- dans les pays d'origine et de destination, et d'autre part, à la transférabilité¹² desdits droits entre les pays concernés¹³.

Il est généralement admis que les systèmes de «protection sociale» reposent sur le travail, c'est-à-dire qu'ils sont financés par des impôts et des cotisations proportionnels aux revenus du travailleur¹⁴. Dans la plupart des pays, le financement de la protection sociale a été nationalisé. Cette nationalisation, «faite au nom de la solidarité», affecte en particulier la situation individuelle du citoyen étranger qui est obligé «d'acheter les mêmes paniers de police» sociale que les nationaux sans pour autant bénéficier automatiquement et pleinement des mêmes prestations et droits sociaux s'il/elle décide, par exemple, de retourner dans son pays d'origine¹⁵. Comme l'a récemment affirmé l'Association internationale de la sécurité sociale (AISS), «les migrants paient souvent plus qu'ils ne reçoivent, et ce même en ce qui concerne les programmes de sécurité sociale totalement ou partiellement financés par les recettes fiscales, étant donné qu'ils participent à leur financement par le biais des taxes à la consommation»¹⁶. Le travailleur

⁹Sabates-Wheeler, Rachel et Koettls, Johannes (2010), «Les problèmes de fourniture d'une protection sociale aux migrants dans le contexte de l'évolution des flux migratoires», *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, vol. 63, n. 3-4, p. 123-157, p. 125.

¹⁰ AISS, 2014.

¹¹Pour la définition de sécurité sociale, voir Sabates-Wheeler et Koettls, 2010, p. 128: «La sécurité sociale s'entend ici comme comprenant les prestations sociales (en grand partie financées par l'impôt) et l'assurance sociale (financée par des cotisations)».

¹²Selon Cruz, 2004, la transférabilité «est la capacité de préserver, maintenir et transférer des droits acquis en matière de sécurité sociale ou en cours d'acquisition, indépendamment de la nationalité et du pays de résidence». Cruz, Armando (2004), «Portability of Benefit Rights in Response to External and Internal Labour Mobility: The Philippine Experience», paper presented at the International Social Security Association 13th Regional Conference for Asia and the Pacific, Kuwait (8-10 March 2004).

¹³Sabates-Wheeler et Koettls, 2010, p. 128.

¹⁴ Salin, 2014, p. 228.

¹⁵ Salin, 2014, p. 210 et p. 229.

¹⁶ AISS, 2014.

migrant doit donc contribuer à la protection sociale nationale sans pouvoir déterminer la frontière entre ses droits et les restrictions auxquelles il doit faire face.

L'étude de SABATES-WHEELER et KOETTLS confirme qu'une certaine disparité persiste au niveau national, entre les droits des travailleurs nationaux et ceux des travailleurs de pays tiers. En particulier, ces derniers risquent de bénéficier d'un accès restreint aux programmes de protection sociale dans les pays d'accueil en même temps qu'ils risquent de perdre les droits acquis lorsqu'ils quittent le pays tiers et de subir des pertes financières¹⁷. A ce propos, l'AISS a mis l'accent sur différents obstacles juridiques et pratiques qui affectent l'extension de la couverture aux travailleurs migrants, à partir de la croissante fragmentation du droit. Parmi les obstacles identifiés, une difficulté réelle persiste à l'affiliation au régime national de sécurité sociale du pays d'accueil, par exemple si une période minimale de résidence et de cotisations est requise pour bénéficier de la pension ou d'autres prestations sociales¹⁸.

Concernant la deuxième composante, quand on parle de portabilité, il est important de rappeler la distinction qui existe entre la *transférabilité* et l'*exportabilité* des droits aux prestations sociales¹⁹. D'une part, la *transférabilité* repose sur et dépend de, l'adoption de mesures de coordination entre les pays d'origine et d'accueil, tant pour la reconnaissance des droits sociaux que pour sanctionner leur violation. Il s'agit par exemple, dans le cas de prestations de pension de vieillesse, de la coordination pour la prise en compte des cotisations payées dans plusieurs pays. D'autre part, l'*exportabilité* n'implique pas quant à elle, une telle coordination et elle peut être réalisée par un seul pays. Tout récemment, le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies pour les migrations, M. PETER SUTHERLAND, dans son dernier rapport, a identifié parmi les priorités clés des Etats membres et des acteurs non-gouvernementaux en vue de la prochaine adoption du pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, celle de «garantir l'accès aux prestations sociales acquises et leur portabilité»²⁰. En particulier, le Représentant spécial du Secrétaire général a décrit la portabilité comme «une question d'équité pour les migrants et les pays d'origine, et une question d'efficacité de la politique migratoire pour le pays de destination. Les migrants ne doivent pas être dissuadés de retourner dans leur pays d'origine ou obligés de rester dans leur pays d'accueil plus longtemps qu'ils ne le souhaitent au simple motif qu'ils ne pourraient plus continuer à bénéficier des prestations de sécurité sociale après leur départ»²¹.

Comment assurer la portabilité de droits sociaux acquis ou en cours d'acquisition? La question impose la mise en relation de deux concepts: le principe de la clause de territorialité, qui autorise chaque Etat à établir certaines restrictions pour les non-citoyens, et l'affirmation du principe d'égalité démocratique garanti dans le contexte de la législation constitutionnelle nationale²². Dans une perspective historique,

¹⁷Sabates-Wheeler et Koettls, 2010, p. 125.

¹⁸ AISS, 2014.

¹⁹Sabates-Wheeler et Koettls, 2010, p. 130.

²⁰Assemblée Générale, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général pour les migrations, A/71/728, 2017 (<http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/N1700221.pdf>), p. 25.

²¹ Id. p. 22.

²²Arellano Ortiz, Pablo (2013), Trabajadores Migrantes y Seguridad Social: Aproximación Nacional e Internacional a los Mecanismos de Protección que Otorgan Continuidad a la Prestaciones. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 3(6), pp. 119-133.

l'introduction de la clause territoriale est ancienne et elle se retrouvait déjà par exemple, dans l'évolution de la formulation de lois concernant la pauvreté et la mendicité au XVI^e siècle²³. Comme souligné par Brett, les lois adoptées visaient à garantir l'accès au «bien commun interne» aux personnes en détresse, sans aucune distinction entre citoyens et non-citoyens²⁴. Leur formulation a ensuite progressivement exclu les étrangers qui n'étaient pas capables de subvenir à leur besoins²⁵. Roberts souligne qu'au niveau territorial le traitement réservé à tout individu par le pouvoir souverain est réglé par différents instruments : les lois sur l'immigration, qui garantissent surtout l'accès au territoire, et des critères spécifiques, tels que la nationalité ou la résidence, pour assurer l'accès aux prestations.

III. EVOLUTION HISTORIQUE DU CADRE NORMATIF INTERNATIONAL

Sur le plan historique, la protection des droits sociaux a été incluse dans le droit international des droits de l'homme à partir de l'adoption de la Déclaration universelle de droits de l'homme en 1948. Cette dernière reconnaît à l'article 22, «le droit à la sécurité sociale» et précise à l'article 25, «le droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans tous les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté». Les dispositions de la Déclaration sont traduites par les deux Pactes contraignants adoptés par les Nations Unies en 1966. En particulier, l'article 2 du Pacte sur les droits civils et politiques qui interdit toute forme de discrimination et l'article 9 du Pacte des droits économiques, sociaux et culturels qui prévoit « le droit de toute personne a la sécurité sociale, y compris les assurances sociales». Le respect de ces droits implique donc qu'il est inacceptable pour l'ensemble des pays de les limiter et d'exclure les travailleurs migrants de leur jouissance.

Dans ce contexte, l'Organisation internationale du travail (OIT) a sûrement joué un rôle clé dans l'évolution du cadre normatif de la protection sociale des travailleurs migrants. Il est d'abord souligné comment la question liée à la portabilité des pensions a évolué au sein de l'organisation. En effet, il est surprenant de voir que la question avait déjà été abordée au sein de la Conférence internationale du Travail en 1927 quand M. Martens (à l'époque délégué ouvrier belge) a soumis un projet de résolution concernant l'assurance en cas d'invalidité, de vieillesse et de décès, et la conservation des droits de pension pour les travailleurs migrants²⁶. Lors des débats sur cette résolution, les Etats membres ont demandé au Conseil d'administration du Bureau international du travail d'aborder la question «de la conservation des droits à pension des travailleurs qui passent d'un pays dans un autre»²⁷.

Cette question a été mise à l'ordre du jour lors de la Conférence de 1933 et a conduit à la mise en chantier de la première Convention pour la conservation des droits et à l'établissement d' «un véritable régime international pour la protection des salariés

²³Brett, S. Annabel (2011), *Changes of State, Nature and the limits of the city in the early modern natural law*, Princeton University Press.

²⁴Brett, 2011.

²⁵Roberts, 2010.

²⁶Conférence Internationale du Travail (CIL, 1927), *Compte Rendu des Travaux*, Dixième Session, vol. I, p. 529.

²⁷CIL, 1927, p. 532 ; Pour le texte de la résolution voir CIL, 1927, pp. 680-682.

travaillant dans plusieurs pays»²⁸. La Commission de la conservation des droits à pension (par la suite la Commission) a œuvré dans le but d'élaborer ce texte pour aboutir «à poser la première pierre d'une Union internationale pour la protection d'assurance des travailleurs de tous les pays»²⁹. La Commission a présenté la Convention (n°48) sur la conservation des droits à pension des migrants, qui a été adoptée en 1935³⁰. Dans cette Convention, le principe de la conservation des droits acquis et en cours d'acquisition a été au centre des discussions et des débats qui ont conduit à l'adoption du texte final sur la base de la conviction que «chacun doit recevoir les prestations qui correspondent à l'effort qu'il a fourni»³¹. Cette Convention n'a pas reçu un nombre significatif de ratifications. C'est l'une des raisons qui a amené la Commission internationale du Travail à la réviser en 1981³² notamment du fait de sa «rigidité» et de sa limitation à trois régimes «les prestations de vieillesse, d'invalidité et de survivants»³³. Ceci a, par la suite, déterminé l'adoption d'une nouvelle Convention (n° 157) en 1982³⁴. Comme énoncé par la CIT «contrairement à la convention n° 48, la nouvelle convention qui concerne toutes les branches ainsi que l'ensemble des prestations et régimes de sécurité sociale, contributifs et non contributifs ne comporte de dispositions directement applicables même en l'absence d'instruments bilatéraux ou multilatéraux entre les Etats liés par elle, que sur un nombre limité de points faisant l'objet des dispositions visées au paragraphe 2 de son article 4»³⁵. En particulier, la situation historique était différente de celle de l'adoption de la Convention n° 48, étant donné que la période de l'après-guerre a vu une croissance significative de la coordination dans le contexte de la protection sociale à travers une multiplication des accords bilatéraux. Ceci a favorisé une prise de conscience du besoin de développer un instrument multilatéral pour améliorer la coordination entre ces instruments³⁶.

²⁸CIL, 1934, p. 436.

²⁹Lors de séances de travail de la Commission pour la conservation des droits à pension, les Etats membres ont, à plusieurs reprises, souligné l'importance dans ce domaine des accords bilatéraux conclus par exemple par l'Espagne (CIL, 1934, p. 436, M. Stern, conseiller technique gouvernemental, Tchécoslovaquie).

³⁰La Convention n° 48 a été uniquement ratifiée par un nombre non significatif de pays : Italie (1952), Israël (1963), Monténégro (2006), Serbie (2000), Slovaquie (1992), Croatie (1991) et Bosnie-Herzégovine (1993). Voir pour le résumé de travaux préparatoires : Conférence Internationale du Travail (CIL, 1935a), Rapport de la Commission de la conservation des droits à pension : discussion, p. 553 ; Conférence Internationale du Travail (CIL, 1935b), Annexe VI : Première question à l'ordre du jour : Conservation au profit des travailleurs qui transfèrent leur résidence d'un pays à un autre, des droits en cours d'acquisition et des droits acquis dans l'assurance invalidité-vieillesse-décès, p. 771.

³¹CIL, 1935 a, p. 554.

³²Conférence Internationale du Travail (CIL, 1981), Compte rendu provisoire 32, Soixante-septième session, p. 3 : « le petit nombre de ratifications reçues par cette convention, en dépit de la source indéniable d'inspiration qu'elle a constituée sur le plan mondial pour de nombreuses conventions bilatérales et multilatérales de sécurité sociale. Les raisons de ce relatif insuccès tiennent sans doute au caractère trop ambitieux et trop rigide de cette convention, qui établit un système international de conservation des droits directement applicable, sans que l'on ait pu prévoir le très grand développement ultérieur des instruments bilatéraux et multilatéraux de sécurité sociale qu'elle a directement influencés ».

³³CIL, 1981, pp. 32-33 ; Conférence Internationale du Travail (1982), Compte rendu provisoire 33, Soixante-huitième session, p. 6 : « Le membre gouvernemental des Etats-Unis, notant que la commission traite de la conservation des droits des « travailleurs migrants » en matière de « sécurité sociale », a estimé que l'aspect sécurité sociale était primordial, car ce sont toutes les catégories de personnes protégées appelées à se déplacer d'un pays à un autre qui pourraient bénéficier de la convention ».

³⁴Conférence Internationale du Travail (CIT, 1983), Conservation des droits en matière de sécurité sociale, Rapport V, Soixante-neuvième session.

³⁵CIT, 1983, p. 5.

³⁶CIT, 1983, pp. 5-6 : «Enfin, les instruments de coordination, lorsqu'ils sont de nature bilatérale, comme c'est le cas de la majorité d'entre eux, n'apportent que des solutions imparfaites dans toutes les situations

En même temps, l'OIT a adopté des instruments très importants dans ce domaine à partir de conventions relatives à la non-discrimination et à l'égalité des chances pour les migrants dans le pays d'accueil³⁷. En ce qui concerne l'application de ces textes, elle est soumise à la condition de réciprocité, c'est-à-dire que les dispositions contenues dans ces textes ne sont valables que pour les ressortissants des Etats parties à ces conventions. Le champ d'application est plus étendu pour la Convention n° 97 sur les travailleurs migrants de 1949. Cette dernière est applicable sans condition de réciprocité ; l'art. 6.1, en particulier, affirme l'égalité de traitement pour l'accès à la sécurité sociale³⁸. Plus récemment, en 2012, l'OIT a adopté la recommandation n° 202 relative aux socles nationaux de protection sociale pour garantir la couverture de tout résident et pas uniquement des citoyens³⁹.

Face à l'insuffisance des dispositions adoptées au niveau national, on assiste à une coordination progressive, soit au niveau bilatéral, soit au niveau régional, qui contribue à concrétiser le principe d'égalité garanti en droit international et à permettre aux citoyens qui se trouvent hors de leur pays d'origine de bénéficier de prestations sociales⁴⁰.

Les deux sections suivantes visent à explorer deux instruments différents de coordination adoptés par les Etats et leur impact vis-à-vis de la protection des migrants : les conventions bilatérales de sécurité sociale et les régimes régionaux.

IV. LES ACCORDS BILATERAUX

Si le thème de la protection sociale se situe dans un contexte institutionnel en apparence dominé par une conception classique de la souveraineté nationale, des transformations nouvelles du rôle de l'Etat, associées aux modes de la gouvernance de la migration, garantissent la progression de l'accès aux droits sociaux sur le territoire national. En effet, il convient de souligner que la gouvernance de la migration implique des formes différentes de l'action étatique. Il est question d'un processus visant à favoriser une «transnationalisation» croissante de la gouvernance de la migration avec un accent de plus en plus important sur des modes bilatéraux et régionaux de formulation de politiques migratoires.

où les personnes intéressées sont ressortissantes d'un Etat tiers, ainsi que dans celles où elles ont également commencé à acquérir des droits au titre de la législation d'un Etat tiers ou bien résident ou séjournent sur le territoire d'un tel Etat, situations de plus en plus fréquentes compte tenu de la complexité des mouvements migratoires. A défaut d'instruments multilatéraux qui se substituent à des instruments bilatéraux ou en dispensent dans les relations entre les Etats en cause, il importe de faciliter et d'encourager la coordination multilatérale des instruments bilatéraux existants ».

³⁷ Convention (n° 19) sur l'égalité de traitement (accidents du travail) de 1925 (qui, au 30 novembre 2015, comptait 121 ratifications) et recommandation n° 25 ; Convention (n° 21) relative à l'inspection des émigrants de 1926 ; Recommandation (n° 26) sur la migration (protection des émigrantes abord des navires) de 1926 ; Convention (n° 48) sur la conservation des droits à pension des migrants de 1935.

³⁸Gisti (2016), La Protection Sociale des personnes étrangères par les textes internationaux.

³⁹ AISS, 2014.

⁴⁰Gisti, 2016.

Un certain nombre de pays ont conclu des accords bilatéraux relatifs à la sécurité sociale pour garantir la protection sociale des travailleurs migrants⁴¹. Dans cette optique, les instruments adoptés peuvent avoir comme objectif l'harmonisation ou la coordination des régimes nationaux⁴². MAHON, dans son étude, rappelle clairement la distinction entre l'harmonisation «ayant pour but de favoriser le rapprochement matériel des différents systèmes nationaux» et la coordination qui vise non pas à modifier les différents systèmes nationaux mais à permettre aux migrants «de passer de l'un à l'autre sans subir les inconvénients liés à cette mobilité et au caractère territorial des systèmes nationaux»⁴³. Comme souligné par Watson, «la coordination relie les systèmes juridiques : elle n'altère pas leur substance sauf dans la mesure où elle accroît la portée des systèmes de sécurité sociale en rendant les droits personnels plutôt que territoriaux»⁴⁴. Très peu des pays concernés visent à développer une harmonisation dans ce domaine⁴⁵, et la plupart ont développé une pratique de coordination.

Il est particulièrement intéressant de rappeler l'accord bilatéral de coordination en matière de sécurité sociale adopté entre la France et l'Italie en 1904⁴⁶. Comme énoncé dans la première partie de la Convention, le traité visait à : «1° faciliter à leurs nationaux travaillant à l'étranger la jouissance de leurs épargnes et leur ménager le bénéfice des assurances sociales ; 2° garantir aux travailleurs le maintien des mesures de protection déjà édictées en leur faveur et concourir au progrès de la législation ouvrière». L'adoption de règles internationales a été invoquée depuis de nombreuses années dans différents fora internationaux, comme la Conférence de Berlin (1890), le Congrès de Zurich (1897), ainsi que le Congrès de Paris (1900) qui a facilité que les négociations officielles commencent en 1904⁴⁷. Cet accord bilatéral incluait le principe de la réciprocité de traitement entre les citoyens de deux pays et il garantissait le transfert d'épargne (article 1) et la facilitation du transfert de pensions et cotisations

⁴¹Conférence Internationale du Travail (CIT, 2011), La sécurité sociale pour la justice sociale et une mondialisation équitable, Discussion récurrente sur la protection sociale (sécurité sociale) en vertu de la Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, Genève, Bureau International du Travail, p. 35.

⁴²Dupper, Ockert (2014), "Coordination of Social Security Schemes, the Case of SADC", KFG The transformative power of Europe, Working Paper, n. 60, p. 16; Pennings, Frans (2012), EU Citizenship : Access to Social Benefits in Other EU Member States, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 28 (3), 307-334.

⁴³Mahon, Pascal (1993), « Etrangers, travailleurs migrants et sécurité sociale », Aspects de la sécurité sociale, vol. 2, n. 3, Genève, pp. 3-9, 1-12, p. 5 et 1.

⁴⁴Watson, Philippa (1980), Social Security Law of the European Communities, Mansell Publishing, p. VIII: "coordination links legal systems: it does not alter their substance except in so far as it widens the scope of social security systems by rendering rights personal rather than territorial".

⁴⁵Voir art. 2 (e) de la Charte des droits sociaux de la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC) : " the establishment and harmonisation of social security schemes".

⁴⁶Le texte de l'accord a été publié par le Bollettinodel'UfficiodelLavoro, Vol. I, n. 3, Juin 1904, pp. 317-335. En France, le décret du 8 octobre concernant la Convention du travail franco-italien du 15 avril 1904 a été publié par le Bulletin de l'inspection du travail, deuxième année, 1904, pp. 325-331. La Convention a été signée à Rome le 15 avril 1904 avec un arrangement pour régler les remboursements et les transferts de fonds entre les deux pays. Les échanges de ratification ont eu lieu le 21 septembre 1904. Pour une analyse détaillée de ce texte voir en particulier : Pic, Paul (1906), De la condition juridique des travailleurs étrangers en France, Législation actuelle, Projets de réforme, Journal du droit international privé, pp. 301-317; Raynaud, B. (1905), Le Traité de travail franco-italien du 15 avril 1904, Journal du droit international privé, pp. 306-316.

⁴⁷Raynaud, 1905, p. 307.

(article 1, b)⁴⁸ qui ne pouvait pas se faire dans l'immédiat en raison des différences de degré dans l'évolution législative nationale des deux pays⁴⁹. De plus, il affirme l'égalité de traitement entre les citoyens de deux pays dans l'accès aux indemnités en cas d'accident s'ils quittent le territoire où l'accident a eu lieu (article 1, d). Ce traité a contribué à identifier les éléments de base du principe de la coordination en matière de protection sociale et à mettre l'accent sur la condition des travailleurs migrants.⁵⁰ Il a été souligné que cet accord en a inspiré d'autres, comme le traité commercial conclu entre l'Italie et la Suisse le 13 juillet 1904⁵¹. En particulier, selon HOLLOWAY, l'adoption des premiers accords internationaux a eu pour rôle d'adresser le «paradigme du libéralisme-protectionnisme» qui intéressait les Etats à cette période dans la gestion de leurs flux migratoires. En effet, ces derniers faisaient face, d'un côté, à la nécessité de contrôler l'entrée et le séjour des migrants et, de l'autre côté, à la nécessité de garantir un nombre donné de travailleurs migrants dans certains Etats. L'évolution des lois migratoires internes a donc été accompagnée, en même temps, par ces accords internationaux aptes à favoriser la libre circulation des travailleurs migrants entre les Etats parties. L'accord franco-italien a alors été identifié comme une possible solution aux tensions liées au dilemme du libéralisme-protectionnisme⁵².

A l'heure actuelle, en matière de coordination de la sécurité sociale, les conventions bilatérales jouent un rôle clé dans la sauvegarde des droits à la protection sociale pour les personnes en situation de mobilité. Elles constituent notamment un instrument important de coordination en matière de sécurité sociale pour les Etats qui ne sont parties à aucun accord multilatéral ou supranational⁵³. En tant qu'instrument de coordination, les conventions bilatérales visent à améliorer la protection de travailleurs migrants «en créant des «ponts» entre les différents systèmes, de façon à faciliter le passage de l'un à l'autre, sans toutefois modifier ces systèmes»⁵⁴. Un objectif important lié à l'adoption de ces instruments est la concrétisation du principe d'égalité de traitement entre les étrangers migrants et les ressortissants du pays d'accueil dans l'accès aux prestations de sécurité sociale⁵⁵. Comme souligné par l'OIT, «la multiplication des accord bilatéraux et multilatéraux de sécurité sociale» garantit «l'application dans la pratique du principe de l'égalité de traitement grâce à des dispositions qui permettent le maintien des droits acquis et des droits en cours d'acquisition»⁵⁶.

⁴⁸Watson, 1980, p. 9. Il est intéressant de souligner que l'accord concernait 200.000 citoyens italiens (employés en France) et 10000 citoyens français (employés en Italie). Si l'avantage pour l'Italie était assez évident, pour la France l'intérêt résidait plutôt dans la deuxième partie de l'accord qui imposait à l'Italie d'améliorer sa législation interne en matière de protection sociale. En effet, il était estimé que les coûts de production soutenus par les employeurs en Italie étaient très bas par rapport à la France, en raison d'un cadre législatif inadéquat et sous-développé, Holloway, John (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Gower, p. 251.

⁴⁹En particulier, l'Italie avait adopté deux lois, en 1898 et en 1901, pour reconnaître le droit aux pensions pour les travailleurs mais la France n'avait pas encore avancé dans ce domaine, voir Watson, 1980, p. 9.

⁵⁰Watson, 1980, p. 9 ; Holloway, 1981 , p. 251.

⁵¹Le texte de cet accord a été publié dans la Feuille Fédérale, décembre 1904, vol. 6, n. 49, pp. 148- 239.

⁵²Holloway, 1981, pp. 243-245.

⁵³MISSOC (Mutual Information System on Social Protection in the EU Member States, the EAA and Switzerland), *Analyse MISSOC*, 2/2013, Aspects extérieures de la coordination en matière de sécurité sociale, Novembre 2013, p. 17.

⁵⁴Mahon, 1993, p. 5.

⁵⁵Gisti, 2016.

⁵⁶OIT, 2016.

Les raisons sous-tendant les conclusions de ces accords sont très variées. Historiquement, l'adoption de ces accords était liée à la «naissance des assurances sociales»⁵⁷ pour évoluer, au fil des années, avec le développement des politiques migratoires. Si on considère, par exemple, le cas de la France qui, à l'heure actuelle, a conclu environ 38 accords bilatéraux avec des pays tiers⁵⁸, on peut clairement distinguer 3 séries d'accords : 1 – les accords dits de « main-d'œuvre » conclus à partir des années 1950, lors de la décolonisation, avec les pays du Maghreb et d'Afrique pour favoriser la mobilité des travailleurs migrants de ces pays ; 2 -les accords de mobilité conclus dans les années 1980 avec de nouveaux Etats d'Amérique et d'Asie ; 3- les accords dits «OCDE» signés à partir des années 2000 pour les échanges avec les pays industrialisés⁵⁹. Aussi, l'ensemble des accords bilatéraux signés par les pays du Mercosur (Marché commun du Sud) avec d'autres pays d'Amérique Latine, en particulier avec la Colombie et le Chili, sont étroitement liés à une logique de mobilité des travailleurs comme le démontre l'étude développée par BERNAL, PRADA et URUEÑA⁶⁰. A partir du milieu des années 1990, une nouvelle série d'accords ont été signés avec les pays d'Amérique latine dans une logique de migration Sud-Sud.⁶¹ Depuis les années 2000, le réseau des pays d'Amérique du Sud s'est étendu à l'Espagne en raison de l'accroissement des échanges de flux migratoires avec ce pays.

En ce qui concerne le champ d'application personnel, à savoir les personnes couvertes, on distingue entre des accords «fermés» qui sont valables seulement pour les ressortissants des parties contractantes⁶² et des accords «ouverts» qui s'appliquent à toutes personnes couvertes par la législation en matière de sécurité sociale, quelle que soit leur nationalité⁶³. Il est difficile d'identifier la prévalence d'un modèle. En effet, certains accords plus récents sont «fermés» donc restreints aux ressortissants nationaux⁶⁴. Même si ces accords sont très hétérogènes, ils partagent des caractéristiques communes en ce qui concerne le champ d'application matériel,⁶⁵ à savoir les éventualités. Ces accords visent à promouvoir l'égalité de traitement entre les ressortissants des deux Etats signataires, ainsi que le maintien des droits acquis et en cours d'acquisition⁶⁶. Dans cette optique, ces accords garantissent la possibilité d'exporter certaines prestations, telles que les pensions de vieillesse, d'invalidité, de survivants et pour les prestations dans le cadre d'accidents du travail et de maladies professionnelles. Selon l'analyse du MISSOC, plusieurs accords conclus par les pays européens couvrent les branches classiques de la sécurité sociale et la plupart des

⁵⁷Mahon, 1993, p. 1.

⁵⁸Gisti, 2016.

⁵⁹ Réseau européen des migrations (REM) (2014), L'accès des ressortissants de pays tiers à la sécurité sociale et aux soins de santé en France, Février 2014, p. 35.

⁶⁰ Voir par exemple les accords conclus entre l'Argentine et la Colombie en 2008, entre le Brésil et le Chili en 1995, et entre l'Uruguay et le Mexique en 1990. Bernal, Natalia, Prada, María et Urueña, René (2015), "Intra-regional Mobility in South America: the Andean Community and MERCOSUR", dans Panizzon, Marion, Zuercher, Gottfried et Fornalé, Elisa (dir.), *The Palgrave Handbook of International Labour Mobility*, London, Palgrave.

⁶¹ Voir par exemple les accords conclus entre le Brésil et le Portugal en 1991. Bernal, Prada et Urueña, 2015.

⁶² Par exemple, l'analyse MISSOC 2/2013 énumère les accords conclus par Malte et la Roumanie.

⁶³ Voir les accords bilatéraux conclus par le Chili. MISSOC, 2013, p. 18.

⁶⁴ Par exemple, l'accord conclu entre la France et le Kosovo (2013) ou l'accord conclu entre la Roumanie et le Canada (2011). MISSOC, 2013, p. 26.

⁶⁵ MISSOC, 2013, p. 17.

⁶⁶ Arellano Ortiz, 2013.

accords n'incluent pas la portabilité de l'indemnité de chômage et des allocations familiales⁶⁷. Cette distinction entre les transferts et les non-transferts assurés par les Etats aux étrangers fait apparaître le caractère arbitraire de la cotisation et engendre une «inégalité» spécifique⁶⁸.

Sur la base des études disponibles, il apparaît que la coordination réalisée à travers les accords bilatéraux de sécurité sociale est disparate. Ceci laisse la place à des lacunes conséquentes et concrètes au niveau de la réalisation du principe d'égalité. En particulier, certaines restrictions dans le traitement réservé aux étrangers peuvent affecter l'assujettissement à un régime, sur la base du critère de la nationalité, ou le droit et les conditions d'octroi des prestations qui affectent la réalisation d'une égalité globale. De plus, il convient de mentionner que plusieurs pays d'origine n'ont conclu aucun accord bilatéral de transférabilité. Les migrants dépendent donc uniquement de la législation nationale qui, dans certains pays, n'est pas suffisante. Par conséquent, comme récemment développé dans l'étude publiée par l'OIT concernant l'accès à la protection sociale dans les pays d'Asie du Sud, les travailleurs migrants encourent le risque d'une double limitation : soit de ne pas avoir accès aux prestations et aux droits associés aux cotisations obligatoires dans leur pays d'origine, soit d'en perdre l'accès une fois qu'ils retournent dans leur pays d'origine⁶⁹.

L'origine historique de cette exclusion confirme la volonté des Etats de faire prévaloir leur prérogative souveraine sous prétexte qu'il ne serait pas possible d'effectuer de contrôle hors des frontières nationales ni de vérifier que les bénéficiaires remplissent les conditions pour le maintien de leur droit aux prestations (voir par exemple l'aptitude au placement d'un chômeur)⁷⁰. Il devient de plus en plus urgent de se demander si cette contrainte imposée par l'Etat est «admissible» et si elle répond à celle que l'on appelle la «justice sociale» ou la «solidarité obligatoire», selon la définition adoptée par SALIN⁷¹. En effet, la solidarité étatique, d'après la formule de Salin, peut dégénérer en une spoliation légale au détriment des travailleurs migrants si elle franchit la limite du droit. Le travailleur migrant ne peut pas invoquer une dénationalisation de l'assurance chômage étant donné qu'il paie lui-même ses cotisations et qu'il perd ces dernières s'il quitte le pays d'accueil.

En règle générale, «les travailleurs migrants contribuent aux systèmes de sécurité sociale le plus souvent sans que leurs droits soient garantis. La portabilité et le maintien des droits acquis doivent être considérés comme des droits de base»⁷².

⁶⁷Par exemple l'accord conclu entre la Belgique et le Maroc (1971) ou l'accord conclu entre la Bulgarie et la Russie (2010).

⁶⁸Holzmann dans son étude a aussi mis en évidence comment la neutralité de ces accords peut être touchée par la mise en place d'un traitement fiscal différent lors de la portabilité de pensions, qui peut varier selon les pays concernés. Holzmann, 2016, p. 119 et p. 123.

⁶⁹OIT (2015), *The State of Social Protection in ASEAN at the dawn of integration*, OIT Bangkok.

⁷⁰Mahon, 1993, p. 7.

⁷¹Salin, 2014, p. 262.

⁷²Processus de Rabat (Soutien au processus Euro-Africain sur la Migration et le Développement 2011), «Rapport Final», Réunion d'experts sur les droits sociaux des migrants et leur portabilité dans un cadre international, Rabat, [en ligne], http://www.processusderabat.net/web/uploads/activity/Social_rights/S%C3%A9ance%207_ILO_FR.pdf, p. 6.

V. L'EVOLUTION DE LA COORDINATION DE LA SECURITE SOCIALE AU NIVEAU REGIONAL

Si certains pays ont démontré une attitude positive envers l'adoption des conventions bilatérales, il existe également des instruments de sécurité sociale visant à promouvoir une coordination multilatérale qui pourrait avoir un impact très important à l'égard des étrangers et à la reconnaissance du principe d'égalité. En particulier, le risque lié aux conventions bilatérales est de favoriser une attitude sélective et restrictive des pays concernés. Au contraire, une ouverture sur le multilatéralisme pourrait renforcer l'application des normes internationales.

Au niveau régional, l'Union européenne (UE) a développé un système de règles qui vise à coordonner les systèmes de sécurité sociale pour favoriser la libre circulation des personnes⁷³, et ce depuis plus de 50 ans⁷⁴. Le système mis en place figure parmi le plus développé⁷⁵ au niveau régional avec la concrétisation du principe de coordination interétatique. L'évolution du cadre normatif européen en matière de droits sociaux a été strictement liée à la mise en place du principe de la libre circulation de travailleurs⁷⁶. L'introduction de l'article 51 du Traité de Rome a favorisé une «déterritorialisation» progressive de la protection sociale pour garantir la libre circulation⁷⁷. Parmi les principes fondamentaux qui visent à garantir l'accès à la protection sociale, on retrouve: le principe de non-discrimination en tant que «principe fondamental, directement applicable, obligatoire pour les Etats membres», et la portabilité des prestations sociales et le regroupement des périodes de prestations⁷⁸. Le respect de ce dernier principe est en outre garanti par la Cour de Justice de la Communauté européenne avec une attention particulière au champ d'application matériel. D'autre part, le régime européen a progressivement évolué pour inclure les ressortissants de pays tiers dans le champ d'application des règles communautaires⁷⁹. A l'heure actuelle, il inclut différents instruments: plusieurs directives adoptées pour des catégories spécifiques de travailleurs migrants⁸⁰.

⁷³More, Gillian (2011), « Règles de coordination de la sécurité sociale de l'union européenne développement d'une dimension externe, Présentation à la réunion d'experts sur les droits sociaux des migrants et leur portabilité dans un cadre transnational », Rabat, Maroc 31 mars - 1 avril 2011, p. 2.

⁷⁴Voir les règles énoncées dans le règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et le règlement d'application (CE) n° 987/2009 (JO L 166 du 30.5.2004, p. 1 et JO L 284 du 30.10.2009, p. 1). Les principes de base de la coordination en matière de sécurité sociale incluent : l'égalité de traitement indépendamment de la nationalité, le cumul des périodes d'assurances acquises sous les différents systèmes nationaux, la portabilité des droits sociaux à l'intérieur du territoire de l'UE, une seule législation applicable et la coopération administrative entre les différents institutions de sécurité sociale (Dupper, 2014, p.17). Voir aussi Pennings, 2012 ; Sánchez-Rodas Navarro, Cristina (Ed.) (2010), *Migrants and Social Security, The EC Regulations 883/2004 and 987/2009* (Madrid: Ediciones Laborum).

⁷⁵ Mahon, 1993, p. 7.

⁷⁶Sánchez-Rodas Navarro, 2010.

⁷⁷Watson, 1980, p. 35.

⁷⁸Avec l'adoption du règlement (CE) 1231/10, la catégorie de travailleurs migrants se trouvant en situation de transfrontaliers est également concernée par les règles de coordination. Pour l'application de ce règlement deux conditions sont requises : 1 – avoir une résidence légale dans un Etat Membre et 2 – être « dans une situation non-confinée en tous points à un seul Etat membre ». Mahon, 1993, pp. 3-4 ; AISS, 2014.

⁷⁹Voir le « Programme d'action en faveur des travailleurs migrants et de leurs familles » adopté en 1974 pour favoriser la reconnaissance de même traitement aux travailleurs migrants de pays tiers, en particulier pour souligner l'importance de reconnaître la portabilité de droits sociaux.

⁸⁰Voir respectivement: la Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 sur les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi très qualifié, JO 2009, L 155/17 (directive

La Commission européenne a lancé, en 2012, une Communication sur la dimension extérieure des règles de coordination de la sécurité sociale dans l'Union Européenne pour assurer le développement d'une stratégie commune vis-à-vis des pays tiers⁸¹. En particulier, l'UE envisage d'adopter des nouveaux accords pouvant introduire un modèle novateur de protection des travailleurs migrants en matière de sécurité sociale. Elle vise à encourager le développement d'une approche globale en ce qui concerne les prestations de sécurité sociale aux citoyens de l'UE et aux ressortissants de pays tiers.

Sur la base de l'égalité de traitement et de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité, «un pays de l'UE permet à ses ressortissants, de par la loi, d'exporter leur pension à un pays tiers, le ressortissant d'un pays tiers relevant du champ des règles de coordination doit aussi avoir le droit d'exporter sa pension au pays tiers sous les mêmes conditions qu'un ressortissant de cet État membre»⁸². En outre, il convient de rappeler que les règles communautaires en matière de sécurité sociale priment sur les dispositions nationales établies dans des accords bilatéraux avec des États tiers⁸³. En effet, les accords bilatéraux conclus par les États membres avec des pays tiers n'échappent pas au principe de primauté du droit de l'Union européenne.

Dans le contexte régional, il est nécessaire de mentionner d'autres accords en place qui visent à soutenir et à garantir la protection sociale des travailleurs migrants et de leurs familles. Ces accords peuvent contribuer à modifier l'approche de la garantie de la protection sociale en l'absence de protection dans les pays d'origine et d'accueil, quand bien même, comme l'a soulevé l'étude de SABATES-WHEELER et KOETTLIS, un certain nombre de limitations, telles que «le manque de capacité administrative» au niveau national, persistent et peuvent affecter la couverture assurée par les pays à faible revenu⁸⁴.

A titre d'exemple, la Communauté de développement d'Afrique australe (CDA) a adopté le Code social relatif aux droits des migrants qui vise à encourager la coordination et l'harmonisation des initiatives nationales pour renforcer la protection

sur la carte bleue européenne) ; la Directive 2011/98/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre, JO 2011, L 343/1 (directive européenne sur le permis unique) ; la Directive 2014/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi en tant que travailleur saisonnier, JO 2014, L 94/375 ; la Directive 2014/66/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers dans le cadre d'un transfert temporaire intragroupe, JO 2014, L 157/1.

⁸¹COM (2012)153 final, 30 mars 2012. Il est intéressant de rappeler que l'application territoriale du Traité de Rome en dehors de l'Europe a été soulevé devant la Cour de Justice dans plusieurs cas, comme en 1970 dans l'affaire *Merluzzi v. C.P.C.A.M.* (case 80/71) qui concernait un citoyen italien résidant au Maroc qui souhaitait contribuer au système d'assurance sociale en France ; ou encore dans l'affaire *Allgemeine Ortskrankenkasse Hamburg v. Landesversicherungsanstalt Schleswig-Holstein* (case 16/72, 1972), pour l'inclusion de contributions versées dans des pays non-membres. Voir Watson, 1980, p. 118.

⁸²More, 2011, p. 5.

⁸³Commission Européenne (2012), «La dimension extérieure de la coordination en matière de sécurité sociale dans l'Union européenne», Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Bruxelles, COM(2012) 0153 final, p. 4.

⁸⁴Sabates-Wheeler et Koettl, 2010, p. 143.

sociale des travailleurs migrants⁸⁵. Toutefois, l'absence de force contraignante de cet instrument risque d'affecter son application et la coordination elle-même entre les systèmes de sécurité des pays concernés⁸⁶, notamment en ce qui concerne le cumul de périodes d'assurances, l'exportabilité et le maintien de droits acquis⁸⁷. Il n'en demeure pas moins que son rôle reste très important étant donnée l'absence quasi totale d'accords bilatéraux conclus par les pays membres de ce bloc régional⁸⁸.

D'autre part, il existe un accord sur la sécurité sociale adopté en 1997 par les Etats membres du Secrétariat de la Communauté des Caraïbes (CARICOM), qui vise à harmoniser la législation relative à la sécurité sociale des Etats Membres. Cet accord encourage ces derniers à octroyer une égalité de traitement dans l'accès au système de sécurité sociale et à offrir une protection pour le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition. Dans son analyse, FORTEZA conclut que les différences normatives qui existent au niveau national et leur méconnaissance de la part de leur destinataire affaiblissent sensiblement l'impact régional⁸⁹.

Quant aux pays du Golfe, ils ont adopté en 2006, dans le cadre du Conseil de coopération du Golfe (GCC)⁹⁰, la Loi unifiée d'élargissement de la protection sociale en faveur des ressortissants des pays membres du GCC travaillant dans un autre Etat membre. Comme souligné par AISS, «cette loi a eu des répercussions positives, avec notamment une extension de la couverture, le renforcement de la mobilité des salariés et le développement d'une plus grande coopération économique entre les pays»⁹¹.

En Amérique latine, la Communauté Andine⁹² d'une part, et le Mercosur⁹³ d'autre part, ont également adopté des accords de sécurité sociale. La déclaration adoptée par la Communauté Andine vise à remédier aux limites qui existent dans la couverture sociale des travailleurs migrants ainsi qu'à améliorer la coordination entre les régimes nationaux. Le Mercosur a conclu un accord en 2004 qui repose sur les principes d'égalité de traitement, de maintien des droits acquis et des droits en cours d'acquisition, et d'exportation des bénéficiaires. Il a développé un appareil législatif relativement sophistiqué par rapport à la Communauté Andine. Il vise à favoriser une réelle intégration au niveau régional grâce à l'introduction du statut de citoyen, absente dans le contexte andin⁹⁴. Les pays membres de ces blocs régionaux se sont efforcés de garantir l'accès non discriminatoire aux migrants infrarégionaux et de faire en sorte que leurs prestations soient transférables. En outre, en 2011, la Convention ibéro-américaine de sécurité sociale est entrée en vigueur. Elle vise à garantir les prestations sociales en

⁸⁵Dupper, 2014, p. 16 ; Pour une introduction aux différentes initiatives présents en Afrique, voir AISS, 2014, p. 60.

⁸⁶Dupper, 2014, p. 11.

⁸⁷Sabates-Wheeler et Koettls, 2010, p. 144.

⁸⁸Dupper, 2014, p. 19.

⁸⁹Forteza, Alvaro (2008), "The Portability of Pension Rights: General Principles and the Caribbean Case", SP Discussion Paper No. 0825. Washington DC: World Bank.

⁹⁰L'Arabie saoudite, le Royaume du Bahreïn, les Emirats arabes unis, le Koweït, Oman et le Qatar.

⁹¹AISS, 2014, p. 62.

⁹²Décision 583 (2004) qui comporte des dispositions permettant l'exportation des prestations, le maintien des droits acquis et l'égalité de traitement.

⁹³Accord multilatéral sur la sécurité sociale (1997). L'AISS mentionne cet accord comme cas exemplaire d'une « administration efficace » grâce à la mise en place d'un système informatique qui s'applique soit au niveau régional, soit au niveau bilatéral pour les pays concernés. AISS, 2014, p. 45.

⁹⁴Bernal, Prada, et Uruena, 2015.

matière d'invalidité, de vieillesse et de maladies professionnelles, et à mettre en place des mécanismes de coordination plus efficaces et effectifs⁹⁵.

Par rapport au contexte européen, il convient de ne pas surestimer la portée de ces instruments. En effet, bien que leur élaboration illustre la volonté de fournir une réponse commune à la protection des travailleurs migrants, leur mise en œuvre démontre souvent une pratique encline à favoriser également l'adoption d'autres instruments au niveau national ou bilatéral qui fragmentent une approche d'intégration régionale.

VI. CONCLUSION

Cette contribution a permis de mettre en lumière certains défis qui persistent en matière de protection sociale des travailleurs migrants. Tout d'abord, le risque majeur est qu'ils ne bénéficient pas pleinement de leurs cotisations. Des restrictions persistent en matière d'accès aux mécanismes de protection sociale, et ces limitations peuvent concerner les conditions d'accès (liées à la nationalité ou à la résidence) et varier selon les catégories de migrants. De plus, l'absence d'accords bilatéraux et/ou multilatéraux affecte la question de la portabilité des prestations.

L'évolution des mécanismes régionaux et multilatéraux dans le contexte de politique migratoire a eu un impact positif sur la façon de traiter la question de la protection sociale et de la transférabilité des droits acquis. La coordination supranationale est allée beaucoup plus loin que la voie bilatérale. Les conventions bilatérales peuvent masquer une attitude restrictive et sélective des Etats parties qui évoluent en parallèle avec les politiques migratoires au niveau national. Les Etats contractants peuvent identifier les bénéficiaires du droit à l'égalité, les branches de la sécurité sociale à inclure et les restrictions envisageables.

En conclusion, il semble indiscutable que le thème de la protection sociale des travailleurs migrants est strictement lié aux transformations en cours du rôle de l'Etat, associées aux questions migratoires ou de la libre circulation de personnes, et à l'avènement de la mondialisation. D'une part, la protection sociale est assurée par des modes de gouvernance associés à l'évolution de la gestion de flux migratoires, à travers des approches bilatérales ou régionales. Ce qu'il convient d'appeler la gouvernance néolibérale ne signifie pas pour autant moins d'Etat dans la gouvernance de la migration mais un changement avec des formes d'intervention étatique différentes, garanties par l'adoption de nouveaux instruments normatifs. D'autre part, cette transformation est aussi associée à l'évolution de l'accès des travailleurs migrants à la protection sociale qui met l'accent sur une dénationalisation progressive des processus de sauvegarde. En outre, l'absence d'une vision globale semble plutôt augmenter la fragilité normative dans ce domaine. Ceci impose aux travailleurs migrants un système complexe et peu compréhensible qui les fait vivre dans la crainte d'être privés des cotisations versées et des droits acquis dans leur pays d'accueil. Ce «bricolage» législatif risque d'augmenter

⁹⁵Arellano Ortiz, 2013; Sánchez-Rodas Navarro, Cristina (2015), "Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social dans Sánchez-Rodas Navarro, Cristina et Garrido Pérez, Eva (Dir.), El derecho del trabajo y la seguridad social: retos para la disciplina laboral ; Sánchez-Rodas Navarro, Cristina (2011), El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", N° 26 Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

la confusion, ce qui conduit à repenser les termes de la question d'un point de vue juridique.

Recibido:11.03.2017. Aceptado:10.04.2017.

**BETWIXT CARE REGIMES: MIGRANT FILIPINAS IN EUROPE
AND THEIR SOCIO-SPATIAL (IM)MOBILITIES**

ENTRE SISTEMAS DE PROTECCIÓN SOCIAL: INMIGRANTES
FILIPINOS EN EUROPA Y SU (IN)MOVILIDAD SOCIO-ESPACIAL

ASUNCION FRESNOZA-FLOT

Centre for Migration Law/Institute for the Sociology of Law
Radboud University

ABSTRACT

With the aim to better understand how “care regimes” (that is, social protection systems) affect migrants’ lives, the present article draws from three separate studies on migrant Filipinas in Europe. The cases of three of these women unveil the important characteristic of the care regime in their country of origin and that in their respective receiving countries, which particularly shapes their lives. Interview data analysis suggests that insufficient care resources in the Philippines partly motivated these women’s migration as well as that of their offspring. In Europe, they experienced spatial and social class (im)mobilities due to the pro-undocumented migrant, family-focused, and transmigrant-friendly care regimes in their receiving countries, respectively France, Belgium and the Netherlands. Their encounters with the social protection systems “here” and “there” highlight their lives betwixt interacting care regimes in their social spaces.

KEYWORDS: care regimes, social protection, socio-spatial (im)mobilities

RESUMEN

Con el objetivo de comprender mejor cómo los “régimenes de cuidado” (es decir, los sistemas de protección social) afectan la vida de los migrantes, el presente artículo se basa en tres estudios separados sobre las migrantes filipinas en Europa. Los casos de tres de estas mujeres desvelan la importante característica del régimen asistencial en su país de origen y que en sus respectivos países receptores, que en particular moldea sus vidas. El análisis de los datos de las entrevistas sugiere que los insuficientes recursos de atención en filipinas motivaron en parte la migración de estas mujeres, así como la de sus hijos. En Europa, experimentaron movilidad espacial y de clase social debido a los régimenes migratorios pro-indocumentados migrantes en sus países receptores, respectivamente, Francia, Bélgica y los Países Bajos. Sus encuentros con los sistemas de protección social “aquí” y “allí” resaltan sus vidas entre régimenes de atención interactivos en sus espacios sociales.

PALABRAS CLAVE: régimenes de cuidado, protección social, socio-espacial (in)mobilidad.

SUMMARY

I. INTRODUCTION

II. WOMEN'S MIGRATION AND CARE REGIMES

III. THE CARE REGIME IN THE PHILIPPINES: A BACKGROUND

IV. MIGRANT FILIPINAS IN EUROPE

V. ENCOUNTERS WITH THE CARE REGIMES "HERE" AND "THERE"

A. PRO-UNDOCUMENTED MIGRANT CARE REGIME IN FRANCE

B. FAMILY-FOCUSED CARE REGIME IN BELGIUM

C. TRANSMIGRANT-FRIENDLY CARE REGIME IN THE NETHERLANDS

VI. DISCUSSION AND CONCLUSION

I. INTRODUCTION

Studies on human migration demonstrate how people's needs and desires for a better life drive many of them to move from one place to another, thereby highlighting the link between migration and human security¹. In the United Nations Development Programme (UNDP) report of 1994, human security encompasses both "safety from such chronic threats as hunger, disease and repression" and "protection from sudden and hurtful disruptions in the patterns of daily life - whether in homes, in jobs or in communities"². In this line of thinking, migration can be interpreted as a way for people to seek elsewhere the security they cannot find in their societies of origin. To understand human (im)mobilities, it is therefore important to take into account the systems of social protection in migrants' countries of origin and of destination.

Social protection is not limited to social security, that is, formal programmes financed by "individual contributions" (pensions, health insurance, maternity and unemployment benefits) or "from tax revenues" (disability benefits, single-parent allowances, social pensions)³. It also includes "other forms of benefits and services (such as family benefits, universal health care services, and minimum-income provisions) that are generally available on a universal basis without regard to participation, contribution or employment status"⁴. In the context of migration, social protection is often called "care regime" to emphasize the ways in which the provision of care to different groups of people (children, unemployed, disabled, elderly...) are organized in a particular society⁵. "Care" refers in this article to the insurances, benefits, services and other entitlements that states provide to their citizens and non-citizens. Given its emphasis on "care", the concept of "care regime" seems useful to capture at the macro level how states are "caring *for*" ("carrying out caring work"⁶) their subjects or not. As MINDERHOUD remarks in the European context, "(s)ocial security systems are not only used to exclude irregular migrants but also for the exclusion of other less wanted immigrants"⁷. At the micro level, using "care regime" as a conceptual tool can also uncover how the lives of people are fashioned by the social protection systems of the states, notably concerning spatial and social mobilities (in short, the possibilities to move geographically and/or upward in a social class hierarchy).

To find out the ways states care for their subjects and how this influences the latter's lives, the present article examines the case of Filipino women migrants in France, Belgium and the Netherlands. Adopting a transnational perspective, it analyses these women's experiences of care regimes not only in their country of origin (the

¹Castles, S.; "International Migration at the Beginning of the Twenty-First Century: Global Trends and Issues". *International Social Science Journal* vol. 165, n° 52/2000, pp. 269-281. See also Hampshire, K.; Randall, S.; "Seasonal Labour Migration Strategies in the Sahel: Coping with Poverty or Optimising Security?" *International Journal of Population Geography* vol. 5, n° 5/1999, pp. 367-385; Sana, M.; Massey, D. S.; "Seeking Social Security: An Alternative Motivation for Mexico-US Migration". *International Migration* vol. 38, n° 5/2000, pp. 3-24.

² UNDP; *Human Development Report*. Oxford University Press, New York. 1994, p. 23.

³Dupper, O.; "Migrant Workers and the Right to Social Security: An International Perspective". *Stellenbosch Law Review= Stellenbosch Regtydskrif* vol. 2, n° 18/2007, p. 224.

⁴ Ibid.

⁵Bettio, F.; Plantenga, J.; "Comparing Care Regimes in Europe". *Feminist Economics* vol. 1, 10/2004, pp. 85-113; Esping-Andersen, G.; *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge Polity Press. 1990.

⁶Thomas, C.; "De-constructing Concepts of Care". *Sociology* vol. 27, n° 4/1993, p. 649.

⁷Minderhoud, P.; "The "Other" EU Security: Social Protection". *European Journal of Social Security* vol. 8, n° 4/2006, p. 367.

Philippines), but also in their respective countries of immigration in Europe. It employs a bottom-up approach to unveil how these care regimes interact with one another at the individual level, thereby facilitating or impeding spatial and/or social mobilities of people.

To begin with, this article reviews related studies highlighting the links between migration (notably that of women) and care regimes, then provides a short background about the care regime in the Philippines. The next section presents the methodology adopted in this article and the three reference studies it draws from. The core of the article examines the cases of three Filipino migrant women to highlight the important characteristics of the care regimes in their respective countries of immigration at the same time as the care regime in the Philippines. These cases indicate that the care regimes “here” and “there” trigger in some cases spatial mobility (including that of children), and in some other cases spatial (and social) immobilities. Finally, the article ends with a reflection on the role of care regimes in the lives of women migrants, and suggests possible research lines for future studies on social protection systems in the context of migration.

II. WOMEN’S MIGRATION AND CARE REGIMES

The migratory movements of women from the Global South to the Global North are often interpreted through the prism of care. When “care resources”⁸ -social services and programmes that states provide to its subjects- are insufficient, the caring work of women becomes indispensable in many households. This “feminisation of survival”⁹ triggers and reinforces the migration of women on a global scale.

In their country of origin, women generally look after their family members in need (young, sick, elderly), and their large-scale emigration can engender a “care drain”¹⁰. This results in the reorganisation of care arrangements in their family, which is part of “global care chains”¹¹. In these chains of care, women migrants rely on the help of their female kin to take care of their household and children, while they themselves do the same for their women employers in their receiving country¹². In general, these women concentrate in the service sector, working as nannies, caregivers to the elderly, home/office cleaners, or health professionals¹³. Their paid care work is in many cases undeclared, as many women migrants have irregular migration status. Since care regimes interact with migration policies, the access of these women to State-offered care, as well as that of their male counterparts who also find themselves in irregular

⁸See Parreñas, R. S.; *Children of Global Migration: Transnational Families and Gendered Woes*. Stanford University Press, California. 2005.

⁹ Sassen, S.; "Women's Burden: Counter-geographies of Globalization and the Feminization of Survival". *Journal of International Affairs* vol. 53 n° 2/2000, pp. 503-524.

¹⁰Hochschild, A. R.; "Le Drainage International des Soins et de l'Attention aux Autres". *Cahiers Genre et Développement* n° 5/2005, pp. 75-82.

¹¹Hochschild, A. R.; "Global Care Chains and Emotional Surplus Value", pp. 130-146. In Hutton, W.; Giddens, A. (Eds.). *On the Edge. Living with Global Capitalism*. Jonathan Cape, London. 2000.

¹² Ibid.; this is also known as the "international transfer of caretaking" in Parreñas, R.S.; "Migrant Filipina Domestic Workers and the International Division of Reproductive Labor". *Gender & Society* vol. 14, n° 4/2000, pp. 560-581.

¹³Ehrenreich, B.; Hochschild, A. R. (Eds.); *Global Women: Nannies, Maids and Sex Workers in the New Economy*. Metropolitan books, New York. 2003. Concerning the migration of health professionals, see Kingma, M.; *Nurses on the Move. Migration and the Global Health Care Economy*. Cornell University Press, Ithaca. 2006.

situation, is often limited¹⁴. Even if some social services are available, these migrants most often hesitate to avail themselves of those¹⁵ to avoid being discovered and deported afterwards.

Regular migrants, on the other hand, do have access to care regime, which makes them feel more secured than their irregular counterparts¹⁶. Their entitlements, notably to health care services, make some of them decide to spend their retirement in their country of immigration¹⁷. If their countries of origin and of immigration have a bilateral social security agreement, certain migrants return to the former and continue to enjoy there their retirement pension from the latter¹⁸. Since care regime is mostly gendered¹⁹, men and women in regular migration situation have differential access to it. For instance, in case of a birth of a child, women are generally entitled to longer parental leave than men, a situation similar to that of insider citizens in their receiving country.

Despite their different experiences with the care regime in their new land, migrants in regular or irregular migration situation take care of their family members in their countries of origin by sending them regular remittances and other material helps. Living in countries where education and healthcare are costly, their family members rely on their regular financial support to meet their needs. As a result, migrants work excessively to fulfil family obligations, which most often affect their health²⁰. This highlights how the care regime in the country of origin indirectly affects migrants even they are away from home. This care regime does not only influence their migration, but also structures their lives in their receiving country where another care regime shapes their well-being. Taking into account the differences between the care regime in the country of origin and that in the country of destination of migrants, we can therefore suppose that migrants live betwixt care regimes, meaning that their decisions and actions result from the interacting care regimes in their social spaces.

III. THE CARE REGIME IN THE PHILIPPINES: A BACKGROUND

The care regime in the Philippines started before the Second World War and progressively developed through different government acts. Its landmark development was the introduction of a universal medical care in 1969 by virtue of Republic Act 6111. This Medical Care Act was replaced by Republic Act 7875 of 1995 (National Health Insurance Act), which put into place a universal health coverage programme managed by the Philippine Health Insurance Corporation (Philhealth). Nowadays, aside from its non-contributory social services and programmes, the Philippine care regime

¹⁴Romero-Artuño, R.; "Access to Health Care for Illegal Immigrants in the EU: Should We be Concerned?". *European Journal of Health Law* n° 11/2004, pp. 245-272.

¹⁵Yoshikawa, H.; *Immigrants Raising Citizens: Undocumented Parents and their Children*. Russell Sage, New York. 2012.

¹⁶Author

¹⁷Author

¹⁸Holzmann, R.; "Bilateral Social Security Agreements and Pensions Portability: A Study of Four Migrant Corridors Between EU and non-EU Countries". *International Social Security Review* vol. 69, n° 3-4/2016, pp. 109-130.

¹⁹Kilkey, M.; Merla, L.; "Situating Transnational Families' Care-giving Arrangements: The Role of Institutional Contexts". *Global Networks* vol. 14 n° 2/2014, pp. 210-229.

²⁰Author. See also Benach, J.; Muntaner, C.; Delclos, C.; Menéndez, M.; Ronquillo, C.; "Migration and "low-skilled" Workers in Destination Countries". *PLoS Med* vol. 8, n° 6/2011. [DOI: 10.1371/journal.pmed.1001043](https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1001043)

comprises three pillars: the Government Service Insurance System (GSIS), the Social Security System (SSS), and the Philhealth.

The GSIS was established through the Commonwealth Act No. 186 in 1936, and was strengthened through Republic Act No. 8291 of 1997²¹. Except for certain groups of government workers²² and for those without regular working hours and fixed monthly salary, this institution covers all public employees. It requires both the employee and his/her employer government agency to shoulder the monthly contribution equivalent to 21 percent of the former's monthly salary: 9 per cent is paid by the employee and 12 per cent by his/her employer²³. This monthly contribution entitles employees to many advantages including life insurance and "retirement, separation, unemployment, sickness and disability benefits"²⁴. (S)he can also avail of certain loans such as salary, emergency, pension and housing loans.

The SSS, on the other hand, was founded in 1954 through Republic Act No. 1161 and has targeted private and informal sector workers and their families. Membership in it is compulsory for the following groups: employers (e.g. foreign governments, international organizations and their instrumentalities such as embassies), employees (seafarers, household helpers, private sector employees), and self-employed persons earning at least 1,000 pesos per month (e.g. farmers, entrepreneurs, actors and actresses)²⁵. Voluntary membership is also possible for separated members (i.e. members who became unemployed), Overseas Filipino Workers (OFWs), and non-working spouses of SSS members. The employer pays 7.37 per cent and the employee 3.63 per cent -that is 11 per cent in total- of the former's salary, for a total amount not exceeding 16,000 pesos per month²⁶. Voluntary members are also required to contribute 11 per cent of their monthly earning "declared at the time of registration"²⁷. In terms of benefits, SSS provides advantages similar to those of the GSIS, such as retirement pension and disability support. Both GSIS and SSS adherents are mandatory members of the Home Development Mutual Fund (HDMF), widely known as the Pag-IBIG Fund established in 1978 through Presidential Decree No. 1530²⁸. This fund provides its members access to its housing programs and loans at affordable rates, and also welcomes voluntary members aged 18 to 65 years old.

However, despite the existence of GSIS and SSS, many Filipino workers remain outside of these systems: for example, only 28 per cent of the employed Filipino population in 2007 were members of them²⁹. This can be attributed to the fact that many workers with low monthly earnings cannot afford to pay the membership fee and monthly

²¹See "GSIS Mandate" at <http://www.gsis.gov.ph/about-us/gsis-mandate-and-functions/>

²²"members of the Judiciary and Constitutional Commissions who are covered by separate retirement laws; contractual employees who have no employee-employer relationship with their agencies; uniformed members of the Armed Forces of the Philippines and the Philippine National Police, including the Bureau of Jail Management and Penology and the Bureau of Fire Protection" (ibid.)

²³ Ibid. See also Manasan, R. G.; "A Review of Social Insurance in the Philippines". *Philippine Journal of Development* vol. XXXVI, n° 2/2009, pp. 47-68.

²⁴ Ibid.

²⁵For details, see the website of the SSS at:

<https://www.sss.gov.ph/sss/appmanager/pages.jsp?page=coverage>

²⁶"Schedule of contributions":

<https://www.sss.gov.ph/sss/appmanager/pages.jsp?page=scheduleofcontribution>

²⁷For other members such as OFWs and spouse of an SSS members, see:

<https://www.sss.gov.ph/sss/appmanager/pages.jsp?page=scheduleofcontribution>

²⁸"The Birth of the Home Development Mutual Fund" at <http://www.pagibigfund.gov.ph/about/hdmf.aspx>

²⁹ Manasan; Op.cit.

contributions. The establishment of Philhealth in 1995 aimed to address this problem. To do so, it centralised the country's health insurance system by integrating into its administration the health insurance sections of GSIS and SSS in 1997 and 1998 respectively. It also absorbed in 2005 the health insurance section of the Overseas Workers Welfare Administration, an agency that "provides (Filipino) migrants with cultural services, social security, as well as judicial, social, employment and remittance transfer assistance"³⁰. Since Philhealth membership was not obligatory, some minority groups in the Philippine society remained uncovered. In 2013, Republic Act 10606 established a universal and mandatory health care coverage, thereby making Philhealth easily accessible to indigents. Aside from individual contributions, Philhealth receives subsidies from the government, which helps it attain its aim. As a result, its coverage has been increasing steadily from 82 per cent of the country's population in 2011³¹ to 92 per cent in 2015³².

These important developments in the care regime of the Philippines did not affect the respondents in the present study, as they migrated to Europe prior to the introduction of the new law in 2013. Instead, they experienced the insufficient care resources in the country prior to that date, notably in terms of health care.

IV. MIGRANT FILIPINAS IN EUROPE

The cases analysed in this article stem from three separate studies: the first focused on Filipino migrant children and youth reuniting with their parents in France, the second examined children and childhood in ethnically mixed families in Belgium, and the third investigated marital break-up experiences of migrant Filipinas in the Netherlands. Although they had different aims and scope, these three studies were similar in that they mainly used qualitative data-gathering methods such as semi-structured interviews and observations. The data collected during these studies provide insights on the way the care regimes in the country of origin and in the receiving country of Filipino women affect their social and spatial (im)mobilities.

The three studies generated 56 interviews of the target migrants, among which 46 were women. This numerical dominance of women reflects the reality of the Filipino migrant population in Europe, which is composed mainly of women. These migrant women are concentrated in the service sector and generally reside in urban areas. The main destinations in Europe of these migrants and their male counterparts are Italy, United Kingdom, and Greece³³. France, Belgium and the Netherlands are also part of the top 15 destinations of these migrants (*ibid.*, see Table 1). The Filipino population in each country is generally structured around places of worship, mainly Catholic³⁴, where I carried out participant observations and met study respondents.

³⁰Author

³¹World Health Organisation; Department of Health; "Health Service Delivery Profile. Philippines". 2012, p. 2. http://www.wpro.who.int/health_services/service_delivery_profile_philippines.pdf.

³²See page 8 of the PhilHealth's "Annual Report 2015" at:

https://www.philhealth.gov.ph/about_us/annual_report/ar2015.pdf.

³³Commission on Filipinos Overseas (CFO); "Stock Estimate of Overseas Filipinos as of December 2013". 2014. <http://www.cfo.gov.ph/images/stories/pdf/StockEstimate2013.pdf>.

³⁴Author.

Table 1. Top destinations in Europe of Filipino migrants (as of December 2013)³⁵

Rank	Country	Population	Total
1	Italy	271,946	835,864 (equivalent to 97 per cent of the total Filipino population in Europe)
2	United Kingdom	218,126	
3	Greece	61,716	
4	France	48,018	
5	Germany	47,214	
6	Spain	42,804	
7	The Netherlands	21,789	
8	Switzerland	20,910	
9	Cyprus	19,948	
10	Norway	18,088	
11	Ireland	13,976	
12	Austria	13,636	
13	Sweden	12,938	
14	Belgium	12,419	
15	Denmark	12,336	

The reasons why the 46 women interviewed migrated are mostly family- and work-related (see Table 2). Many study participants in France migrated to reunite with their migrant parents, whereas the persons I interviewed in Belgium and some respondents in the Netherlands migrated to join their (future) husbands there. Other migrants came to Europe to find work and support their family. Similarly, many migrants who arrived to form a family tried afterwards to find work to be able to support financially their natal families in the Philippines³⁶.

Table 2. The migrant Filipinas interviewed

Number	Study 1: France	Study 2: Belgium	Study 3: The Netherlands
	11	16	19
migration status	8 (regular) 3 (irregular)	16 (regular)	19 (regular)
average age	24	46	61
Education	7 (tertiary) 4 (secondary)	3 (postgraduate) 11 (tertiary) 1 (secondary) 1 (elementary)	2 (postgraduate) 14 (tertiary) 3 (secondary)
year of immigration	4 (1990s) 7 (2000s)	6 (1980s) 7 (1990s) 3 (2000s)	1 (early 1960s) 3 (1970s) 5 (1980s) 9 (1990s)

³⁵Ibid.³⁶Author.

			1 (early 2000s)
average duration of residence (in years)	10	20	33

In the following sections, I examine the cases of three migrant Filipinas. In the first case, differences in health care regimes “here” and “there” drove the migrant parents of a young Filipino woman to make her follow them in their receiving country. The second case appears representative of migrant Filipinas in Belgium, who, even when highly educated, usually decide to be housewives or work part-time (often undeclared). Finally, the third case tells us the peculiar story of a Filipino migrant interviewed in the Netherlands who formerly resided in Australia and experienced movements between these two countries. Aside from these case studies, I also draw from my other interviews to enrich my analyses of the impact of care regimes on the lives of migrants.

V. ENCOUNTERS WITH THE CARE REGIMES “HERE” AND “THERE”

Filipino migrant respondents have different migration histories that provide information on the important role care regime(s) play in migrants’ decision-making. It is part of their imaginaries as they search for better living conditions.

A. PRO-UNDOCUMENTED MIGRANT CARE REGIME IN FRANCE

I have a heart problem and they [doctors] would like to do surgery on me, but my parents did not like because I would be in coma for a week. There is a hole [in my heart]; it is congenital. My parents told me to come here [France] to be [medically] treated and that here was better. When I arrived here, we found out that I did not need to be operated, which my parents found very good. They told me that in the Philippines, the doctors wanted to immediately do surgery on me because my parents were abroad, they wanted money. Here, I only need maintenance, check-up every two years.

This vignette narrates why Tina (20 years old and university student) migrated to France in 2004: to access quality and affordable health care. Her parents migrate first to France and worked in the domestic service sector. Tina and her sister grew up with her maternal grandmother, and reuniting with her parents in France did not cross her mind. Her parents’ monthly remittances sustained their basic needs including medical care. Having no health insurance, they used cash to pay their medical and health-related expenses. The diagnosis of her congenital heart disease and the costly surgery she was recommended to undergo in the Philippines changed her life trajectory. In spite of their irregular migration status, Tina’s parents decided to make her migrate to France using the tourist visa route³⁷. Tina remembers what her parents told her at that time:

Here [in France], people have [health] card. In our country, not. My parents told me that those without papers here are free of charges [in terms of access to healthcare services].

Tina’s remarks partly explain the reason behind the large number of Filipino migrants in irregular situation in France: 37,880 of 48,018 in 2013³⁸. Unlike other migrant-receiving countries, France’s *Aide Médicale d'Etat* (AME) or State Medical Aid covers medical

³⁷Author.

³⁸CFO. Op.; cit.

and hospitalisation costs (except thermal cures and fertility treatments) of its target beneficiaries, that is, migrants in irregular situation. The conditions to access the AME include at least three months of residence and earning less than 8,653.16 euros per year per person (for those living in mainland France) or 9,631 euros (for those residing in French overseas departments)³⁹. Article L251-1 of the French Code of Social Action and Families states that aside from migrants in irregular situation, people who are administratively detained in France can also benefit from the AME regardless of their place of residence. In addition, Article L161-1 of the Social Security Code indicates that the rights to medical care through AME is not limited to migrants themselves but extend to their immediate family members under their care: for example, children less than 16 years old, and those who are students until the age of 20.

Thus, it is not surprising that Tina's parents immediately decided to make their daughter come to France: they knew that their daughter (like them) would be entitled to free medical care. At the time of her interview, Tina was applying to regularise her situation in France through the help of a migrant association while finishing her university studies. Thanks to the medical care she received, she was not complaining of any health problem. She confided that her parents were planning to make her younger sister follow them soon to France using also a tourist visa.

B. FAMILY-FOCUSED CARE REGIME IN BELGIUM

Before, I had no job, and my husband was the one working. His salary increased, because he was supporting me. I have no [declared] job. But once I work and it is declared, his salary will decrease, it will be deducted.

This experience of Anita (40 years old and mother of one) is not exceptional, as many Filipino migrant women I interviewed in Belgium decided not to engage in the labour market. This can be partly attributed to the Belgian “dependent spouse allowance” (*quotien conjugal*) scheme for married or legally cohabiting couples, which allocates 30 per cent of the annual income of the family to the unemployed partner. According to the Belgian Income Tax Code of 1992, a couple in which one partner is working full time and the other part-time can also benefit from this scheme provided that the latter's income does not exceed 30 per cent of the total professional revenue of the couple with 6,700 euros as basic amount. For the 2017 tax assessment in the country, this amount has been indexed 10,490 euros. Such a system prompts the Belgian husbands of the respondents to encourage the latter to be full-time housewives.

Desiring to be “good wives” and “good mothers”, 11 of the women interviewed heeded their Belgian husbands' advice and became either full-time housewives or undeclared part-time domestic workers⁴⁰. Only a few respondents (5) engaged in declared full- or part-time work. We see here how the Belgian social policy promotes not only legal unions, but also the sole-breadwinner model of family instead the dual-earner one. This reinforces women's “dependency on marriage”⁴¹, not only in economic terms but also concerning health care. As dependents of their husbands, stay-at-home or low-income respondents are covered by their partner's health insurance fund. To be qualified as “dependents”, these women should live in the same house as their insured partner and

³⁹See the website of the French administration: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F3079>.

⁴⁰Author.

⁴¹Komter, A.; “Hidden Power in Marriage”. *Gender & Society* vol. 3, n° 2/2007, p. 135.

not earn more than 2,326 euros gross per quarter⁴², an additional impetus not to engage in the labour market.

Staying at home or not, most of the women interviewed had tertiary-level education and/or socially valorized professions in the Philippines prior to their migration. Anita, for example, had a university degree in education and had worked as a secondary school teacher in the Philippines, but at the time of the interview was a part-time, undeclared house cleaner. Except in one case in which the woman interviewed found a job directly related to her educational background, respondents like Anita obviously underwent a downward professional mobility. Women interviewed who decided not to work experienced spatial immobility as their life became mainly concentrated in the realm of home.

In spite of this, the respondents seemed satisfied with their lives in Belgium. During my recent fieldwork in the country, one migrant Filipina I met who was a health professional in the Philippines and worked as a chambermaid in a hotel in Flanders told to me: “my salary is much higher than those of my colleagues in the Philippines, and on top of that I have health insurance, pension plan, paid leave, and a yearly bonus”. This highlights the role the care regime in Belgium plays in the lives of the respondents in legal unions with Belgian men: on one hand, it induces socio-spatial (im)mobilities, but on the other hand it provides incentives to its beneficiaries. These incentives, which migrant Filipinas could not easily enjoy in their country of origin, allow them to make sense of their post-migration situations. The “strong notion of familialism”⁴³ in Belgian social policy, which governs its care regime, undeniably structures their familial and professional lives.

C. TRANSMIGRANT-FRIENDLY CARE REGIME IN THE NETHERLANDS

Many Filipino migrants have had the experience to live in one or more countries, which stems from their “stepwise migration”⁴⁴ moving from one country to another in order to attain their desired destination country, or in other cases to achieve their family-focused project(s). The socio-spatial mobilities of these “transmigrants”⁴⁵ are often shaped by the care regime in their former and/or present country of residence, as the case of a migrant Filipinas in the Netherlands illustrates below.

I am entitled to carer’s allowance, not pension, because he [her Dutch ex-husband] is on pension, and I have my pension already. I cannot receive two pensions, but for allowance, you are entitled for allowance in Australia. Because when my sister was sick, I went there. [...] They [staff of the Department of Human Service] say, “fill in this form, you are entitled for carer’s allowance”...and 55 dollars a week. [...] and on top of that by December or July, every six months you get a whole month’s pension.

⁴²CLEISS; “Le Régime belge de Sécurité sociale (salariés)”. 2016.
http://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_belgique_s2.html.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Paul, A. M.; “Capital and Mobility in the Stepwise International Migrations of Filipino Migrant Domestic Workers. *Migration Studies* vol. 3, n° 3/2015, pp. 438-459.

⁴⁵ Glick Schiller, N.; Basch L. G.; Szanton Blanc, C.; “From Immigrant to Transmigrant: Theorizing Transnational Migration”. *Anthropological Quarterly* vol. 68, n° 1/1995, pp. 48-63.

These remarks of Elisabeth (66 years old) reflect her connections with two care regimes: one in the Netherlands where she was residing with her Dutch husband at the time of the interview, and the other in Australia where she was living prior to marrying him. Elisabeth migrated to Australia from the Philippines at the age of 35 and later on became an Australian citizen. She worked there as a government employee during 15 years, but retired early due to a work-related accident that led her to apply for a disability pension. When she moved to the Netherlands in 2004, she was able to receive her Australian pension directly in her Dutch bank account thanks to the Social Security Agreement between Australia and the Netherlands that started in April 2003. However, she was surprised how her pension was treated differently in both countries: “you receive pension [here in the Netherlands] from the government but that pension is taxed, but there (in Australia), (disability) pension is not taxed”. Since Elisabeth was already receiving a pension, she was not entitled to the Dutch state old-age pension (AOW), which “provides all residents of the Netherlands aged 65 and over with a flat-rate pension benefit that in principle guarantees 70 percent of the net minimum wage”⁴⁶.

However, Elisabeth appreciates that she can receive what she calls “carer’s allowance” in the Netherlands as a caregiver to her Dutch husband. What she meant by “carer’s allowance” is the “personal budget” (*persoonsgebondenbudget*) that her husband obtains from the Dutch government. “Carer’s allowance” here does not refer to the Australian “carer’s allowance”, that is, “(a)n income supplement for carers who provide additional daily care and attention for someone with a disability or medical condition, or who is frail aged”⁴⁷. Rather, Elisabeth means the “personal budget” (*persoonsgebondenbudget*) that her husband obtains from the Dutch government, which mainly aims “to empower consumers by giving clients more control over their care”⁴⁸. Like “(a)bout half of all budgetholders” in the Netherlands who “pay informal caregivers”⁴⁹, Elisabeth’s husband resorts to his wife’s care work instead of seeking the aid of a homecare agency. Hence, economically speaking, Elisabeth has a stable sources of income in the Netherlands: her Australian pension and her “carer’s allowance” from her husband.

Aside from this, she was compensated in 2011 by the Australian care regime for taking care of her sister (an Australian citizen) who was suffering from a grave sickness. This compensation came in the form of “carer’s allowance”. During five months, Elisabeth looked after her sister in Australia while her Dutch husband stayed in the Netherlands. When her marriage broke up in 2016, she confided to me that she would return to Australia to spend her old age there, taking into account the country’s favourable social security system, offering among others carer’s allowance and non-taxed disability pension. It is evident that Elisabeth’s spatial mobility between Australia and the Netherlands stems from the intersecting care regimes in these countries.

⁴⁶Ministerie van Sociale Zaken en Wergelegenheid (SZW); The Old Age Pension System in the Netherlands. Rijksoverheid, The Hague. 2008, p. 7.

⁴⁷Department of Human Services; “Carer allowance”.

<https://www.humanservices.gov.au/customer/services/centrelink/carers-allowance>.

⁴⁸Wiener, J. M.; Tilly, J.; Cuellar, A. E.; Consumer-directed Home Care in the Netherlands, England, and Germany. American Association of Retired Persons (AARP), Washington. 2003, p. 30.

⁴⁹Ibid., p. 37.

VI. DISCUSSION AND CONCLUSION

The three cases examined in this article highlight the important characteristics of care regimes that shape the lives of migrant Filipinas in Europe: the insufficient resources offered by the care regime in their country of origin; and the pro-undocumented migrant, family-focused, and transmigrant-friendly care regimes in their receiving countries. These characteristics interact with one another in shaping the spatial and social class mobilities of migrant Filipinas in Europe.

The free health care services available in France for migrants in irregular situation open doors for the migration of some of their children to access medical care and also to reunite their family. The difficulty that these migrants' family members encountered in the Philippines to obtain quality health care at an affordable cost when the country had not yet introduced a universal healthcare coverage sometimes influenced their decision to make their children migrate. This confirms the present article's hypothesis that the lives of migrant Filipinas are betwixt interacting care regimes. The quest for security and for better social protection drives them and their family members to move and settle from one society to another. It is also observable that care regimes can engender spatial and social class immobilities, as the case of some migrant Filipinas in Belgium indicate. The Belgian tax system and health insurance system provide supports to single-breadwinner households, which motivates couples involving migrant Filipinas not to follow a dual-earner family model. Those who decide to work appreciate the benefits they can access in Belgium in comparison with those in their country of origin. Comparing care regimes "here" and "there"; migrant Filipinas easily identify which social protection system offers them more advantages than the other. This is what the case of a Filipino woman in the Netherlands illustrated: the carer's allowance and non-taxed disability pension in her former country of residence (Australia), which are not available in her present country of immigration, influenced her decision where to spend her old age. Here, we see again the lives of migrant Filipinas being betwixt two care regimes.

Moreover, the way social protection system operates in each country examined in the present article reflects the views of states about human security. In the Philippine pre-2013 context, health care coverage was not mandatory, and the State was acting in a neo-liberal fashion, letting its subjects responsible for finding social protection for themselves and their families. This alimented the overseas migration tradition in the country; parents and children alike took the migration route towards the place they believed would offer them an economically and socially secured life. In Europe, the receiving countries of migrant Filipinas behave differently, reflecting their values and ideology. By offering free health care services to undocumented migrants, France is in line with the Article 8 of the European Convention on Human Rights, which prohibits discrimination "on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status"⁵⁰. In Belgium, the care regime reflects the importance this country grants to legal unions and the centrality of the family in its social policy. This reinforces the traditional gendered family model in which one partner (usually the woman) stays at home doing reproductive and emotional labour, whereas the other engages in the labour market. In the Netherlands, the case presented in this article indicates how the Dutch

⁵⁰European Courts of Human Rights; European Convention on Human Rights. Council of European, Strasbourg, p. 12. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

state values regulated free movements of people across national borders. Through bilateral social security agreements with other countries, it facilitates the transnational lives of its citizens and non-citizens.

Furthermore, based on the cases analysed in this study, it is important to note that care regimes do not function alone, but are connected to and dynamically interacts with other regimes such as those governing migration. As observed above, migrants in regular situation and with declared works in Belgium are entitled to advantages such as paid parental leave and holiday allowance, which are not accessible to their undeclared working and undocumented counterparts. Such differential treatment of migrants based on their migration status indicates the existence of a “hierarchy of stratified rights”⁵¹ in Europe. This hierarchy and the gendered as well as transnational aspects of care regimes in this region need to be further investigated through cross-country comparisons or longitudinal studies of migrants’ access to such regimes, which can help us to better comprehend migrants’ subjectivity and agency in highly developed economies.

⁵¹Kraler, A.; Civic Stratification, Gender and Family Migration Policies in Europe. International Centre for Migration Policy Development, Vienna. 2010.

Recibido: 08.03.2017. Aceptado: 25.04.2017.

**SOCIAL RIGHTS AND EUROPEAN INTEGRATION THEORY:
SITUATING CJEU JURISPRUDENCE IN THREE NATIONAL
CONTEXTS**

**DERECHOS SOCIALES Y TEORÍA DE LA INTEGRACIÓN
EUROPEA: UBICANDO LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN TRES
CONTEXTOS NACIONALES**

DR. SANDRA MANTU AND DR. PAUL MINDERHOUD ¹

Centre for Migration Law. Radboud University Nijmegen. The Netherlands

¹Research carried out for this paper is part of the CMR's Jean Monnet Centre of Excellence work-programme 2015-2018.

ABSTRACT

This article examines the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU) concerning the social rights of mobile EU citizens from the perspective of European integration theory. Our aim is to situate the effects of EU jurisprudence in 3 Member States – Germany, the Netherlands, and the UK and examine to what extent the selected Member States change their policies on social rights in relation to CJEU jurisprudence. Europeanization through law has been described as one of the most powerful meta-narratives of European integration: the adoption of common laws and standards coupled with the primacy and direct effect of EU law force the Member States to adjust their national policies and legislations in order to comply with EU rules. Europeanization literature has taken a keen interest in legislative acts, and although the importance of CJEU jurisprudence is acknowledged, Europeanization through case law remains a somewhat lesser explored area. The argument put forward in this article is that although EU legislative measures remain an important source of Europeanization of the welfare state, CJEU decisions play an equally important role in clarifying Member State obligations towards economically inactive mobile EU citizens.

KEYWORDS: EU citizens, Court of Justice, social benefits, Dano, Alimanovic, Garcia Nieto.

RESUMEN

Este artículo examina la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en relación a los derechos sociales de ciudadanos comunitarios que migran dentro de la UE, y lo hacen desde la perspectiva de la teoría de la integración europea. Nuestro objetivo es analizar los efectos de la jurisprudencia comunitaria entre Estados Miembros -Alemania, los Países Bajos, y el Reino Unido- para ver hasta qué punto modifican sus políticas de derechos sociales en base a dicha jurisprudencia. La europeización a través de la ley (europeanisation through law) ha sido descrita como una de las más poderosas meta-narrativas de la integración europea: la adopción de leyes y estándares comunes junto con la primacía y efecto directo del derecho comunitario fuerzan a los Estados Miembros a ajustar sus políticas y legislaciones nacionales para poder cumplir con las normas de la UE. La literatura sobre europeización se ha centrado fundamentalmente en los actos legislativos, pero si bien la importancia de la jurisprudencia del TJUE es bien conocida, la europeización a través del derecho consuetudinario es un área menos explorada. El argumento defendido en este artículo es que las decisiones de la TJUE juegan un papel igualmente importante a la hora de clarificar las obligaciones de los Estados Miembros hacia los ciudadanos de la UE económicamente inactivos.

PALABRAS CLAVE: ciudadanos de la UE, Tribunal de Justicia, beneficios sociales, Dano, Alimanovic, García Nieto.

SUMMARY

I. INTRODUCTION

II. JUDICIAL EUROPEANIZATION- SETTING THE FRAMEWORK SOCIAL RIGHTS FOR MOBILE EU CITIZENS

III. SOCIAL RIGHTS FOR MOBILE EU CITIZENS: CAUGHT BETWEEN COORDINATION AND HARMONIZATION

IV. SITUATING CASE LAW: INTERCATIONS BETWEEN CJEU CASE LAW AND THE NATIONAL LEVELS

A. GERMANY

B. THE NETHERLANDS

C. UNITED KINGDOM

V. DISCUSSION AND CONCLUDING REMARKS

I. INTRODUCTION

This article examines the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU) concerning the social rights of mobile EU citizens from the perspective of European integration theory. Our aim is to situate the effects of EU jurisprudence in three Member States -Germany, the Netherlands, and the UK- and examine to what extent the selected Member States change their policies on social rights in relation to CJEU jurisprudence. Europeanization through law has been described as one of the most powerful meta-narratives of European integration: the adoption of common laws and standards coupled with the primacy and direct effect of EU law force the Member States to adjust their national policies and legislations in order to comply with EU rules. Europeanization literature has taken a keen interest in legislative acts, and although the importance of CJEU jurisprudence is acknowledged, Europeanization through case law remains a somewhat lesser explored area. The argument put forward in this article is that although EU legislative measures remain an important source of Europeanization of the welfare state, CJEU decisions play an equally important role in clarifying Member State obligations towards economically inactive mobile EU citizens.

In the case of social rights and the welfare state more generally, several processes drive Europeanization adoption of EU rules via primary and secondary legislation, direct judicial action (EU citizens claiming a violation of their EU rights) and judicial activism (the interpretation given to rights by the CJEU). Under the current rules of EU citizenship, the link between the exercise of free movement and the performance of economic activities has been loosened to the extent that economically inactive EU citizens are entitled to move and reside in another EU state as long as they are economically self-sufficient and in possession of a comprehensive health insurance in order not to become an unreasonable burden on the host state's social assistance system. CJEU case law has played an important part in giving shape to the rights of economically inactive EU citizens by coupling EU citizenship with the principle of non-discrimination on the basis of nationality (Article 18 TFEU) to enlarge the pool of mobile EU citizens entitled to enjoy equal treatment with the host state's citizens in the area of social rights. These judicial developments are sometimes described as reasons for Member State resistance and discontent with EU citizenship and its model of mobility². In light of the role ascribed to CJEU jurisprudence in furthering the rights of mobile EU citizens, it is important to understand how the Member States respond to it: Do they change their policies and laws to comply with the interpretation given to EU law by the Court of Justice? Do they resist new jurisprudence?

II. JUDICIAL EUROPEANIZATION - SETTING THE FRAMEWORK

At a basic level, Europeanization can be defined as the impact of the EU on its Member States. Europeanization literature claims that EU matters and that the adoption of EU law causes change in domestic arrangements at Member State level. When we speak about Europeanization in the field of social rights and the welfare state, what we have in mind is how EU law impacts upon the national welfare systems in terms of demanding

²Thym, D.; 'The Elusive Limits of Solidarity. Residence Rights of and Social Benefits for Economically Inactive Union Citizens', *Common Market Law Review* 52, 2015, pp. 17–50; Bellamy, R.; 'Evaluating Union Citizenship: Belonging, Rights and Participation within the EU', *Citizenship Studies* 12:6, 2008, pp. 597-611.

adjustments to deal with EU requirements stemming from legislation and case law. Europeanization through law suggests that the adoption of EU law -which supposes common rules applicable in all the Member States- leads to European integration in this field. Thus, the traditional way to investigate the impact of the EU upon the Member States is by examining how Member States transpose and implement the relevant legal provisions in the field of social rights. Such an analysis can reveal compliance (or lack of) with EU law and is useful in highlighting the extent to which one can speak of domestic change that is linked to the process of European integration. In this vein, there is a growing body of literature that looks at the implementation of European directives and regulations by the Member States in order to explain how European integration takes shape on the ground and the extent to which the debate should be enlarged to cover not only directives and/or regulations, but also Commission decisions, soft law³.

Although (with some exceptions) CJEU case law is not perceived as a traditional avenue for Europeanization⁴, it plays an important role in shaping the interpretation of EU law: CJEU decisions are binding on the Member States as EU law and Member States are obliged to respect them in the same way that they need to respect the legal provisions of a directive or regulation. SCHMIDT has argued that Europeanization literature needs to look beyond compliance and focus also on negative integration (CJEU decisions) and include legal uncertainty into the catalogue of factors that influence how Europeanization occurs on the ground⁵. The temporal implications of Europeanization have been addressed by CHRISTENSEN who points out that policy making is a continuous process involving the enactment of new laws as well as the revision and updating of laws already in force⁶. Case law is one example of how a legal rule can be revised long after its transposition and implementation leading to a possible deepening of integration⁷.

The field of social rights for mobile EU citizens has not been studied extensively by European integration scholars and can be seen as forming a new area of interest for Europeanization literature in general. When examining the impact of EU jurisprudence at the domestic level, BLAUBERGER formulates two opposed expectations in relation to how Member States governments deal with the effects of EU jurisprudence: a strategy of *contained compliance* whereby they use loopholes in ECJ jurisprudence to minimise its effects or a strategy of *anticipatory obedience* whereby they engage in reforms to reduce pressure from interested litigants⁸. The chosen strategy will depend

³Treib, O.; 'Implementing and complying with EU governance output', *Living Reviews in European Governance* 3, 2008, pp. 1–30; Falkner, G., Treib, O., Hartlapp, M. & Leiber, S.; *Complying with Europe. EU harmonisation and soft law in the member states*, Cambridge. Cambridge University Press, 2005.

⁴ For exceptions see, Blauberger, M.; 'With Luxembourg in Mind... The Remaking of National Policies in the Face of ECJ Jurisprudence', *Journal of European Public Policy* 19:1, 2012, pp. 109-126; Blauberger, M.; 'National Responses to European Court Jurisprudence', *West European Politics* 37:3, 2014, pp. 457-474.

⁵Schmidt, S. K.; 'Beyond Compliance: The Europeanisation of Member States through Negative Integration and Legal Uncertainty', *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice* 10:3, 2008, pp. 299-308.

⁶ Christensen, J. G.; 'EU Legislation and National Regulation: Uncertain Steps towards a European Public Policy', *Public Administration* 88:1, 2010, pp. 3-17.

⁷Idem.

⁸ Blauberger, M.; 'National Responses to European Court Jurisprudence', *West European Politics* 37:3, 2014, p. 471.

upon the distribution of the costs of legal uncertainty among the various actors involved.

In one of the few studies focusing specifically on social rights and the role of judiciary in furthering European integration, WASSERFALLEN argues that '*the judiciary has direct influence on integration when its considerations and doctrines become incorporated in the policy-making process*'⁹. He cautions that activist judicial decisions are not automatically effective and that 'contained compliance' and implementation problems¹⁰ are rather effective in constraining the effects of European judicial activism since EU jurisprudence needs to be translated into national policy if it is to be generally effective – that is, produce effects beyond the individual case it stems from. While during the negotiation of new legislation, EU jurisprudence can act as focus point for policy making and shape the new direction of EU policy making, his study does not explain how the Member States react to EU jurisprudence at the national level. Our study fills a gap as it deals with the domestic impact of ECJ jurisprudence in the field of social rights. Our analysis is aimed at enriching the discussion on Europeanization through law by looking at how CJEU decisions are dealt with by selected Member States and the extent to which we can argue that CJEU jurisprudence has an impact on Member State policies or implementation of EU law.

III. SOCIAL RIGHTS FOR MOBILE EU CITIZENS: CAUGHT BETWEEN COORDINATION AND HARMONIZATION

The social rights of mobile EU citizens can be described as a complex field of law encompassing different pieces of EU legislation with different scopes of application and purposes. On one hand, social security is dealt with in Regulation 883/2004, while social assistance is dealt with in Directive 2004/38 and Regulation 492/2011 (as far as EU workers are concerned). In relation to social security benefits (which can be generally defined as contribution based), the EU does not aim to harmonize the social security systems of the Member States. Rather it limits itself to adopting rules that coordinate national systems. The premise of Regulation 883/2004, which is the main legislative instrument in the field of social security, is to ensure that mobile EU citizens do not lose out on social security entitlements simply because they are exercising their right to freedom of movement. Although the EU does not intervene in national welfare states by setting out what types of benefits a state can/should provide in its legislation, it asks the Member States to open up their national systems towards mobile EU citizens and in certain situations treat them equally to their own citizens. The coordination rules were initially designed for mobile EU workers but in time they were expanded to cover mobile EU citizens as a way of mirroring the expansion of the right to free movement to other categories than workers.

In this article, we focus only on the entitlements of mobile EU citizens to social assistance, thus a very specific issue relating to the Europeanization of domestic welfare systems. Directive 2004/38 lays down the EU rules applicable to mobile EU citizens who claim social assistance in their host state. The Directive makes a distinction between residence up to 3 months, residence from 3 months to 5 years and residence for

⁹Wasserfallen, F.; 'The judiciary as legislator? How the European Court of Justice shapes policy-making in the European Union', *Journal of European Public Policy* 17:8, 2010, p. 1129.

¹⁰Wasserfallen, 2010, p. 1133

longer than 5 years. Different conditions apply in each of these three categories. Furthermore, the treatment of economically inactive persons differs from the treatment of economically active persons (such as EU workers or self-employed persons). All EU citizens have the right to enter an EU Member State without any conditions or formalities, other than the requirement to hold a valid identity card or passport, for 3 months (Article 6). For residence longer than 3 months, economically inactive EU citizens must have sufficient resources and comprehensive medical insurance. These two conditions do not apply to workers, self-employed, persons who retain worker status based on the Directive or jobseekers. Union citizens who have resided legally and for a continuous period of 5 years in the host Member State have a right of permanent residence there. Union citizens (and their family members) enjoy this right without any further conditions, even if they no longer have sufficient resources or comprehensive sickness insurance cover.

Concerning equal treatment and social rights, the relevant rules are contained in Article 24 of Directive 2004/38. Article 24/1 states that Union citizens who reside on the basis of the Directive (that is, they fulfil the conditions attached to the type of residence right they fall under) enjoy equal treatment with nationals of the host state within the scope of the Treaty. However, a series of exceptions are envisaged: during the first three months of residence EU citizens are not entitled to any social assistance. EU citizens who move in search of employment can be excluded from social assistance for as long as they are looking for a job.

Finally, a host EU state is not obliged to award maintenance aid for studies (student grants and student loans) to EU citizens who have not obtained a right to permanent residence in the host state. EU citizens who are EU workers, self-employed or retain these statuses in line with the provisions of the Directive and their family members are not covered by this exception from equal treatment in respect of maintenance aid. The wording of the Directive in relation to the social rights of economically inactive mobile citizens and jobseekers can be described as lacking clarity and leading to legal uncertainty. On the one hand, the Directive only allows inactive persons to use their free movement rights if they have the necessary resources.

On the other hand, it includes all kinds of signals that when inactive persons apply for a social assistance benefit, they should be able to get such a benefit without having to fear automatic expulsion due to lack of sufficient resources. The Directive fails to offer a clear definition as to when an EU citizen becomes an 'unreasonable burden' to the social assistance system of his host state. The national examples we discuss further will show that this lack of clarity has been used by the Member States as an opportunity window to comply with the requirements of EU law while following their own national interest of reducing entitlement to social benefits for EU citizens.

Moreover, the interplay between social security and social assistance has started to be a contested issue in CJEU jurisprudence as shown by several decisions in which the Court of Justice was asked to clarify the interactions between special non-contributory benefits caught by the scope of Regulation 883/2004 and social assistance as regulated by Directive 2004/38¹¹.

¹¹ Case C-333/13 Dano, EU:C:2014:2358; Case C-67/14 Alimanovic, EU:C:2015:597; Case C-299/14 Garcia-Nieto, EU:C:2016:114.

IV. SITUATING CASE LAW: INTERACTIONS BETWEEN CJEU CASE LAW AND THE NATIONAL LEVELS

As mentioned earlier, the traditional way of examining Europeanization would be to look at how the Member States have transposed and implemented the provisions of Directive 2004/38 dealing with the social rights of mobile EU citizens. In this contribution, we take a different route and ask instead what is the role of CJEU jurisprudence in affecting domestic change in the field of social rights and access to social benefits. Methodologically, we have tried to situate a couple of recent CJEU decisions -*Dano*, *Alimanovic*, *Garcia-Nieto*- in 3 national contexts to understand whether CJEU jurisprudence leads to changes in national policy beyond the Member States from which a specific case generates. All cases deal with the entitlement of EU citizens to social benefits in their host state and explore the limits of social solidarity to which mobile EU citizens are entitled to. *Dano*, *Alimanovic* and *Garcia-Nieto* concern German provisions of the Social Code that restrict access to job seeking allowances to EU citizens who move to Germany either to seek employment (the situation in *Alimanovic* and *Garcia-Nieto*) or to seek social benefits (the situation in *Dano*). In all cases, the Court was asked to clarify if such social benefits fall under the notion of social assistance used by Directive 2004/38 and whether EU citizens who were either job-seekers or economically inactive were entitled to such benefits. These judgments are generally described as indicating a shift in the Court's interpretation of EU citizenship provisions towards a restrictive interpretation of the rights of EU citizens. SPAVENTA has described the current trend as '*an apparent retreat from the Court's original vision of citizenship in favour of a minimalist interpretation, which reaffirms the centrality of the national link of belonging, positing the responsibility for the most vulnerable individuals in society firmly with the state of origin*'¹². The exact reasons for the Court's change of heart in relation to the interpretation of the rights of (economically inactive and job seeking) EU citizens remain unclear although several explanations have been put forward ranging from the effects of the economic crisis to the increasing contestation of CJEU jurisprudence in this area of free movement law by a number of sceptic EU governments.

Besides the legal uncertainty contained by Directive 2004/38 in relation to the limits of social solidarity, another factor that plays a role in explaining Europeanization concerns the highly politicized field of welfare rights. The countries selected for discussion in this paper (Germany, Netherlands and the UK) have expressed their desire to limit the rights of economically inactive EU citizens in relation to social benefits. In all three countries, the advantages of EU mobility have been questioned especially in relation to the end of transitional arrangements for the A2 countries (Romania and Bulgaria) in 2014. Fears about welfare tourism/social tourism and poverty migration are a common denominator in all 3 countries as evidenced, among others, by the letter sent by the ministers of interior of Austria, Germany, the Netherlands and the UK to the EU Commission asking for restrictive measures that would help curb the abuse of the right to free movement and protect the national welfare systems that were being 'abused' by EU citizens¹³.

¹²Spaventa, E.; 'Earned citizenship – understanding Union citizenship through its scope', in D. Kochenov (ed.) *EU Citizenship and Federalism: the Role of Rights*, Cambridge, forthcoming 2017.

¹³ Mantu, S. and Minderhoud, P.; "Exploring the limits of social solidarity: welfare tourism and EU citizenship". UNIO - EU Law Journal, n°1/2016.

There are also differences between the countries. Germany stands out since the decisions we discuss concern the same German social benefit suggesting a high degree of contestation and mismatch between the national and EU rules applicable to mobile EU citizens claiming that specific benefit. The UK system has been challenged but found to be in compliance with EU law. The Dutch implementation of the rules concerning social assistance for mobile EU citizens has not been challenged before the CJEU, which makes the Netherlands a good case to observe the effects of CJEU decisions in the absence of direct need to amend national measures to comply with CJEU case law.

A. GERMANY

The German social assistance system consists of two basic social benefits. The SGB II (Social Code Book 2), which regulates the contested benefit in the *Dano*, *Alimanovic* and *Garcia-Nieto* cases, provides for a basic social benefit for job-seekers who have no rights to the usual unemployment benefit scheme (*Grundsicherung für Arbeitsuchende*). Additionally, the SGB XII (Social Code Book 12) provides a basic social benefit for unemployed people who are not capable of work (*Sozialhilfe*). Section 21 of SGB XII however, states that nobody should be entitled to *Sozialhilfe* if they are in principle entitled to the *Grundsicherung für Arbeitsuchende*. Articles 1 and 20 of the German Basic Law uphold the right to a minimum level of dignified existence for every person legally residing in Germany. German authorities used the transposition of Directive 2004/38 and of Article 24(2) to limit the access of jobseekers to job seeking allowances. The Social Code II was changed to the extent that all foreigners, including EU citizens whose right of residence derives exclusively from the purpose of looking for employment, are not entitled to jobseeker allowances (*Arbeitslosengeld II: jobseekers' allowances*). This approach is in accordance with Article 24 of Directive 2004/38 but departs from the previous rules where ordinary residence in Germany gave rise to an entitlement to social rights. The drafting history of the amendment shows that the legislator wanted deliberately to exclude foreigners entering Germany for the purpose of seeking employment from accessing social benefits.

This change of legislation generated a fair amount of divergent national jurisprudence culminating in several CJEU references. The first of these references dates back to 2008. In the *Vatsouras* case, the Court of Justice was asked by the Nürnberg social court to clarify whether EU jobseekers are entitled to social benefits¹⁴. The German court was of the opinion that EU jobseekers are not entitled to any social assistance benefits based on the national legislation. However, they had doubts as to the nature of the job seeking allowance: social assistance or special non-contributory benefit. In the latter option, according to Regulation 883/2011 an EU citizen habitually resident in Germany was entitled to such an allowance. Moreover, the national court was concerned about the compatibility of Article 24/2 of Directive 2004/38 with Article 18 TFEU (the principle of non-discrimination on the basis of nationality) and the proper construction of the relationship between primary (Treaty) and secondary law (the Directive). The Court of Justice found that in view of the establishment of EU citizenship, jobseekers enjoy the right to equal treatment for the purpose of claiming a benefit of a financial nature intended to facilitate access to the labour market. A Member State may, however, legitimately grant such an allowance only to job seekers that have a real link with the

¹⁴ Case C-22/08 *Vatsouras and Kouptantze*, EU:C:2009:344.

labour market of that State. This is the case where, for example, the person concerned has, for a reasonable period, in fact genuinely sought work in the Member State in question. It is for the competent national authorities and, where appropriate, the national courts to establish the existence of a real link with the labour market, and to assess the constituent elements of the benefit in question. The objective of that benefit must be analysed according to its results and not according to its formal structure. The ECJ points out that a condition such as that provided for in Germany for basic benefits in favour of job-seekers, under which the person concerned must be capable of earning a living, could constitute an indication that the benefit is intended to facilitate access to employment. Benefits of a financial nature which, independently of their status under national law, are intended to facilitate access to the labour market cannot be regarded as constituting ‘social assistance’ within the meaning of Article 24(2) of Directive 2004/38.

In a decision from 19 October 2010, the Bundessozialgericht (the highest Court in social security cases in Germany) used a combination of EU law and the European Convention on Social and Medical Assistance (ECSMA) to find that EU jobseekers were entitled to equal treatment with national citizens when it came to job seeking allowances.¹⁵ The EU citizen in question was a jobseeker who had a right to reside based on Article 14(4)(b) of Directive 2004/38 and who was refused the Social Code II jobseekers allowance. ECSMA was concluded in 1953 under the auspices of the Council of Europe and provides that nationals of the contracting parties¹⁶ who are lawfully resident in a host state are entitled to equal treatment with own nationals in respect of social and medical assistance. Article 2 defines ‘assistance’ as ‘*all assistance granted under the laws and regulations in force [...] under which persons without sufficient resources are granted means of subsistence and the care necessitated by their condition, other than non-contributory pensions and benefits paid in respect of war injuries due to foreign occupation*’. The German Court ruled that although the personal scope of the Social Code II jobseekers allowance is different from the personal scope of the German social assistance benefit (*Sozialhilfe*), both have the character of a general social assistance law (*Fürsorgegesetz*), and therefore both fall under the definition of Article 2 of the Convention. This position contradicts the view of the Court of Justice in the *Vatsouras* case, where the ECJ suggested that the Social Code II jobseekers allowance was not a social assistance benefit in the sense of Directive 2004/38. As a result of this jurisprudence, on 19 December 2011, the German government introduced a reservation to the ECSMA to the extent that the Convention is no longer applicable to section 7 of the Social Code II (SGB II), thus blocking the application of the convention to job seeking benefits¹⁷.

After the ECSMA route to claiming jobseekers allowances was closed, the issue surfaced again in relation to Directive 2004/38. Despite the *Vatsouras* decision, the German federal authorities have argued that the exclusion clause under Section 7(1) of the Social Code II continues to be applicable with respect to foreigners who are staying in Germany exclusively for the purpose of seeking employment since the social benefits

¹⁵ B 14 AS 23/10 R

¹⁶ Contracting parties to the ECSMA include: Belgium, Denmark, Estonia, France, Germany, Greece, Iceland, Ireland, Italy, Luxembourg, Malta, Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden and the UK. Turkey is also a party but Turkish nationals cannot reside as jobseekers on the basis of EU law.

¹⁷ <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/014.htm>.

under this clause can be attributed to social assistance in the sense of Article 24(2) of the Directive 2004/38. Eventually this led to the *Dano*, *Alimanovic* and *Garcia-Nieto* references for further clarification on the interpretation of EU law suggesting that national courts were not (always) in agreement with the manner in which German authorities interpreted the provisions of Directive 2004/38. In the *Dano*, *Alimanovic* and *Garcia-Nieto* cases, the Court of Justice has reversed its jurisprudence by finding that the job seeking allowance in question can be seen as social assistance under Directive 2004/38, even if it remains a SNCB under Regulation 883/2011. As a result of the widening of the definition of ‘social assistance’ in Directive 2004/38, EU jobseekers (*Alimanovic* and *Garcia-Nieto*) can be refused this benefit in line with Article 24(2) of Directive 2004/38. Economically inactive EU citizens (*Dano*) claiming this benefit, now redefined as social assistance, can access social assistance in as much as they reside legally in Germany in line with the requirements of Article 7 of Directive 2004/38. However, a call on social assistance is indicative of not having sufficient resources, and thus not residing legally, thus justifying the refusal of social assistance.

Partly as a follow up to the *Alimanovic* judgment, the German Federal Social Court (Bundessozialgericht) made rulings in three cases on 3 December 2015 on the entitlement of EU citizens to social assistance benefits¹⁸. It ruled that EU citizens who reside legally for longer than 6 months in Germany have a right to a minimum level of dignified existence in line with the German Constitution and are therefore entitled to *Sozialhilfe*. Only in the case of residence shorter than 6 months, the implementation agency (*Sozialamt*) enjoyed discretion in deciding whether to award *Sozialhilfe*. In the case of Ms Alimanovic, the Bundessozialgericht followed the reasoning of the CJEU that the applicant had no right to a SGB II benefit, but suggested that she may nevertheless have a right to reside in Germany linked to her children’s status as children of a former worker who are pursuing education in Germany. According to Article 10 of Regulation 492/2011, the children of former workers have the right to pursue education in the state of (former) employment of their parents. CJEU jurisprudence shows that this right includes the right of the primary carer of the child to be present in that state with the child¹⁹. In such a situation, Ms Alimanovic would be entitled to a SGB XII benefit, since her residence in Germany relates not only to seeking employment, but also to her children’s education.

This line of jurisprudence is controversial²⁰ and contested by lower courts²¹. The German government has announced its intention to change the relevant legislation in

¹⁸German Supreme Social Court (Bundessozialgericht), Decision of 3 December 2015, B 4 AS 44/15 R, paras 36 ff; cf also Decisions of 20 January 2016, B 14 AS 15/15 R and B 14 AS 35/15 R, Press Release no 1/16 of the German Supreme Social Court referring to social assistance for jobseekers

¹⁹ Case C-480/08 Teixeira EU:C:2010:83.

²⁰Kanalan, I.; ‘Das Menschenrecht auf das Existenzminimum ernst genommen – Sozialleistungsansprüche von Unionsbürger_innen’. Verfassungsblog of 1 March 2016, available at http://verfassungsblog.de/das-menschenrecht-auf-das-existenzminimum-ernst-genommen-sozialleistungsansprueche-von-unionsbuerger_innen/, 5 March 2016; Wilksch, F.; ‘Das BSG und die Existenzsicherung arbeitssuchender und wirtschaftlich inaktiver Unionsbürger*innen’ Juwiss-Blog, available at <https://www.juwiss.de/89-2015/> and <https://www.juwiss.de/90-2015/>, 5 March 2016.

²¹Social Court of Second Instance Rheinland-Pfalz (Landessozialgericht Rheinland-Pfalz), Decision of 11 February 2016, L 3 AS 668/15 B ER, para. 22 ff.; Social Court of First Instance Dortmund (Sozialgericht Dortmund), Decision of 11 February 2016, S 35 AS 5396/15 ER, para. 23 ff.; Social Court of First Instance Berlin (Sozialgericht Berlin), Decision of 11 December 2015, S 149 AS 7191/13, para. 26 ff. LSG Niedersachsen-Bremen, 17.03.2016 - L 9 AS 1580/15 B ER.

order to exclude every inactive EU citizen from social benefits²². In April 2016, it published a proposal to exclude EU jobseekers, but also EU citizens who derive a right of residence as primary carer on the basis of Article 10 Regulation 492/2011 from social assistance for the first five years of their stay in Germany. During the first two years of residence, EU citizens without the right to a social assistance benefit can get a once-only transitional allowance of four weeks to help them leave the country²³.

B. THE NETHERLANDS

The Dutch case is another example of a Member State using the transposition of Directive 2004/38 to introduce clauses in social law explicitly excluding EU nationals and their family members from entitlement to public assistance during the first three months of residence in that state. Under the previous legislation, EU citizens were formally entitled to social assistance from the moment they entered The Netherlands. However, a request for social assistance would lead immediately to a termination of their residence status, and consequently to a loss of social assistance entitlement. While transposing Directive 2004/38, the Dutch government changed the Social Assistance Act by introducing a habitual residence requirement for all applicants to social assistance. The result was that EU citizens were excluded from social assistance for the first 3 months of their residence in the Netherlands. To ensure compliance with the EU principle of non-discrimination and uncertain what the Court of Justice would rule on the compatibility of such a ban with EU law, the same habitual residence test is applicable to Dutch citizens asking for social assistance. However, during the adoption of the law this issue was challenged in relation to the position of Dutch citizens who return from abroad and ask for social assistance. Under the new rules, returning Dutch citizens cannot be seen as satisfying the condition of habitual residence from the moment they enter the Netherlands. Yet, Article 20(3) of the Dutch Constitution entitles every Dutch citizen to social assistance, habitual resident or not. The law was approved only after the State Secretary of Social Affairs assured the First Chamber that this change of legislation did not mean that there was a waiting period of three months for Dutch citizens, who came from abroad to The Netherlands²⁴.

The transposition of Directive 2004/38 is supplemented by the Aliens Act Implementation Guidelines (Vc B 10/2.3). The Guidelines introduced a sliding scale to establish when a demand on public funds - consisting of an application for social assistance in accordance with the Work and Social Assistance Act (WWB) or for social services in the form of accommodation under the Social Support Act (Wmo) - results in the termination of the EU citizen's lawful residence by the immigration authorities (IND). Each application for social assistance during the first two years of residence is in any case considered unreasonable and will, in principle, result in termination of residence. In this scenario, the IND will assess the appropriateness while considering the following circumstances of each case: the reason for the inability to make a living,

²²See <http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.sozialleistungen-fuer-eu-auslaender-merkel-auf-camerons-linie.2e15407b-e011-4a70-b051-dfc4087de4d1.html>

²³<http://www.harald-thome.de/media/files/Referentenentwurf-Ausl-ndische-Personen-im-SGB-II-und-SGB-XII.pdf>

²⁴ Minderhoud, P.; 'De mythe van de vrije toegang tot voorzieningen voor migranten', in Brugmans, E., Minderhoud, P. & van Vugt, J. (eds.). *Mythen en misverstanden over migratie*, Annalen van het Thijmgenootschap 95: 1, Valkhof Pers, Nijmegen, 2007, p. 178-204.

its temporary or permanent nature, ties with the country of origin, family situation, medical situation, age, other applications for (social) services, the extent of previously paid social security contributions, the level of integration and the expectation for future social assistance needs. With this sliding scale the IND has implemented the ambiguous nature of Directive 2004/38, balancing between the condition of sufficient resources and the possibility of access to social assistance as long as this does not become an unreasonable burden on the social assistance system of the host Member State.

In the Dutch case, the European Convention on Social and Medical Assistance was part of the Government's considerations when amending the rights of EU citizens with the occasion of the implementation of the Citizens' Directive. In 2006, while implementing Article 24(2) of Directive 2004/38, the Dutch government was aware of the problems the combination with the ECSMA could give. Therefore, it stipulated that the Netherlands only accepted the equal treatment obligation of the Convention towards EU citizens as far as this coincides with the corresponding obligation derived from EU legislation. The government wanted to avoid that EU citizens would try to use the equal treatment clause of the ECSMA as an escape²⁵.

There is not much case law on this subject in the Netherlands. This might indicate that there are not many inactive EU citizens (staying less than 5 years in the Netherlands), who ask for a social assistance benefit or that the IND does not withdraw often the right of residence of these citizens²⁶. In an unpublished court case, the IND relied on the *Dano* reasoning regarding an inactive EU citizen, who had never searched for work and asked for a social assistance benefit²⁷. According to the IND, it was the policy to consider such an EU citizen immediately as an unreasonable burden to the Dutch public funds, *'even if there was only an appeal of one day'*. This policy, however, seems contradictory to the written published guidelines, described above (Vc B 10/2.3). In another recent court case, the judge approved the decision of the IND to withdraw a right of residence of a French woman on the basis of lack of sufficient resources²⁸. Although she did not have a social assistance benefit herself, she was considered to live indirectly on the social assistance benefit of her husband.

In July 2014, VVD Member of Parliament Azmani submitted a private members' bill, which aims to ensure that in all cases the decision on an application for social assistance by both Union citizens as well as third country nationals is suspended until the IND has provided an opinion on the consequences for the lawfulness of the residence²⁹. This Bill is still pending in Parliament but it would bring the Dutch law closer to the Court's

²⁵ See Eleveld, A.; 'Het recht op een bijstandsuitkering voor economisch niet-actieve EU-burgers na Alimanovic', NTER 10, 2015, p. 317.

²⁶ The only available figures are from 2012, stating that in the first nine months 70 EU citizens were expelled because of an appeal to a social assistance benefit. It concerned Greek, Italian, Romanian and Czech citizens. See, Bonjour, S. et alii (eds) *Open grenzen, nieuwe uitdagingen*, Amsterdam University Press, 2015, p. 117-118

²⁷ District Court The Hague 1 September 2015, case number AWB 15/4877

²⁸ District Court The Hague 30 March 2016 ECLI:RBDHA:2016:4917

²⁹ *Wet toetsrecht hebbenden bijstand* (Act on the assessment of persons entitled to social assistance) (Parliamentary Documents 33984). We think that such prior systematic assessment could be problematic for Union citizens. The procedure where social assistance is granted first and subsequently withdrawn again if it becomes apparent that the right of residence ends is in our view generally more consistent with the basic principles of Directive No. 2004/38/EC. Moreover, the mandatory reporting system proposed by the Minister is already provided for in paragraph 7 of Art.107 of the Aliens Act 2000

recent case law that links a request for social assistance to the lawfulness of one's residence under EU law.

C. UNITED KINGDOM

As a general trend, in the past 2 decades or so, the UK welfare system has been changed to limit the entitlement of migrants to various benefits in a bid to reflect the attempts of various UK governments to limit immigration. Policy changes in this area of law are based on the assumption that the UK welfare system acts as a magnet for migrants (EU or otherwise), thus limiting the extent to which migrants can access various benefits is expected to discourage migration in general. According to Harris³⁰, there are 3 distinct phases of policy changes: a) the introduction of the habitual residence test in 1994; b) the introduction of a right to reside test after the 2004 EU enlargement, and c) the introduction of further restriction by the coalition government of 2010-2015 which are continued under the current Conservative government. Policy changes are seen as prompted by EU developments, such as the adoption of the Citizens Directive, the EU enlargements and certain CJEU decisions.

Introduced in 2004, the right to reside test asks EU citizens to show that they reside lawfully in the UK in order to be able to claim benefits, while no such requirements apply to UK nationals. Proof of having a right to reside requires EU workers to show that they earn more than 153 pounds per week (in 2014/2015) in order to meet the conditions of the definition of EU worker; earnings below this threshold will lead to a questioning of that persons' status as EU worker. The position of economically inactive EU citizens is further complicated by evidence that once they claim social assistance they are treated as not meeting the threshold of Article 7 of Directive 2004/38 that requires them to have sufficient resources not to become an unreasonable burden on the social assistance system of the host state³¹. Asking for a social benefit is treated as indication that the person does not reside lawfully, and is not entitled to social benefits on the basis of EU law. The effects of the right to reside test on EU citizens claiming Child Benefit and Child Tax Credit (which are social security benefits) have been challenged by the European Commission before the Court³². The Commission's claim was rejected on grounds that the right to reside test is justified under EU law, even if it introduces discrimination on the basis of nationality in the welfare system. The Court of Justice relied on its *Dano* decision to find that this discrimination is justified by the aim of preventing the abuse of the host State's welfare system. It should be pointed out that the UK has been interpreting EU law in this fashion prior to the *Dano* decision as such and that the media coverage of the decision in the UK presented the *Dano* decision as validating UK's interpretation of the Citizens Directive³³.

³⁰ Harris, N.; 'Demagnetization of social security and healthcare for migrants in the UK', in *European Journal of Social Security*, 2016, pp. 130-163.

³¹ O'Brien, C.; 'The pillory, the precipice and the slippery slope: the profound effects of the UK's legal reform programme targeting EU migrants'. *Journal of Social Welfare and Family Law* 37:1, 2015, pp. 111-136; McKechnie, K.; 'Benefits for EEA nationals March 2015. EWS briefing, Child Poverty Action Group in Scotland', 2015, [http://www.cpag.org.uk/sites/default/files/EWS%20briefing%20EU%20migrants%20\(May%202015\).pdf](http://www.cpag.org.uk/sites/default/files/EWS%20briefing%20EU%20migrants%20(May%202015).pdf)

³² Case C-308/14, *Commission v. UK*, EU:C:2016:436.

³³ BBC News, EU 'benefit tourism' court ruling is common sense, says Cameron, 11 November 2014, <http://www.bbc.com/news/uk-politics-30002138>; Child Poverty Action Group. *Right to reside: Breytastic!*. Issue 236. October 2013, <http://www.cpag.org.uk/content/right-reside-breytastic>.

The UK coalition government (2010-2015) announced the overhaul of the benefits system and the introduction of a universal benefit called “Universal Credit” (UC) which is designed for people on a low income and people out of work. These changes are meant to reflect a new attitude towards work and welfare that 'will make work pay' and end the 'culture of entitlement' that is seen as one of the main issues affecting the welfare system. These changes will affect EU citizens exercising free movement rights in the UK; moreover, some measures target migrants in particular. Universal Credit (UC) is currently being implemented in phases throughout the UK and is expected to be fully operational by 2021 (initially, the date was set for 2017). UC replaces the following income-based benefits: Jobseeker’s Allowance; Employment and Support Allowance; Housing Benefit; Income Support; Child Tax Credit and Working Tax Credit. The legal position of UC in relation to EU law is somewhat unclear - the UK government has argued that UC will not be covered by the scope of Regulation 883/2004 (it is neither social security nor SNCBs), whereas some parties (e.g., the AIRE Centre) argue that UC falls under the definition of SNCBs and therefore is covered by the Regulation³⁴. By exclusion, the position of the UK government seems to be that UC constitutes ‘social assistance’ and for EU citizens claiming UC, Article 24 of Directive 2004/38 will be relevant. This is explained by the definition given to UC as a ‘new system of means-tested support for working-age households who are in or out of work’³⁵.

Child Tax Credit -one of the benefits replaced by UC- is however considered to be a social security benefit. If after the CJEU decision in the *Dano* case, the difference between SNCBs and social assistance in the context of Directive 2004/38 is no longer relevant since SNCBs are treated as social assistance, the difference between social assistance and social security remains relevant as EU citizens habitually resident in a host MS are entitled to social security based on Regulation 883/2004. However, the ECJ decision in *Commission v UK* (C-308/14) makes it possible for the UK to link the habitual residence test to the right to reside test and limit entitlement to social security benefits that according to Regulation 883/2004 are to be paid by the state of habitual residence. Consequently, it seems that only lawfully resident EU citizens are entitled to such benefits.

In 2015, new regulations were adopted aiming at preventing EU jobseekers from entitlement to UC³⁶. The new provisions state that an EU citizen who’s only right to reside is based on job seeking cannot satisfy the habitual residence test and therefore cannot qualify for UC. If these new provisions seem to align UK legislation with that of Germany and the Netherlands, some of the proposals that circulated prior to the Brexit referendum go beyond the exclusion of EU jobseekers from social benefits. Prior to the referendum, the UK government demanded the possibility to end the exportation of child benefits for EU workers whose children reside outside of the UK (the issue is

³⁴ For a comprehensive discussion on special non-contributory benefits see AIRE Centre, Welfare Benefits for Marginalised EU Migrants: Special Non-Contributory Benefits in the UK, the Republic of Ireland & the Netherlands, http://www.airecentre.org/data/files/AIRE_ECSS_FINAL_REPORT.pdf SNCBs lie at the intersection of social security benefits and social assistance, providing vulnerable and low-income individuals who face social security risks, and the disabled, a minimum subsistence income, without a condition of contribution by the beneficiary.

³⁵ Department for Work and Pensions. Universal Credit at Work. 2014, p. 19, www.gov.uk/dwp

³⁶ Kennedy, S.; *People from abroad: what benefits can they claim?*, House of Commons Library, Briefing Paper 06847, 17 June 2015

regulated by Regulation 883/2004). Equally, it wanted to introduce a 4-year waiting period for paying in-work and housing benefits to EU workers. Another proposal concerned the introduction of an emergency mechanism to be activated in case of an increase in the number of EU citizens claiming benefits that would threaten the UK welfare system. While some of these issues seem redundant in light of the result of the Brexit referendum, the Commission in its proposal amending regulation 883/2004 has rejected the idea of limiting the exportation of child benefits for EU workers³⁷. The other proposals may be revived in the future.

Although UK authorities have introduced changes to the policy on social benefits, UK courts have not been keen on referring questions for clarification to the ECJ. Based on a number of complaints received from EU citizens who were prevented from accessing social benefits due to the right to reside test, the European Commission took the issue up, eventually leading to the *Commission v. UK* case before the Court of Justice. The Supreme Court decision in *Mirga and Samin* shows that CJEU jurisprudence was used to justify the compatibility of UK's legislation with the TFEU and the Citizens' Directive³⁸. The Supreme Court relied on *Dano* and *Alimanovic* to stress that the aim of Directive 2004/38 is to prevent abuse of the host state's welfare system by becoming an unreasonable burden. This in turn justifies the existing UK legislation and presents it as compatible with EU law. Since none of the appellants met the conditions of the right to reside test set out in the national implementing measures, they could be denied social assistance.

V. DISCUSSION AND CONCLUDING REMARKS

CJEU decisions have a role to play in understanding the process of Europeanization. First and foremost, they enable us to examine Europeanization as a long-term and dynamic process that stretches beyond transposition and implementation. The case law discussed here has emerged relatively long after the end of the transposition period of Directive 2004/38 (in 2006).

In this context, the transposition of the Citizens Directive was used by several Member States to restrict the access of certain categories of mobile EU citizens to social assistance and job seeking allowances. This can be described as an example of Europeanization as a 'two-way-process' where the Member States do not passively adapt to EU law, but rather use the integration process to pursue national interests³⁹. However, because the applicable EU rules and, in some cases the interaction between different rules (found in different legal instruments) leads to friction, the Court of Justice is asked to mediate by interpreting EU rules and deciding on the compatibility of national measure transposing those rules with EU law. Legal uncertainty is part of the policy cycle and something that is not entirely eradicated even when ECJ jurisprudence

³⁷ 'Fairness at the heart of Commission's proposal to update EU rules on social security coordination', IP/16/4301, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4301_en.htm

³⁸ *Mirga v Secretary of State for Work and Pensions; Samin v Westminster City Council* [2016] UKSC 1

³⁹ Radaelli, C. M.; 'The europeanization of public policy', in K. Featherstone and C. M. Radaelli (eds) *The Politics of Europeanization*, Oxford. Oxford University Press, 2003, pp. 27-56; Radaelli, C. M.; 'Europeanization: Solution or problem?', *European Integration Online Papers* 8:4, 2004, pp. 1-23; Börzel, T.; 'Towards convergence in Europe? Institutional adaptation to Europeanization in Germany and Spain', *Journal of Common Market Studies* 39:4, 1999, pp. 573-596; Börzel, T.; 'Member state responses to Europeanization', *Journal of Common Market Studies* 40:2, 2002, pp. 193-214.

is integrated into legislation. Our national case studies uphold Schmidt's theory that legal uncertainty - in our case stemming from the lack of clarity of Directive 2004/38 in relation to claims for social assistance by economically inactive EU citizens - creates opportunity structures for the Member States. The Member States use CJEU case law intended to end legal uncertainty as an opportunity structure in itself to claim legitimacy for their national policies. The UK case shows that the authorities and the courts relied on CJEU decisions to legitimize the national policy in relation to social rights that was at that moment challenged by the EU Commission as breaching EU law. SHAW has proposed a typology of strategies used by Member States to deal with EU law when they want to contest it: use resources internal to EU law; use resources external to EU law; or attempt to change EU law.⁴⁰ Her analysis draws on cases where the Member States are unhappy with the depth of European integration and would rather be able to rely on national policies or repatriate powers from the EU. The case studies discussed here look at situations where Member States are in favour of the interpretation given to EU law by the Court; they show that in such situations Member States are inclined to follow CJEU jurisprudence and rely on it to justify national implementation measures. The Member States appear as opportunistic users of EU law.

Domestic constellations and the national political context prove to be important elements in understanding how Europeanization actually takes place⁴¹ Judicial Europeanization allows us to focus on a set of actors whose role in Europeanization has not received too much attention. To this end, national courts can be described as agents of Europeanization as the German case illustrates but also as gatekeepers, which seems to be the default position taken by UK courts. They play a vital role in activating the CJEU and their positioning in relation to the national and European level deserves a better understanding. The UK courts have been reluctant to refer questions on the compatibility of the changes introduced since 2004 to limit access to benefits for EU migrants with EU law. This approach sits in stark contrast with the German situation where lower courts have opted for repeat referrals to the CJEU on similar issues. In our view, there is a more or less open conflict between the interpretation given by the German authorities to the rights of economically inactive EU citizens and the German courts. In the Netherlands, the issue seems less poignant but there is no clear explanation for this (except maybe drawing on the more flexible implementation of Article 24 of Directive 2004/38).

National jurisprudence shows that the national courts are aware of EU jurisprudence as they relied upon it to justify the compatibility of national legislation with EU law. This is shown in the UK and Dutch case studies where national courts have not referred questions for clarification although in the both Member States some issues regarding the transposition of Directive 2004/38 are legally questionable. The German case study illustrates the power of national courts to signal the failure to transpose EU law correctly but also the failure to implement EU jurisprudence. However, the German case illustrates very well the need to understand national context and constellations of actors that are involved in Europeanization. The German courts were blocked by the German

⁴⁰Shaw, J.; 'Between Law and Political Truth? Member State Preferences, EU Free Movement Rules and National Immigration Law', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2015, pp. 247-286.

⁴¹ Thomann, E.; 'Customizing Europe: transposition as bottom-up implementation', *Journal of European Public Policy* 22:10, 2015, pp. 1368-1387.

executive that proposed and passed laws that reversed the national jurisprudence on social rights.

Further avenues for research could focus on how judicial Europeanization occurs in highly politicized national contexts. FALKNER, HARTLAPP and TREIB have proposed an alternative approach to explaining the implementation of EU law that focuses on national cultures of appraising and processing adaptation requirements. This led them to the theory of 'worlds of compliance' as a way of filtering the factors that are relevant in different Member States and their influence in assuring compliance with EU law.⁴² Germany, the Netherlands and the UK are all included in the same ideal type labelled 'the world of domestic politics'⁴³ in which the following factors are described as relevant for explaining domestic responses to European pressure: veto players, party political preferences, changes of government and interest group pressure⁴⁴. Our analysis shows that national courts can to a certain extent exercise veto power over executive interests (as in Germany). In the UK, national courts seem to be aligned with the executive, whereas in the Netherlands national courts seem to follow the CJEU directly as opposed to waiting for the executive to implement CJEU decisions.

Our analysis seems to confirm that CJEU decisions will have an impact primarily on the Member State from which they originate. However, when faced with jurisprudence that aligns with their own interests, the Member States will rely on CJEU jurisprudence. This leads us to argue that the member states are opportunistic users of EU jurisprudence. Moreover, although EU law does not oblige the Member States to restrict access to social assistance (they remain free to enact more favourable provisions) CJEU decisions are used by the Member States we studied as a source of legitimacy for restrictive policies. This is the case for Germany and the UK, whereas the Netherlands is in a more ambiguous position. This observation fits well with the description of Europeanization as a two-way process.

One aspect that is not dealt with expressly by Europeanization theories relates to the role of pressure exercised by non-EU forces. In Germany, the Constitution and the European Convention on Social and Medical Assistance (ECMSA) can be seen as sources of contestation for a restrictive interpretation of EU law. Thus, domestic responses to Europeanization can be influenced by sources outside EU law, although their relevance may be limited to a specific Member State. It would be interesting to examine why ECMSA plays no role in the UK, although it is party to it. In the Netherlands, ECMSA's role was circumvented by the Dutch executive similar to the German situation. The Dutch Constitution was seen as a source of protection but only for Dutch citizens. The role of such sources in shaping national responses to EU law is worth exploring in more depth.

⁴²Falkner, G., M. Hartlapp & O. Treib, 'Worlds of compliance: Why leading approaches to European Union implementation are only 'sometimes-true theories', *European Journal of Political Research* 46, 2007, pp. 395-416.

⁴³Idem, p. 405.

⁴⁴Idem, p. 409.

Recibido: 24.06.2017.Aceptado: 02.10.2017.

LA DIVERSIDAD FUNCIONAL EN COLOMBIA: PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

THE FUNCTIONAL DIVERSITY IN COLOMBIA: THE PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE COLOMBIAN SOCIAL SECURITY SYSTEM

JOSÉ LUIS RUIZ SANTAMARÍA

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

RESUMEN

En los últimos tiempos, la protección de las personas con discapacidad en Colombia ha experimentado un notable progreso, pasando del “modelo médico rehabilitador” al “modelo social” que pone el énfasis en la rehabilitación de una sociedad, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad. En un principio, su sistema de Seguridad Social Integral, reglamentado primordialmente por la Ley 100 de 1993, contenía una única protección de las personas frente a la invalidez; sin embargo, en años posteriores se ha producido un amplio desarrollo jurisprudencial y normativo que ha contribuido a extender esta protección a un mayor número de personas.

PALABRAS CLAVE: Protección, Personas con Discapacidad, Colombia, Seguridad Social, Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

ABSTRACT

In recent years, the protection of persons with disabilities has made remarkable progress in Colombia, moving from the "rehabilitative medical model" to the "social model" which emphasis on the rehabilitation of a society, which must be conceived and designed to address everybody's needs, managing differences and integrating diversity. Initially, its Integral Social Security system, ruled primarily by Law 100 of 1993, contained a single protection of people against disability; however, in later years there has been an extensive jurisprudential and normative development, which has contributed to grant this protection to more people.

KEYWORDS: Protection, Persons with Disabilities, Colombia, Social Security, UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security.

SUMARIO

I. CUESTIONES PRELIMINARES

A. PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN COLOMBIA: ESTUDIOS ESTADÍSTICOS

B. POSICIÓN DE COLOMBIA FRENTE A LOS CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE LAS MATERIAS DE DISCAPACIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL

1. LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2. EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

3. CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.

II. MARCO JURÍDICO: ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

A. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD E INVALIDEZ EN COLOMBIA

B. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO: SINGULARIDADES

C. PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

III. CONCLUSIONES

I. CUESTIONES PRELIMINARES

El tratamiento de la discapacidad a nivel global, es un tema de especial atención en nuestros días. La Organización Mundial de la Salud (OMS), estima que alrededor del 15% de la población mundial¹ son personas con discapacidad y que tal proporción está en aumento. En este mismo sentido, el último *Informe Mundial sobre la Discapacidad*², nos desvela que: “Más de mil millones de personas viven en todo el mundo con alguna forma de discapacidad; de ellas, casi doscientos millones experimentan dificultades considerables en su funcionamiento. En los años futuros, la discapacidad será un motivo de preocupación aún mayor, pues su prevalencia está aumentando. Ello se debe a que la población está envejeciendo y el riesgo de discapacidad es superior entre los adultos mayores, y también al aumento mundial de enfermedades crónicas tales como la diabetes, las enfermedades cardiovasculares, el cáncer y los trastornos de la salud mental”. El citado informe sigue diciendo que: “(...) En todo el mundo, las personas con discapacidad tienen peores resultados académicos, ello es consecuencia de los obstáculos que entorpecen el acceso de las personas con discapacidad a servicios indispensables, en particular la salud, la educación, el empleo, el transporte, o la información”. Estos peores resultados académicos, son el reflejo de los impedimentos y barreras que se presentan para este colectivo, y que supone un lastre importante en el proceso de búsqueda de empleo.

Esta situación es preocupante, porque el derecho a un trabajo digno³, constituye un hito fundamental histórico para el desarrollo integral de las personas, que en el caso de las personas con discapacidad, este derecho se hace aún más necesario y se materializa en la oportunidad de poder ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible. Por lo tanto,

¹ Ver en el informe: “Discapacidad: Panorama general”. [Acceso: 24/04/2017]

<http://www.bancomundial.org/es/topic/disability/overview>

² Este informe de fecha 9 de junio de 2011, emitido conjuntamente por la OMS y el Grupo del Banco Mundial y que lleva por título: “Informe mundial sobre la discapacidad: rompiendo barreras [*New World report on disability: Breakind down barriers*]”, reúne la mejor información disponible sobre la discapacidad con el fin de mejorar la vida de las personas que la padecen. También, ofrece a los gobiernos y a la sociedad civil un análisis exhaustivo de la importancia de la discapacidad y de las respuestas proporcionadas, basado en las mejores pruebas disponibles, y recomendar la adopción de medidas de alcance nacional e internacional. La visión que nos impulsa, es la de un mundo inclusivo en el que todos podamos vivir una vida de salud, comodidad y dignidad.

³ Lorenzo García, R.; “El futuro de los discapacitados en el mundo: el empleo como factor determinante para la inclusión”. Revista del Ministerio e Inmigración n° 50/2004, pp. 73-90. El autor de este artículo ha dirigido por mandato del Club de Roma a nivel mundial, el informe titulado: "El futuro de las personas con discapacidad en el mundo. Desarrollo humano y discapacidad", en el que se realiza un profundo análisis del conjunto de problemas que afectan a la discapacidad a nivel mundial, desde la perspectiva de la integración y el reconocimiento pleno de los derechos inherentes a la dignidad de la persona, y desde la óptica del respeto a la diversidad. A través de la experiencia y aportaciones del referido informe, el autor aborda en este trabajo específico para la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la cuestión concreta de la inserción laboral de las personas con discapacidad como factor determinante para una plena integración social. A partir de la constatación de la situación extraordinariamente negativa en materia de empleo, se analizan las diferentes vías o técnicas de intervención conducentes al objetivo común de la integración laboral, Asimismo, se esbozan las líneas generales de una "nueva estrategia para enfrentar viejos problemas", describiendo sus ejes principales; enumerando los principios y criterios de actuación con carácter general; y concretando éstos en una serie de criterios específicos respecto de la inserción laboral de personas con discapacidad. [Acceso: 02/05/2017]
http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/50/Est04.pdf

el derecho al trabajo de este colectivo, se configura como un *derecho dual*⁴, porque por un lado, es una libertad -la persona es libre para trabajar- y, por otro, es un derecho social -la persona puede y debe exigir que se establezcan las condiciones reales y efectivas para poder acceder al empleo-, y que además como ha afirmado Lorenzo García: “(...) no vale cualquier empleo; es necesario incorporarse a empleos de mayor calidad⁵”.

En Colombia⁶, según consta en la última encuesta de población, hay un total de 2.624.898 de personas con discapacidad, con una Tasa de Prevalencia con respecto al total de la población del 6.3%, siendo la distribución por sexo muy igualada: 6,6% de hombres y 6,1% de mujeres. En la realidad de los países próximos de América Latina y el Caribe⁷, existen alrededor de ochenta y cinco millones de personas con algún tipo de discapacidad, de los cuales, entre el 80% y el 90% están desempleados o no integrados a la fuerza laboral. En esta región, el tema de la discapacidad se cruza con el tema del envejecimiento de la población caracterizado por una alta incidencia de la pobreza y una baja cobertura de los sistemas nacionales de seguridad social.

A. PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN COLOMBIA: ESTUDIOS ESTADÍSTICOS⁸

Para conocer la realidad de la protección social y la problemática actual de las personas con discapacidad en Colombia, es indispensable acceder a los estudios estadísticos de este colectivo. La Administración pública colombiana, dispone de dos Organismos especializados en este tipo de estudios.

Por un lado, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), que si bien ofrece información muy amplia sobre las condiciones de vida de la población con discapacidad, hoy en día necesitaría realizarse la correspondiente actualización.

Por otro lado, el Registro para la Localización y Caracterización de la Población con Discapacidad (RLCPD), que es una herramienta nacional, dirigida por el Ministerio de Salud y Protección Social colombiano, que permite recoger vía web información sobre dónde están y cómo son las personas con algún tipo de discapacidad residentes en Colombia, Su objetivo es proveer información estadística sobre las personas en situación de discapacidad en apoyo al desarrollo de la Política Nacional de Atención a

⁴García Presas, I.; “El acceso al trabajo de las personas discapacitadas”. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña nº 17/ 2013, p. 303. [Acceso: 05/05/2017]

http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12561/AD_17_2013_art_14.pdf?sequence=1

⁵Lorenzo García, R.; “El futuro de los discapacitados en el mundo: el empleo como factor determinante para la inclusión”. Op. cit., p. 87. [Acceso: 15/05/2017]

http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/50/Est04.pdf

⁶Según consta en el último informe del Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia (DANE).

⁷ Ver en: “Informe Regional sobre la Medición de la Discapacidad. Una mirada a los procedimientos de medición de la discapacidad en América Latina y el Caribe”. Grupo de tareas sobre medición de la discapacidad Conferencia Estadística de las Américas (CEA), 2014. [Acceso: 15/05/2017]

<http://www.cepal.org/deype/noticias/documentosdetrabajo/0/53340/LCL3860e.pdf>

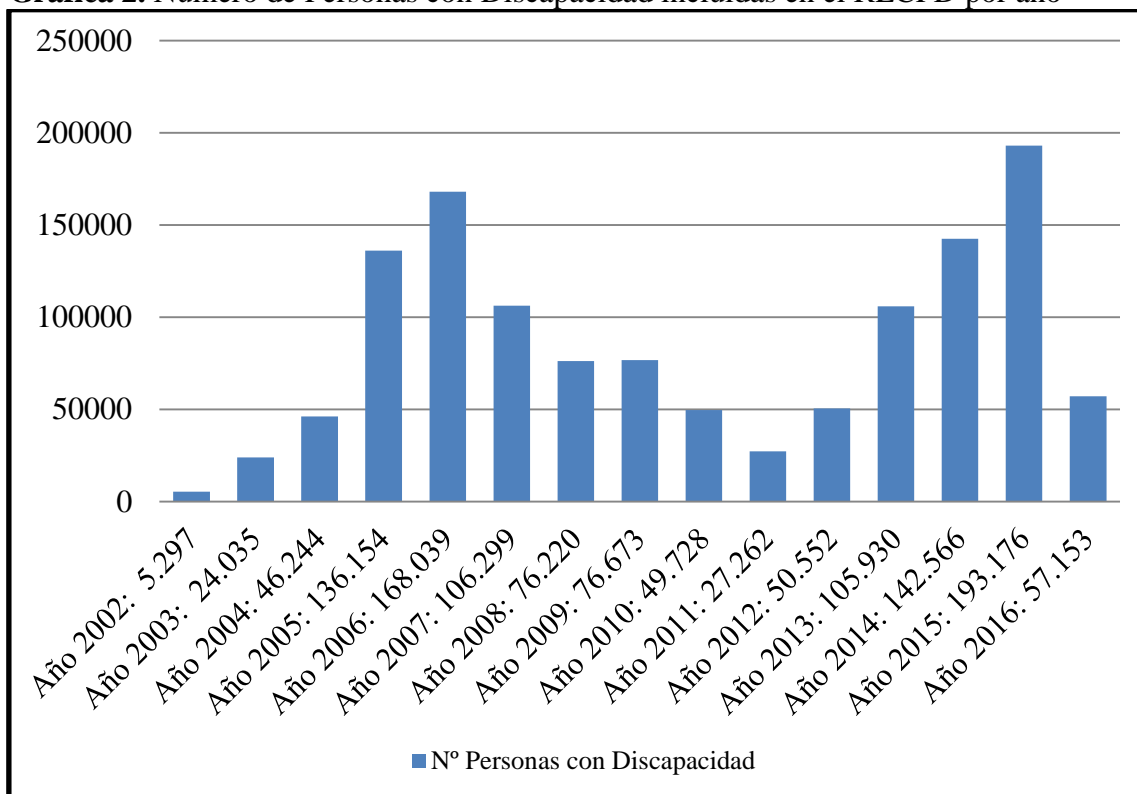
⁸Para profundizar sobre este tema, ver en: www.discapacidadcolombia.com [Acceso: 15/05/2017]

<http://discapacidadcolombia.com/index.php/estadisticas>

[Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos consultados en el DANE y en el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia-Sala Situacional de Personas con Discapacidad. Octubre, 2016]

Un estudio del perfil de la población colombiana con Discapacidad desde la perspectiva diferencial, se recoge en tabla 1.

Gráfica 2. Número de Personas con Discapacidad incluidas en el RLCPD por año



[Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos consultados en el DANE y en el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia-Sala Situacional de Personas con Discapacidad. Octubre, 2016]

Con la inscripción en el Registro para la Localización y Caracterización de la Población con Discapacidad (RLCPD), se inicia el reconocimiento de los derechos, porque la información del Registro permite:

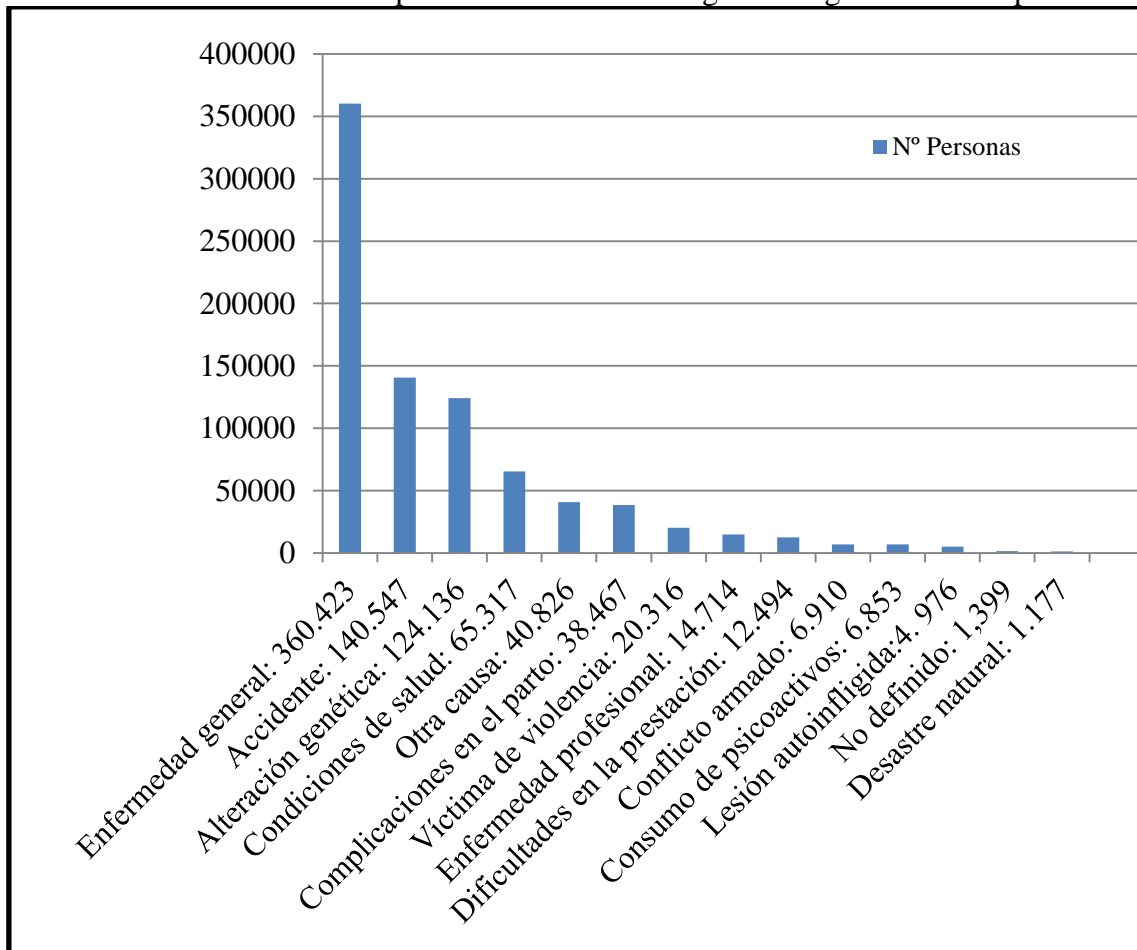
-Conocer el número de personas con discapacidad y las condiciones en que viven a nivel departamental, distrital y municipal, con el fin de planificar acciones para suplir las necesidades de esta población.

-Disponer de una información veraz sobre las personas con discapacidad, que permita ejecutar adecuadamente programas y proyectos en favor de esta población a nivel municipal, departamental /distrital y nacional.

-Identificar cuáles son las acciones inclusivas que se pueden general a nivel departamental, distrital y municipal con el fin de equiparar las oportunidades para la población con discapacidad.

Entre los años 2002 y 2010, el Registro fue administrado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), quien en el año 2006 tuvo su mayor número de personas registradas y en diciembre del año 2010 fue la entrega de este registro al Ministerio de Salud.

Gráfica 3. Personas con discapacidad en Colombia según el origen de la discapacidad



[Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos consultados en el DANE y en el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia-Sala Situacional de Personas con Discapacidad. Octubre, 2016]

Tabla 2. Acceso a la Discapacidad por accidente o enfermedad profesional

PERSONAS CON DISCAPACIDAD POR ACCIDENTE						
Origen	PERSONAS CON DISCAPACIDAD POR ACCIDENTE					
Causa	De tránsito	En el hogar	De trabajo	Otro tipo de accidente	Deportivo	En el centro educativo
Nº personas	40.123	39.301	39.079	17.655	2.673	1.521
PERSONAS CON DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD PROFESIONAL						
Origen	PERSONAS CON DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD PROFESIONAL					
Causa	Medio ambiente físico del	Carga de trabajo	Otra causa	Condiciones de seguridad	Contaminantes	Organización del trabajo

	lugar	física				
N° personas	4.849	3.156	2.736	2.078	1.355	489

[Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos consultados en el DANE y en el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia-Sala Situacional de Personas con Discapacidad. Octubre, 2016]

Tabla 3. Personas con Discapacidad en Colombia según variables de actividad y trabajo
Personas con Discapacidad según su actividad en los últimos 6 meses antes de la aplicación del registro

Actividad	Trabajar sin pensión	Oficios del hogar	Otra actividad	Trabajando	Estudiante	Buscando trabajo
N° de PcD	388.427	230.818	167.550	158.559	117.436	51.890

Actividad	No definido	Incapacidad para trabajar con pensión	Autoconsumo	Pensionado -jubilado	No aplica	Recibiendo renta
N° de PcD	46.235	42.654	31.860	20.533	10.130	6.175

Personas con Discapacidad según la actividad económica en la que trabajan

Actividad	Servicios	Otra actividad	Agrícola	Comercio
N° de PcD	40.659	37.112	35.776	29.104
Actividad	No definido	Industria		Pecuaria
N° de PcD	28.717	9.593		1.755

Personas con Discapacidad según como se desempeña en el trabajo

Actividad	Trabajador por cuenta propia	Obrero/ empleado particular	No definido	Jornalero o peón
N° de PcD	62.567	34.957	28.376	26.078
Actividad	Empleada/o doméstico	Obrero/emplea do del Gobierno	Trabajador familiar sin remuneración	Patrón o empleador
N° de PcD	11.462	8.549	6.384	4.317

Personas con Discapacidad según el tipo de contrato que tiene

Actividad	Sin contrato	No definido	A término indefinido	A término fijo
N° de PcD	126.825	28.935	16.305	10.738

Personas con Discapacidad según si su capacidad para el trabajo se ha visto afectada por la misma

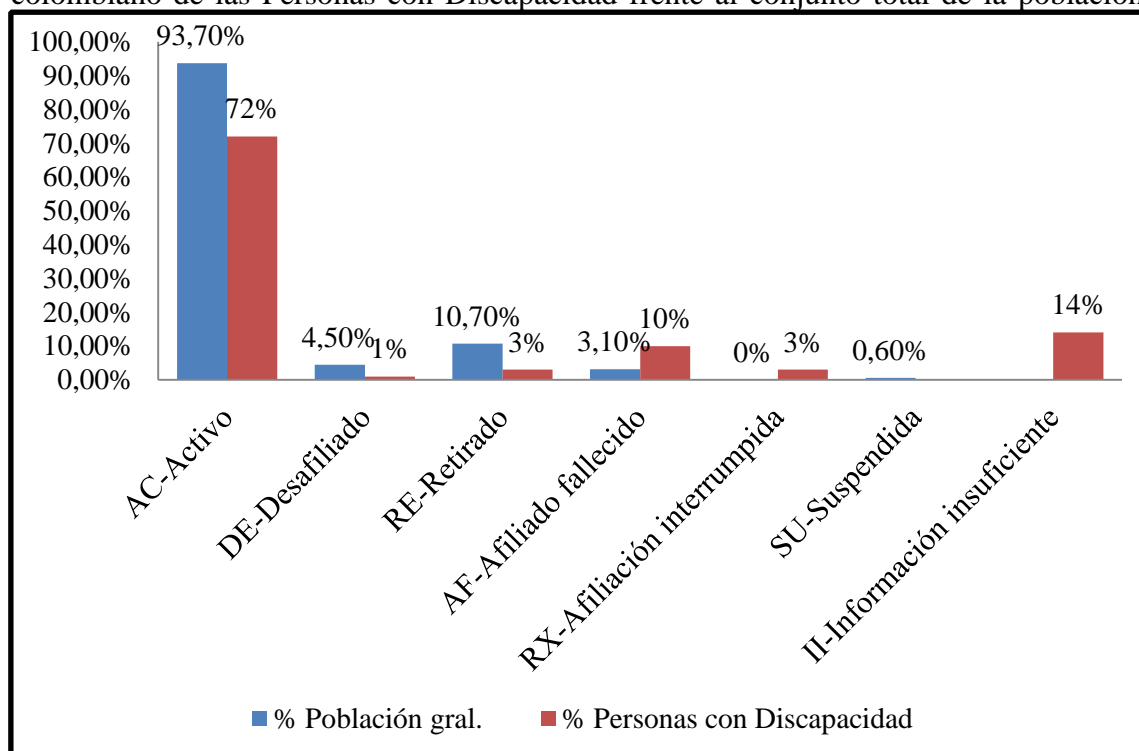
Afectación	SI	NO	NO aplica	NO reportado
N° PcD	992.423	177.484	76.411	25.949
%	78 %	14%	6%	2%

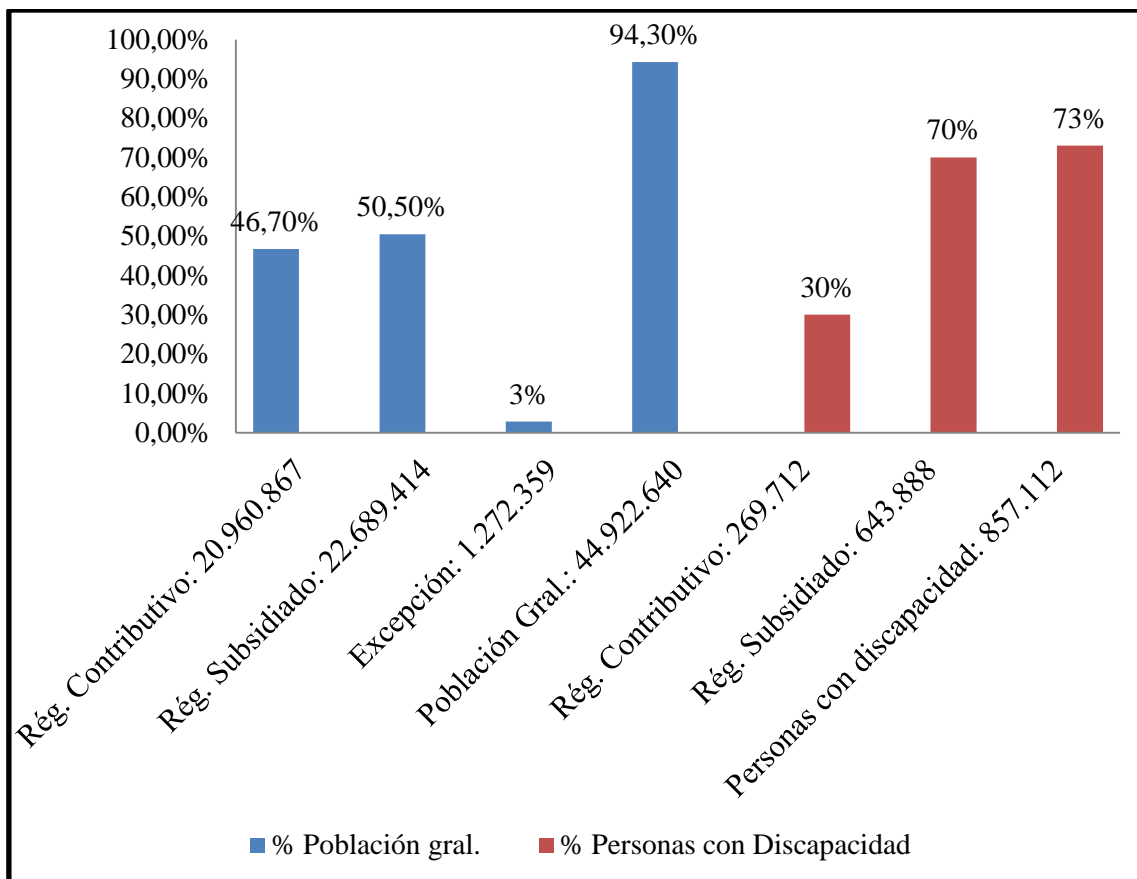
Personas con Discapacidad según si necesita capacitación para...

Necesidad	Si para mejorar su actividad productiva	Si cambiar de actividad productiva	No necesita
-----------	---	------------------------------------	-------------

[Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos consultados en el DANE y en el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia-Sala Situacional de Personas con Discapacidad. Octubre, 2016]

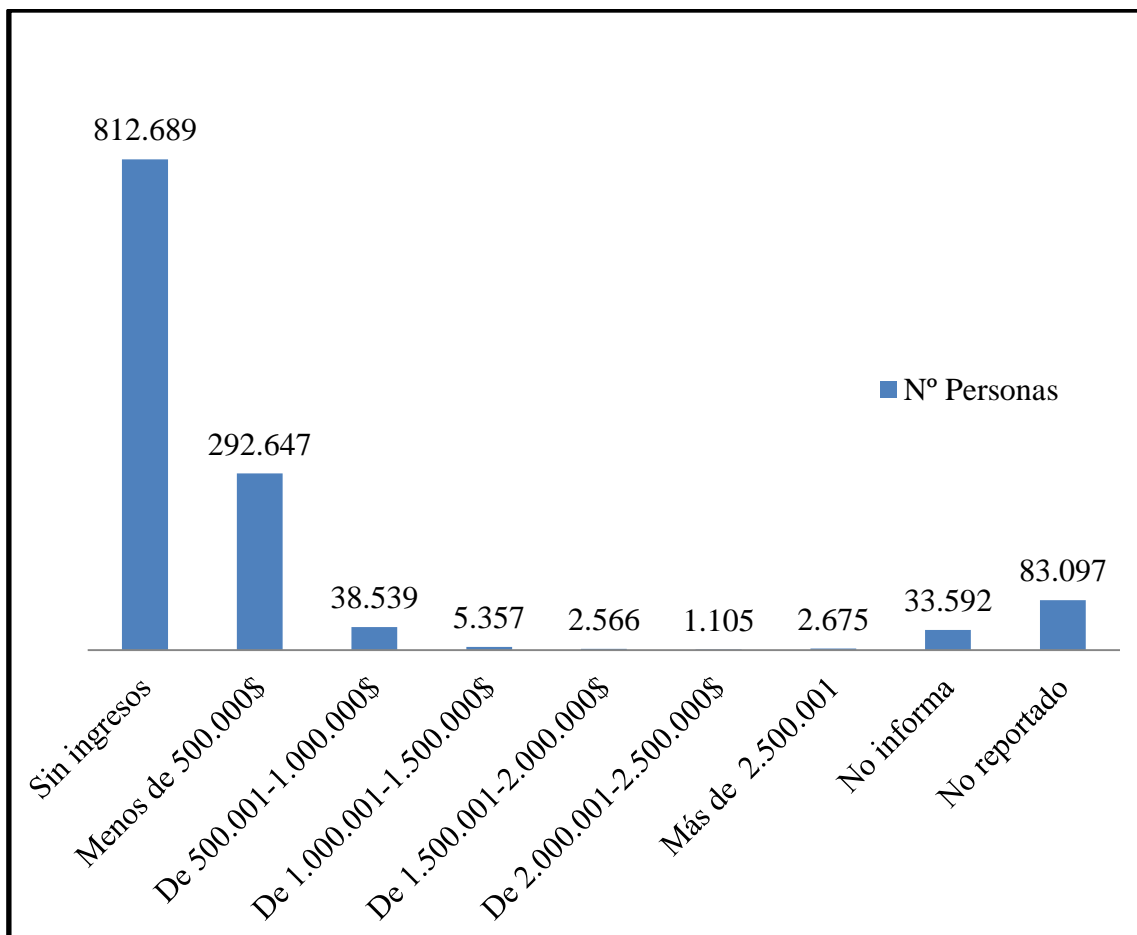
Gráfica 4. Afiliación y Régimen respecto al Sistema General de Seguridad Social colombiano de las Personas con Discapacidad frente al conjunto total de la población





[Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos consultados en el DANE y en el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia-Sala Situacional de Personas con Discapacidad. Octubre, 2016]

Gráfica 5. Personas con Discapacidad en Colombia según los ingresos que perciben



[Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos consultados en el DANE y en el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia-Sala Situacional de Personas con Discapacidad. Octubre, 2016]

El 23% de la población con discapacidad, perciben ingresos inferiores a 500.000 \$, mientras que el 64% de este colectivo no recibe ningún ingreso.

B. POSICIÓN DE COLOMBIA FRENTE A LOS CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE LAS MATERIAS DE DISCAPACIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL

1. LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El gran hito histórico en materia de protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad, se va a producir con la aprobación el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Colombia firmó esta Convención el 30 de marzo de 2007, ratificando la misma el 31 de julio de 2009, mediante la Ley 1346/2009. Posteriormente y cumpliendo con el compromiso adquirido en referencia a la adaptación y armonización de su normativa. También se aprobó y promulgó en su Congreso la Ley 1346/2013 de 27 de febrero, por

la que se establecen las Disposiciones para Garantizar el Pleno Ejercicio de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Conviene señalar por su singularidad, que esta Convención ha sido calificada como el primer instrumento amplio de Derechos Humanos del siglo XXI, así como el primer tratado internacional de Derechos Humanos que se abre a la firma de organizaciones regionales de integración, como la propia Unión Europea⁹. Además de recoger los Derechos de las Personas con Discapacidad, también contempla las obligaciones de los Estados de promover, proteger y asegurar tales derechos¹⁰. Ratificada el 26 de noviembre de 2009 y entrando en vigor en enero de 2011, tanto los Estados miembros como la propia Unión Europea han comenzado a adaptar sus ordenamientos jurídicos a la nueva realidad¹¹. Sin embargo, hasta el día de la fecha, no se ha promulgado ninguna directiva, si bien cuenta con la última iniciativa política y legislativa orientada a la lucha contra la discriminación y la igualdad de trato de las personas con discapacidad, que adoptó la Comisión Europea en 2010, es la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020¹².

Al igual que Colombia, España ratificó previamente esta Convención el 3 de diciembre de 2007, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008. La adaptación y reforma de la normativa española sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha tenido como consecuencia inmediata la elaboración del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social¹³. En referencia a la Igualdad

⁹Cabra de Luna, M.; “La protección de la discapacidad en el ámbito internacional: la Unión Europea”, en: VV.AA.; Protección social: Seguridad Social y Discapacidad. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez. Cinca. Madrid, 2014, p. 389. También puede consultarse sobre este asunto, en: Cabra de Luna, M.; “El empleo de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico comunitario y nacional”, en: Castillo Díaz, M.; I Congreso Nacional sobre Empleo de las Personas con Discapacidad: Hacia la plena inclusión laboral. UNIA. 2016, p. 9.

¹⁰ Concretamente, la Convención establece como principios generales el respeto de la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plena y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana. Cfr.. Cabra de Luna, M.; “La protección de la discapacidad...Op. cit., p. 390.

¹¹ Sin embargo, al día de hoy queda mucho por hacer, es necesario que la Comisión Europea desarrolle unas directrices que permiten el *mainstreaming* de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en toda la legislación europea y que revise todo el acervo comunitario actualmente vigente. No le corresponde únicamente a la Unión Europea, realizar su trabajo, también es imprescindible que los Estados miembros realicen sus tareas.

¹² Tiene como una de las principales prioridades la incorporación de las personas con discapacidad al mercado laboral. Igualmente se centra en la eliminación de barreras e identifica medidas a escala de la Unión Europea complementarias a las acciones a nivel nacional. También determina los mecanismos necesarios para aplicar la Convención. Asimismo se focaliza en otros aspectos fundamentales para la plena integración y la igualdad de trato de las personas con discapacidad.

Sobre los objetivos, en: VV.AA.; “Des droits pour tous: contribution des organismes de lutte contre les discriminations à l'évaluation de la Stratégie 2010-2020 de L'Union Européenne en faveur des personnes handicapées. Un avis equinet”, Bruselas, Equinet European network of equality bodies, diciembre, 2014. También Ballester Pastor, M.; “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”. Revista del Ministerio e Inmigración. Derecho social Internacional y Comunitario, nº 92/2011, pp. 207-255.

¹³Que deroga expresamente por refundirlas en este texto, la Ley 13/1982 (LISMI), la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) y Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

de oportunidades y no discriminación, se describen las medidas contra la discriminación y las medidas de acción positiva. Se incluye, también por primera vez, las definiciones de todos los tipos de discriminación, directa, indirecta, por asociación y acoso.

2. EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

La situación de Colombia, países de su entorno y España respecto a la firma, ratificación, depósito, acuerdo y aplicación efectiva del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, de conformidad a los Artículos 29, 30 y 31.2 CMISS y el 33.3 de AA, es la siguiente:

Tabla 4. Situación de Colombia, países de su entorno y España respecto al CMISS

País	Firma	Depósito	Acuerdo	Población
	Ratificación		Aplicación Efectiva	
Argentina	10/11/2007	31/05/2016	31/05/2016	42.980.026
	06/06/2010		01/08/2016	
Bolivia	10/11/2007	02/02/2011	18/04/2011	10.027.254
	08/11/2010		01/05/2011	
Brasil	10/11/2007	11/12/2009	19/05/2001	201.000.000
	30/10/2009		19/05/2001	
Chile	10/11/2007	30/11/2009	01/09/2001	16.572.475
	18/11/2009		01/09/2001	
Colombia	26/11/2008			
Costa Rica	10/11/2007			
Ecuador	07/04/2008	04/11/2009	20/06/2011	14.067.000
	31/08/2009		20/06/2011	
El Salvador	10/11/2007	04/09/2008	17/11/2012	6.251.495
	29/05/2008		17/11/2012	
España	10/11/2007	12/02/2010	13/10/2010	46.507.760
	05/02/2010		01/05/2011	
Paraguay	10/11/2007	09/02/2011	28/10/2011	6.672.631
	15/12/2010		28/10/2011	
Perú	10/11/2007	30/01/2014	20/10/2016	31.915.789
	12/09/2013		20/10/2016	
Portugal	10/11/2007	22/12/2010	19/03/2013	10.561.614
	27/10/2010		21/07/2014	
República Dominicana	04/10/2011			
Uruguay	10/11/2007	26/07/2011	26/07/2011	3.286.314
	24/05/2011		01/10/2011	
Venezuela	10/11/2007			
	16/02/2009			

[FUENTE: Elaboración propia a partir de los datos disponibles en la Oficina de Información Diplomática]

La profesora SÁNCHEZ-RODAS¹⁴, que ha realizado un profundo estudio sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, refiriéndose a la génesis de este Convenio, dice que: “desde sus orígenes, el Convenio Multilateral ha estado íntimamente ligado a la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS). Precisamente fue en el congreso que ésta última organizó en el año 2004 donde surgió la idea de su elaboración que comienza a materializarse a partir de 2005 con ocasión de la V Conferencia Iberoamericana de Ministros/Máximos Responsables de Seguridad Social”. Esta Conferencia que se celebró en Segovia, tenía como finalidad, “contar con un instrumento único de coordinación de las legislaciones nacionales en materia de pensiones que, con plena seguridad jurídica, garantice los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, protegidos bajo los esquemas de Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos”.

Continúa la citada profesora, refiriéndose al Proyecto del Convenio Multilateral, que “se aprobaría dos años más tarde, con motivo de la VI Conferencia Iberoamericana de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social celebrada en Chile en 2007 siendo aprobado el texto definitivo ese mismo año durante la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Santiago de Chile”.

GONZÁLEZ ORTEGA¹⁵, dice que: “(...) de forma sintética, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social es una herramienta de coordinación supranacional en materia de protección social que, sin afectar a los respectivos sistemas nacionales, se inscribe en el repertorio de los que, con ámbitos espaciales diferentes, tienen como objetivo proteger los derechos de seguridad social de los trabajadores migrantes y de las personas que dependen de ellos”.

Por su parte, JIMÉNEZ FERNÁNDEZ¹⁶, sostiene que el Convenio Multilateral Iberoamericano, es: “una experiencia pionera porque, plantea lograr un acuerdo en materia de Seguridad Social en un ámbito en el que no existe una previa asociación política que facilite el sustrato jurídico que podría darle apoyo”.

Respecto a la falta de una definición jurídica sobre el término “Coordinación”, y ante la necesidad de realizar una aproximación a dicho concepto, SÁNCHEZ-RODAS y otro sector de la Doctrina, afirman que podríamos inferir sus notas características de la

¹⁴ Vid. 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”. E-Revista Internacional de la Protección Social nº 1 Vol. 1/2016, p 4. [Acceso: 13/02/2017]
<https://institucional.us.es/revistapsocial/index.php/erips/article/view/2>

También sobre este mismo asunto, puede consultarse en: Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: VV.AA.; El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Encrucijada: Retos para la Disciplina Laboral. Laborum. Murcia. 2008; pp. 182-183. [Acceso: 13/02/2017]
<https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/34282/derecho%20del%20trabajo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁵ González Ortega, S.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y la cobertura de la Discapacidad”, en: VV.AA.; Protección social: Seguridad Social y Discapacidad. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez. Cinca. Madrid, 2014, pp. 449.

¹⁶ Jiménez Fernández, A.; “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: VV.AA.; “El Futuro de la Protección Social”. Laborum. Murcia. 2010, p.375.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dichas notas, serían las siguientes:

-Coordinación no implica unificación ni armonización de Sistemas de Seguridad Social.

-Tampoco conlleva la derogación, reforma o modificación de los sistemas nacionales de Seguridad Social coordinados que subsisten con todas sus peculiaridades.

-No veda las competencias soberanas de los Estados para legislar en el ámbito de la Seguridad Social.

-La coordinación no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para facilitar, en última instancia, la libre circulación de trabajadores en el seno de la Comunidad Iberoamericana (por lo que al Convenio Multilateral se refiere).

-La coordinación permite salvaguardar los derechos adquiridos y en curso de adquisición de los migrantes en el ámbito de la Seguridad social, evitando que los trabajadores migrantes no vean mermados sus derechos y/o expectativas de derecho en materia de Seguridad Social.

-Mediante la técnica de la coordinación el Convenio Multilateral, garantiza a los sujetos incluidos dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación un trato igual al dispensado a los trabajadores nacionales¹⁷.

Otros autores como MIRANDA BOTO¹⁸, prefieren utilizar “articulación” como término alternativo a coordinación.

Respecto a la posible tutela dispensada a las Personas con Discapacidad por parte del Convenio Multilateral Iberoamericano, coincidimos con González Ortega en afirmar que se trataría de una “tutela indirecta”¹⁹. Concretándose dicha tutela, de una parte, garantizando las prestaciones económicas o pensiones de invalidez a las que pueden tener derecho trabajadores o profesionales activos que, sea como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional o de un accidente no laboral o de una enfermedad común que pasan a la situación de discapacidad normalmente calificada en las normas de Seguridad Social, y también en el Convenio Multilateral Iberoamericano, como invalidez.

También puede servir para proteger a los discapacitados²⁰ a través de prestaciones económicas de orfandad o a favor de familiares, que en muchos ordenamientos, se hacen depender de la condición de persona discapacitada en un alto nivel de los beneficiarios. Siendo particularmente frecuente que esos beneficios económicos causados por el fallecimiento del trabajador activo, se reconozcan a familiares que al

¹⁷ Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Aproximación a la coordinación de Regímenes de Seguridad Social. Op. cit., pp. 5-6. También en: Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Op. cit., p.184.

¹⁸ Miranda Boto, J.; “El Estadio Previo: Algunos Problemas Terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria” en VV.AA.; El Reglamento Comunitario. Nuevas Cuestiones. Viejos Problemas. Laborum. Murcia. 2008; pp. 26-28.

¹⁹ González Ortega, S.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y la cobertura de la Discapacidad”. Op. cit., p. 451.

²⁰ Ib. 451-452

margen de la edad, carezcan de la capacidad personal para el desempeño de un trabajo; o que se atribuyan a los hijos del fallecido (como pensiones de orfandad) si éstos, una vez que han alcanzado la mayoría de edad (hasta este momento normalmente el derecho es incondicionado), pueden ser calificados como personas discapacitadas de un cierto nivel que les impida la obtención de ganancias o recursos como consecuencia del desempeño de un trabajo²¹.

En definitiva, el Convenio Multilateral Iberoamericano, no es un convenio de protección específicamente dirigido a las personas discapacitadas²², sin embargo, como norma de Seguridad Social, aun cuando no dictada especialmente para la protección de las personas discapacitadas, siempre tiene alguna dimensión tuteladora que repercute mayoritaria o exclusivamente en este tipo de personas²³.

Como se ha puesto de manifiesto al comenzar este epígrafe, Colombia firmó el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, el 26 de noviembre de 2008, sin embargo hasta la fecha no ha ratificado el mismo, por lo que no se podrá hacer efectiva la aplicación del mismo.

Por su parte, España lo ratificó el 12 de febrero de 2010 y se publicó junto a su Acuerdo de aplicación el 8 de enero de 2011, entrando en vigor el 1 de mayo de 2011²⁴.

3. CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.

Colombia, ha suscrito y ratificado el convenio número 159 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la readaptación profesional y el empleo; fue ratificado el 7 de diciembre de 1989.

No ha hecho lo mismo con el Convenio 128 sobre la invalidez, vejez y sobrevivientes de 1967. Si este convenio hubiera sido ratificado por Colombia, obligaría al país a extender en gran medida el ámbito de protección en materia de invalidez, el cual con la normatividad vigente está dirigido solo a personas cotizantes al sistema, pues significaría tener que incluir a los aprendices e incluso a personas residentes en el país no vinculadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones²⁵.

²¹ Tal como se establece en el art. 2, último párrafo del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

²² Por el contrario, sus “destinatarios naturales son los trabajadores y profesionales activos que se desplazan de un país a otro por motivos de trabajo y, adicionalmente, las personas que dependen de ellos económicamente, esto es, los familiares más directos. Desde este punto de vista, puede decirse que el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, es una norma de contenido y de cariz esencialmente profesional”. Cif. González Ortega, S.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y la cobertura de la Discapacidad”. Op. cit., p. 462.

²³ Ib. 463

²⁴ Ver Tabla 4. También en Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Aproximación a la coordinación de Regímenes de Seguridad Social. Op. cit., p. 4. También en: Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Op. cit., p.183.

²⁵ Palacio Velásquez, C.; “Pensiones para las Personas con Discapacidad en el Sistema de Seguridad Social colombiano”. Op. cit., p. 78.

II. MARCO JURÍDICO: ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

A. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD E INVALIDAZ EN COLOMBIA

Corresponde a los ordenamientos jurídicos de cada país, definir y establecer los presupuestos que se deben contemplar para que una persona sea considerada “persona con discapacidad”, o se encuentre en un “estado de invalidez”.

Tampoco existe una coincidencia entre los términos de discapacidad e invalidez, por lo que será necesario realizar un detenido estudio para conseguir una aproximación a dichos conceptos.

PALACIO VELÁSQUEZ²⁶, apunta que la discapacidad ha sido definida en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, de 7 de julio de 1999, como: “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”, especifica esta autora que “sin referirse como se puede evidenciar, a porcentajes de pérdida, sino que simplemente se trata de una situación que limita a la persona en el ejercicio de las actividades cotidianas, de manera que sin importar la gravedad de la deficiencia, el sólo hecho de que una persona no pueda desenvolverse en el medio con el pleno de sus capacidades, la hace beneficiaria de una especial protección por parte del Estado”.

Según la legislación española²⁷, discapacidad es: “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

La profesora ALONSO-OLEA GARCÍA, sostiene que persona con discapacidad²⁸, es aquella que: “presenta deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás, pero además, debe tener reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%”.

Por lo tanto, y a la luz de lo expuesto, no basta con que una persona padezca una discapacidad y esta le provoque limitaciones, sino que es necesario que haya un reconocimiento legal de tal condición para poder solicitar ayudas o algún tipo de protección social pública²⁹.

²⁶ Palacio Velásquez, C.; “Pensiones para las Personas con Discapacidad en el Sistema de Seguridad Social colombiano”. *Diálogos de Derecho y Política* n° 14/2014; p. 79. [Acceso: 25/11/2016] https://discapacidadcolombia.com/phocadownloadpap/PUBLICACIONES_ARTICULOS/Pensiones_discapacidad.pdf

²⁷ Véase el artículo 2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad.

²⁸ Alonso-Olea García, B.; *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*. Cívitas. Madrid. 1997. Adviértase que el término “minusválido” ha evolucionado y se ha transformado por el actual “discapacitado”.

²⁹ Alonso-Olea García, B.; “La protección social de las personas con discapacidad”. *Temas para el debate*. n° 248/2015, p 26.

La Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-122/10 de 18 de febrero de 2010, define y diferencia los conceptos de “discapacidad” e “invalidez”, remitiéndose a su vez a la sentencia T-198 de 2006, en la que se especificó que: “los conceptos de discapacidad e invalidez son disímiles, siendo el último una especie dentro del género de las discapacidades”. Puntualmente se dijo: “se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.” La discapacidad, implica el padecimiento de una deficiencia física o mental que limite las normales facultades de un individuo, lo cual armoniza con las definiciones propuestas en la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. En éstas se habla, de manera idéntica, de ‘persona impedida’ y ‘persona con discapacidad’, respectivamente. La invalidez ha sido asumida en el contexto internacional como la reducción de la capacidad para el trabajo a consecuencia de limitaciones físicas o mentales debidamente probadas. Esta idea ha sido adoptada en el contexto jurídico nacional, que define a la invalidez como una pérdida que excede el 50% de la facultad para laboral, lo que presupone la valoración de la merma.

Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto en el apartado primero del primer epígrafe, dedicado a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tanto España como Colombia firmaron y ratificaron dicho Convenio, cuyo Considerando e) reconoce que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

Por su parte, el Artículo 1, define la discapacidad: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

En definitiva, podemos afirmar que en los últimos tiempos, la protección de las personas con discapacidad en Colombia y España, ha experimentado un notable progreso, pasando del “modelo médico rehabilitador” al “modelo social” que pone el énfasis en la rehabilitación de una sociedad, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad.

B. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO: SINGULARIDADES

El Sistema de Seguridad Social Colombiano, está dirigido por el Ministerio de Salud y protección Social y el Ministerio de Trabajo y reglamentado primordialmente por la Ley de Seguridad Social Colombiana: la Ley 100/1993 de 23 de diciembre.

Expedida por el Congreso de Colombia³⁰, se divide en cuatro secciones que se refieren a los componentes principales del Sistema:

-El primer libro: trata sobre el Sistema general de Pensiones.

-El segundo libro: trata el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

-El tercer libro: trata el Sistema General de Riesgos Laborales. Denominación modificada por la Ley 1562 de 2012 a "Sistema General de Riesgos Laborales".

-El cuarto libro: trata de los servicios sociales complementarios.

Como singularidad del sistema, y su diferencia con el ordenamiento jurídico español, hay que señalar que la propia Ley 100/1993 que regula el Sistema General de Seguridad Social, incluye también en la misma norma el "Sistema General de Riesgos Laborales"³¹, concentrando en un mismo texto legislativo la protección y la prevención.

C. PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

En los últimos años, ha aumentado en Colombia el interés incluso por incluir el estudio de la discapacidad en la enseñanza de la Seguridad Social³².

El alcance y contenido del derecho a la seguridad social, se configura como la protección a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral.

El derecho a la pensión de invalidez es uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando padecen de una discapacidad que disminuye o anula su capacidad laboral lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna.

Es importante hacer un estudio normativo, con el fin de identificar el desarrollo que existe en Colombia en materia de protección a las personas con discapacidad, específicamente en materia de pensiones, pues si bien en un principio solo existía en el ordenamiento jurídico colombiano una pensión que protegiera a las personas frente a la invalidez, en la actualidad se ha pasado a una visión más proteccionista, en la que no solo la ley prevé figuras que buscan garantizar los derechos de las personas con discapacidad y su especial protección en el ordenamiento jurídico, sino que también existe un amplio desarrollo por parte de la Corte Constitucional, por medio del cual se

³⁰Las leyes en Colombia proceden del Congreso, Consejo Nacional Electoral y la Presidencia de la República.

³¹ En España, la regulación de la Prevención de Riesgos Laborales, se realiza mediante la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y otras normas concordantes, pero en instrumentos jurídicos externos a la regulación del Régimen de Seguridad Social.

³² Gómea Rúa, N., Duque Quintero, S. y Quintero Quintero, M.; "El estudio de la discapacidad como una tendencia actual en la enseñanza del derecho de la seguridad social", Justicia Juris, nº 2 Vol. 10/2014, pp 71-82. [Acceso: 13/02/2017]

<http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n2/v10n2a08.pdf>

han ampliado las disposiciones existentes en las normas, para hacer extensiva la protección a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%³³.

Una relación no exhaustiva de las diferentes pensiones que se han ido forjando mediante el desarrollo normativo y jurisprudencial en Colombia es la siguiente:

-Pensión de invalidez para personas con discapacidad.

Aparece por la Sentencia T-483 de 2014, que señala que “una persona que haya nacido con discapacidad y haya laborado y cotizado al sistema por varios años, no puede ser considerada inválida desde su nacimiento”.

-Pensión para jóvenes con invalidez.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-777 de 2009, indicó que el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, debe ser aplicado no solo a menores de 20 años sino en general a toda la población joven entre los 14 y 26 años de edad, postura que ha sido reiterada en otros fallos como la Sentencia T-839 de 2010, T-506 de 2012, T-819 de 2013, T-443 de 2014 y T-580 de 2014 entre otras.

-Pensión sustitutiva para los hijos inválidos.

El artículo 13, apartado c) de la Ley 797 de 2003, prevé que deberán acreditar el parentesco con el causante, la dependencia económica sobre el padre pensionado al momento de su muerte y su condición de invalidez, sentencia T- 692 de 2006.

-Pensión para padres con hijos con discapacidad.

Nace con la Ley 797 de 2003, al señalar que cuando alguno de los padres trabajadores cuyo hijo tenga invalidez debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de alguno de los padres, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuanto menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. En definitiva, los padres con hijos con discapacidad, podrán pensionarse una vez cumplan las semanas de cotización que exige la ley sin importar la edad, según la Sentencia C-758 de 2014 de la Corte Constitucional.

-Pensión de vejez a los 55 años por discapacidad.

Se regula en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que pese a establecer que para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado debe haber cumplido 57 años de edad si es mujer y 62 si es hombre, así como haber cotizado un mínimo de mil semanas en cualquier tiempo.

³³ Palacio Velásquez, C.; “Pensiones para las Personas con Discapacidad en el Sistema de Seguridad Social colombiano”. Op. cit.; p. 77-79.

El apartado 4º, señala que se exceptúan de estos requisitos las personas con una invalidez del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.

-Pensión para las víctimas con discapacidad.

Nace a raíz de la Sentencia C-767 de 2014 de la Corte Constitucional, consistente en un salario mínimo para las víctimas del conflicto armado, que perdieron su capacidad laboral y no tienen otra alternativa pensional.

-Pensión subsidiada.

Consiste en una ampliación de la cobertura mediante un subsidio a las cotizaciones para pensiones de la población que por su condición socioeconómica no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, que surgió como un programa del Consorcio Prosperar³⁴, que nació con la Ley 100 de 1993 con la creación del Fondo de Solidaridad Pensional como una cuenta especial de la Nación, desarrollada por las Leyes 1151 de 2007 y 1187 de 2008, reglamentada con el Decreto 4944 de 2009.

-Pensión familiar.

Creada por la Ley 1580 de 2012 y por la Sentencia C-613 de 2013, reglamentada por el Decreto 288 de 2014, que permite sumar los aportes a pensión con su cónyuge o compañero permanente, para tener acceso a una pensión que les permita llevar una vida digna.

-Pensión de invalidez.

Es para la persona que sea declarada inválida por enfermedad o por accidente, que haya cotizado cincuenta semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, esto según el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

III. CONCLUSIONES

En los últimos tiempos, la protección de las personas con discapacidad en Colombia ha experimentado un notable progreso, pasando del “modelo médico rehabilitador” al “modelo social” que pone el énfasis en la rehabilitación de una sociedad, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad.

Los estudios estadísticos sobre la situación de las personas con discapacidad en Colombia, desvelan una situación preocupante, 2.624.898 poseen algún tipo de discapacidad, lo que representan un 6,3% sobre el total de la población. También se detectan para este colectivo las peores condiciones laborales y los niveles más bajos de retribuciones.

³⁴ Sustituido hoy por el consorcio “Colombia Mayor”.

La posición de Colombia frente a los Convenios Internacionales sobre las materias de Discapacidad y Seguridad Social, es diversa. Respecto a la Discapacidad, ha firmado, ratificado y adaptado su normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sin embargo, en materia de coordinación de la Seguridad Social, aunque ha firmado el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, en la actualidad no lo ha ratificado.

Los conceptos de discapacidad e invalidez son disímiles en Colombia, siendo el último una especie dentro del género de las discapacidades. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.

Como singularidad del sistema de Seguridad Social colombiano, y su diferencia con el ordenamiento jurídico español, hay que señalar que la propia Ley 100/1993 que regula el Sistema General de Seguridad Social, incluye también en la misma norma el "Sistema General de Riesgos Laborales"³⁵, concentrando en un mismo texto legislativo la protección y la prevención.

Se evidencia un amplio desarrollo en la materia de pensiones o prestaciones económicas de las personas con discapacidad. En un principio, su sistema de Seguridad Social Integral, reglamentado primordialmente por la Ley 100 de 1993, contenía una única pensión frente a la invalidez; sin embargo, en años posteriores se ha producido un amplio desarrollo jurisprudencial y normativo que ha contribuido a extender esta protección a un mayor número de personas.

Las prestaciones de Colombia tienen una cobertura más amplia y que sus requisitos hacen que las prestaciones existentes, realmente sean accesibles por los destinatarios de esa protección especial, lo cual no se evidencia en otros países, donde los requisitos son tan exigentes, que difícilmente las personas pueden acceder a las pensiones allí consagradas, así que por esta parte puede decirse que Colombia tiene esta ventaja. Sin embargo, el legislador se ha quedado corto con las diferencias en cuanto a requisitos que estipula entre estas pensiones especiales y las pensiones ordinarias, obviándose así la gran dificultad que tienen estas personas para acceder a un empleo y por consiguiente para cotizar al sistema, ya que en casi todos los casos, las semanas que se exigen no son muy diferentes a las que se les exigen a los demás, como es el caso de la pensión anticipada de vejez para padre o madre cabeza de familia con un hijo con discapacidad, caso en el cual se exigen las mismas semanas que en la pensión ordinaria y la única diferencia es que no se exige una edad mínima.

³⁵ En España, la regulación de la Prevención de Riesgos Laborales, se realiza mediante la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y otras normas concordantes, pero en instrumentos jurídicos externos a la regulación del Régimen de Seguridad Social.

Recibido: 09.09.2017. Aceptado: 04.10.2017.

**LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS EN UN
ESTADO DE BIENESTAR SOCIAL**

THE SUSTAINABILITY OF PUBLIC PENSIONS IN A STATE OF
SOCIAL WELL-BEING

MIGUEL GUTIÉRREZ BENGOCHEA

Profesor Titular de Universidad
Facultad de Derecho de Málaga

RESUMEN

El envejecimiento poblacional es un problema demográfico de carácter estructural que afecta en mayor o menor medida a todos los Estados de la Unión Europea. En España, este problema se agudizará dentro de diez años con la jubilación de la generación conocida como el *baby-boom* lo que ha puesto en duda la viabilidad del sistema de reparto de la seguridad social diseñado en los años 1963 a 1966 cuando la situación social de España y las necesidades de protección eran muy distintas a las que imperan actualmente.

Además con carácter coyuntural, desde el año 2006 España ha estado inmersa en una crisis económica como consecuencia de los efectos de la globalización económica en el ámbito financiero y por la caída del sector inmobiliario debida a una subida desproporcionada en los precios de este sector secundario. Este hecho ha provocado un descenso de cotizantes que ha suscitado que los partidos políticos se conciencien en la necesidad de que el sistema de reparto de la seguridad social se modifique para que sea sostenible en lo que respecta al pago de las pensiones públicas. A partir del año 2011, se han introducido reformas en relación a las pensiones públicas; así, el retraso en la edad de jubilación, el envejecimiento activo, la regulación del factor de sostenibilidad, el índice de revalorización y una recomendación hacia los instrumentos de previsión social privados como complemento de las pensiones públicas pretenden asegurar el principio constitucional de la suficiencia económica de los ciudadanos.

PALABRAS CLAVES: Pensión, envejecimiento, crisis, impuestos.

ABSTRACT

The aging of the population is a demographic problem of a structural character which affects in a large or small measure all members of the European Union. In Spain, this problem will enlarge within the next 10 years with the retirement of former baby boom generation, which has put in doubt the viability of the social security economic distribution, designed in the years between 1963-1966, when the state of affairs of Spain and their protective needs were very distinct to the current existing ones.

Furthermore, with transitory character, Spain has been immersed in an economic crisis since 2006, due to the effects of the economic globalization in the financial field especially by the fall in the real estate sector caused by the disproportionate rise in the prices of this secondary sector. This fact has provoked a decline in contributors which has raised a necessary awareness in political parties that requires a sustainable modification in respect to public pension payments. From the year 2011 reforms have been introduced in relation to public pensions, so the delay in retirement age, the active aging, the regulation of the sustainability factor, the revaluation indicator and recommendation towards private social pension plans as a complement of public pensions, are aiming to secure the constitutional principle of economic sufficiency for citizens.

KEYWORDS: Pension, Aging, crises, taxes.

SUMARIO

I. EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA.

II. CRISIS DEL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA

III. REFORMAS EN EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA

IV. SISTEMA DE REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES PÚBLICAS

V. MEDIDAS FISCALES Y LABORALES PARA MEJORAR LA TASA DE DEPENDENCIA LABORAL Y DE SUSTITUCIÓN

VI. CONCLUSIONES

I. EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA

Uno de los indicadores más importantes de un Estado de Bienestar Social es la protección social de la vejez, hasta el punto de que ocupa el capítulo más importante de las transferencias en los Presupuestos Generales del Estado.

El hecho de que estemos en un Estado de Bienestar mediterráneo en el que los servicios públicos, como la sanidad o educación son gratuitos y funcionan de forma eficiente, implica un aumento en la esperanza de vida de la población española.

Este hecho ha generado un envejecimiento de la población española al igual que en casi todos los países de la Unión Europea. Esta situación ha provocado que en los últimos años la Seguridad Social presente déficits en sus cuentas públicas.

No obstante, es difícil mantener este indicador de bienestar social como consecuencia de la crisis económica internacional que están atravesando todos los países desarrollados. Esta situación ha provocado un gran desempleo y con ello una merma en la recaudación de ingresos públicos como las cotizaciones a la Seguridad Social.

Esta situación ha llevado a que los poderes públicos a través del legislador hayan introducido medidas de carácter laboral y fiscal tratando de que el sistema público de pensiones sea sostenible y que las pensiones públicas sean suficientes para garantizar el bienestar social de las personas jubiladas.

Actualmente, todos los países que siguen un sistema de reparto de la seguridad social, que consiste fundamentalmente en que lo que se recauda por las cotizaciones de las personas en situación laboral activa se reparte entre las personas que están en una situación de inactividad laboral como consecuencia de la jubilación, están haciendo ajustes económicos para garantizar el pago de las pensiones.

Esta situación es propiciada de forma coyuntural por la crisis económico-financiera de carácter mundial que todos los países de la eurozona están aún sufriendo y de forma estructural por la variación experimentada por el factor demográfico.

En el aspecto coyuntural, la recesión económica conlleva repercusiones en los mercados laborales, que lógicamente debilita el segmento de población en edad de cotizar. Además, las reformas laborales de los países de la Unión Europea tienden a flexibilizar el mercado laboral impulsando la contratación temporal y abaratando el despido del trabajador. En términos monetarios esta situación se traduce en salarios más bajos que inciden negativamente en el montante de las cotizaciones de los trabajadores y, con ello, en el sistema de financiación básico de las pensiones públicas.

A este panorama, no muy halagüeño, hay que añadir que estamos asistiendo en los países desarrollados a un envejecimiento exponencial ligado a la esperanza de la vida y a la disminución de la natalidad.

En este sentido, en el año 1900 la esperanza de vida en España era aproximadamente de 35 años y en la actualidad es de 82 años y las previsiones del Instituto Nacional de Estadística es que la esperanza de vida para el año 2050 sea de 90 años. Además, en

España para ese año se producirá un incremento de la población dependiente donde el 73 por ciento de los hombres y el 90 por ciento de las mujeres cumplirán los 80 años¹. Este mayor incremento en la esperanza de vida es causado por diversas circunstancias propias de un Estado de bienestar entre las que hay que destacar, la mayor calidad en la alimentación y a una sanidad cada vez más especializada².

Como contraposición, la tasa de natalidad europea ha descendido notablemente debido a factores que podemos clasificar en objetivos y subjetivos.

Los factores objetivos estarían conectados con el incremento del paro, la bajada salarial de los trabajadores de la eurozona y el hecho de la incorporación de la mujer al mercado laboral, todos estos factores inciden en que las mujeres retrasen la edad en la que deciden ser madres. En términos cuantitativos, los matrimonios que deciden tener hijos no llegan a tener por término medio más de dos.

En el aspecto subjetivo, se está dando el fenómeno de que las personas con cierto bienestar social, donde los dos cónyuges están trabajando, tienden a ser más egoísta desde un punto de vista patrimonial y son reticentes a perder calidad de vida en la crianza y educación de un hijo. Por otra parte, muchas personas no ven con buenas perspectivas el futuro laboral que podrían tener sus hijos, lo que les coarta en la decisión de ser padres.

II. CRISIS DEL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA

La situación descrita pone en entredicho el sistema de seguridad social diseñado en España en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 que consiste en que las aportaciones a la seguridad social de los trabajadores en activo se reparten entre la población jubilada. Este sistema exige una fuerte vinculación del pensionista con el trabajador a través de un contrato social entre generaciones por lo que es esencial un equilibrio entre población ocupada y jubilada que está igualmente ligado a la relación existente entre natalidad y mortalidad³.

En la década de los 60 y hasta 1975 llegó la generación del *baby boom*. En España nacieron 14 millones de niños, 4.5 millones más que en los 20 años siguientes y 2.5 millones más que en los 20 años anteriores. Con este hecho demográfico, el sistema se aseguraba su sostenibilidad porque bajo un sistema económico con un crecimiento estable ese aumento exponencial de la población ocuparía puestos de trabajo y las cotizaciones financiarían a la población jubilada. Además, la esperanza de vida era más corta porque no existía en la sanidad los avances tecnológicos como en los momentos actuales y la alimentación de calidad no estaba al alcance de toda la población.

Sin embargo, esta situación que inicialmente fue favorable para la economía española amenaza con poner en peligro el sostenimiento de las pensiones públicas. En primer

¹ Cfr. Fundación General. CSIC. Informe sobre el envejecimiento, Madrid, 2010, pág 20

² El bienestar de las sociedades occidentales tiene mucho que ver con el envejecimiento como resultado de una reducción de la mortalidad y un alargamiento de la esperanza de vida. Cfr SUAREZ CORUJO, B. El sistema público de pensiones: Crisis, reforma y sostenibilidad, Lex-Nova; 2014, pág 77.

³ El artículo 87 de la Ley de la Seguridad Social señala que el sistema de la seguridad social es el de reparto.

lugar porque desde 1975 hasta el año 2004 el número de nacimientos empezó a descender hasta alcanzar 1.3 niños por mujer⁴. En segundo lugar, esta situación de desequilibrio demográfico como consecuencia de la futura jubilación de la generación del *baby-boom* incidirá coyunturalmente (al menos durante 15 años) en el pago de las pensiones. Al ser un problema temporal se exigen soluciones extraordinarias salvo que la situación económica en los próximos años dé un giro radical con un crecimiento del Producto Interior Bruto (PIB) en torno al 3 por ciento.

Debido a lo expuesto anteriormente, en la actualidad, en un Estado de Bienestar social en el que la calidad de vida ha mejorado notablemente para toda la población, se observa, una inversión de la pirámide poblacional, es decir, se está produciendo un ensanchamiento de la parte alta de la pirámide que se corresponde con la población jubilada y un estrechamiento en la base de la pirámide que se corresponde con la natalidad. Esta situación provoca que la tasa de dependencia configurada como el ratio de afiliados a la seguridad social dividido por los pensionistas esté disminuyendo de forma alarmante obligando al gobierno a compensar las desviaciones entre los ingresos y gastos de la seguridad social con el remanente que aún tiene la seguridad social española provenientes de años en los que había superávit por la alta tasa de empleo respecto al desempleo, por la menor esperanza de vida de la población española y por la entrada de la población inmigrante.

Sin embargo, las previsiones sobre los parámetros expuestos, no son favorables: en primer lugar para el año 2022 si el comportamiento demográfico sigue la misma tendencia, la tasa de dependencia será de un 58% lo que significa que de cada 10 personas trabajadoras habrá 6 que estarán en situación de desempleo y en 40 años la tasa de dependencia será del 100 por ciento, es decir, habrá un trabajador activo por cada trabajador inactivo.

El problema del envejecimiento como expresa BORJA SUAREZ no sólo representa un desafío para el pago de las pensiones públicas sino que tiene impactos en el gasto público de otras partidas presupuestarias como por ejemplo la sanidad y las de dependencia fundamentalmente. Así, el gasto en sanidad se incrementaría en aproximadamente 1.3 puntos porcentuales del Producto Interior Bruto desde el 6.5 por ciento en 2010 al 7.8 por ciento en 2060⁵.

A esta situación habría que añadir la ineficacia del mercado laboral en España durante más de un lustro para absorber la demanda de empleo de jóvenes licenciados o graduados universitarios. Esta última situación provoca lo que se denomina fuga de talentos a países extranjeros, sobre todo, a Estados del norte de Europa generando un gran valor añadido en estos territorios, habiendo asumido España, el coste de su formación⁶. Pero lo más preocupante, es que se ha perdido una generación de potenciales cotizantes que dejará de financiar a otra que sí lo ha hecho a lo que habría que añadir como ya se ha expuesto la edad de jubilación de las primeras cohortes de la

⁴ MONEREO PÉREZ, JM; FERNANDEZ BERNAT; JM. *La sostenibilidad de las pensiones públicas*; Tecnos; 2014; pág 23 y ss.

⁵ Cfr BORJA SUAREZ, C. *El sistema público de pensiones: Críticas, Reformas y Sostenibilidad*. Lex-Nova; 2014; pág 85.

⁶ La emigración del capital humano cualificado dificulta la recuperación económica porque impide la creación de empresas especializadas y con alta productividad. Cfr BORJA SUAREZ, C. *El sistema público de pensiones: Crisis, Reforma y Sostenibilidad*. op, cit; pág 77.

generación *baby boom*. Esta situación, provocará que el Estado tenga que asumir el incremento en el coste social de las pensiones durante un período de 15 años implicando un mayor esfuerzo presupuestario.

Otro aspecto, al que se ha hecho mención y que hay que destacar, es la inmigración que ha experimentado España, que ha pasado de representar el 1.6 por ciento de la población en 1998 al 12.2 por ciento de la población total en 2011.

El incremento desde el año 2000 de inmigrantes, sobre todo, en edad de trabajar y lejos de la jubilación, provocó que la estructura piramidal de la población española se fuese corrigiendo debido al incremento de la natalidad por parte de este sector de la población.

Por lo tanto, el efecto de la inmigración sobre las pensiones ha sido muy significativo porque esta población accede a puestos de trabajos que no sólo imprimen riqueza al país de acogida sino que además, cotizan a la seguridad social contribuyendo a la cantidad que se repartirá entre la población inactiva laboralmente. Además, las remuneraciones que perciben estarán sometidas a tributación con lo que incrementarán la recaudación tributaria⁷.

No obstante, los efectos positivos hay que considerarlos en términos generales como coyunturales porque la población inmigrante que viene a un determinado país, con el tiempo envejece y pasan a una situación de inactividad laboral y respecto a la mayor fecundidad que suelen tener inicialmente las inmigrantes tienden a converger en términos numéricos al del Estado de acogida.

En España este factor tuvo un efecto positivo en la época de crecimiento económico cuando la construcción estaba en auge y se necesitaba mucha mano de obra sin cualificar. Esta situación cambió a partir de la crisis económica en la que España aún está inmersa como consecuencia de una insuficiente demanda interna provocada por la caída del sector inmobiliario unida a la crisis internacional de carácter financiero, lo que ha provocado que el movimiento migratorio muestre un sentido negativo.

Todos estos aspectos redundan negativamente en los potenciales beneficiarios de las prestaciones públicas, pues posiblemente no pueden acceder en las mismas condiciones de igualdad. Esta circunstancia es ciertamente preocupante, en la medida que el modelo de reparto hace que los potenciales beneficiarios puedan estar contribuyendo al sistema al albur de unas falsas expectativas pues nadie puede asegurar que las condiciones de acceso a la prestación y la cuantía de las mismas sean modificadas en el futuro.

Hay que mencionar que en la actualidad, aunque la reforma laboral está empezando a crear empleo respecto a años en que la economía española estaba en plena crisis, este tipo de empleo es fundamentalmente temporal, a tiempo parcial y con bajos salarios, lo que redundan negativamente en la base de cotización de los trabajadores e, indirectamente, en las pensiones públicas.

⁷ A nivel europeo es posible conseguir con la inmigración una tasa de fecundidad de 2.1 niño por mujer para alcanzar la tasa deseada de reposición. Cfr. FERRERAS ALONSO, F. "Cambio demográfico y pensiones de la seguridad social" Fundación Alternativas. Documento de trabajo; nº 161; 2010; pág 16.

Esta situación de precariedad laboral desemboca de nuevo en una desconfianza de las personas en realizar inversiones importantes como en la adquisición de una vivienda o lo que puede ser peor, retrasar la edad de ser padres o incluso anularla del proyecto de vida, impidiendo socialmente el relevo generacional en las pensiones públicas.

Para tener un conocimiento aproximado de las pensiones públicas que podrían percibir los trabajadores en el futuro habría que establecer un sistema de capitalización que no es el más adecuado dado que el importe del capital acumulado para la jubilación depende de la rentabilidad obtenida por los fondos privados donde se realizan las inversiones. La experiencia nos ha mostrado que el sistema de capitalización instaurado en algunos países sudamericanos, la cantidad a percibir depende del tipo de rentabilidad durante el tiempo en que se ha acumulado el capital. En este sentido, el sistema de capitalización, además de suponer una ruptura total con el esquema de solidaridad intergeneracional, no garantiza un tratamiento uniforme a los trabajadores, ya que los trabajadores pueden tener una prestación diferente en función de la rentabilidad de los fondos donde se han invertido sus cotizaciones sociales. Sin embargo, es cierto que desde una visión capitalista, estos instrumentos de ahorro favorecen la recuperación económica ya que el ahorro generado con estos instrumentos, normalmente, a través de las entidades financieras se reinvierte en la economía en forma de créditos y préstamos dirigidos a la creación de empresas e indirectamente a la creación de empleo.

Un ejemplo hacia este sistema de capitalización lo tenemos en Chile donde se produjo un cambio en su sistema de pensiones públicas pasando de un sistema de reparto al de capitalización parcial obligatoria y otra parte del coste de las pensiones es financiado por el Estado a través de impuestos. Esta situación produce un *gapo* vacío en la adaptación y convergencia entre dos sistemas tan dispares en el tratamiento de las pensiones públicas que lo hacen desaconsejable pues al menos una generación sufriría el ajuste.

Un segundo criterio que se utiliza en algunos Estados de la Unión Europea como Italia y Suecia es el sistema de cuentas nacionales.

Este sistema se basa en que el Estado abre una cuenta a cada trabajador donde se van acumulando todas las cotizaciones durante la vida laboral del trabajador. Una vez que éste alcance la edad de jubilación, la pensión que percibirá será el resultado de dividir el importe monetario del derecho consolidado en su cuenta nacional entre la esperanza de vida estimada de la cohorte de la población a la que pertenece el individuo.

Otros sistemas de seguridad social se basan en una combinación obligatoria del sistema de reparto con el de capitalización, como el caso de Paraguay y Argentina. En determinados países de Europa del Este como Hungría, Polonia, Letonia, Bulgaria, Croacia o Estonia combinan el sistema público de reparto con un régimen de cotizaciones definidas, gestionadas por entidades privadas o públicas. Sin embargo, Dinamarca, Alemania, Noruega, Finlandia y Suiza, financian una importante cantidad del coste de las pensiones a través de impuestos.

En Sudamérica, Estados como Bolivia, El Salvador y Nicaragua simplemente han sustituido el sistema público de reparto por el sistema de capitalización.

En España, aunque está establecido el sistema público de reparto, se utilizan los impuestos, para financiar las pensiones no contributivas y, se está pensando en financiar

las pensiones de viudedad y orfandad con cargo a los ingresos públicos. No debemos olvidar que el artículo 31 de la CE dispone que:” Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos mediante un sistema tributario justo...” lo que legitima la utilización del tributo para financiar en su caso, las pensiones públicas.

Otra cuestión es que se utilice el tributo con carácter presupuestario o bien se introduzca un impuesto finalista, en mi opinión de carácter coyuntural para los posibles desajustes que se produzcan en el sostenimiento de las pensiones públicas.

Sin embargo, la utilización de impuestos para el pago de las pensiones tiene sus detractores argumentando que es mejor que exista una fuente monetaria afecta al pago de las pensiones y no una partida presupuestaria que depende sensiblemente de cómo esté el crecimiento económico de un determinado país.

III. REFORMAS EN EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA

La reforma del sistema de la seguridad social surge con el Pacto de Toledo en el año 1995 formado por un conjunto de parlamentarios que se hicieron eco de las propuestas del Libro Blanco de la Unión Europea. Una de las propuestas más importante recogida en el Pacto de Toledo es la ampliación del número de años para el cálculo de la base reguladora que pasó de 8 a 15 años y además se incentivó la prolongación de la vida laboral.

A partir de las recomendaciones del Pacto de Toledo las políticas en torno a la seguridad social son menos expansivas ya que van condicionados por factores económicos y demográficos.

Fruto de los acuerdos entre sindicatos firmado el 9 de octubre de 1996 fue la promulgación de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social.

Esta Ley estaba dirigida a reformar el modelo de la seguridad social hacia la contención del gasto público.

En este sentido, se hizo una separación de las fuentes de financiación de la seguridad social, distinguiendo entre fuentes contributivas y no contributivas. En el aspecto teleológico, la norma lesiona el principio de solidaridad y se vislumbra a un Estado que empieza a demandar un carácter más asistencial ya que cada vez son mayores las necesidades de los ciudadanos y menor la respuesta del sistema público de la seguridad social. Todas estas medidas, por tanto, van dirigidas a sanear las cuentas del Estado y de esa forma restringir la acción protectora de la seguridad social.

Desde 1998 hasta el 2007 España registró una etapa de bonanza económica que fue esencial para constituir un fondo de reserva para el pago de las pensiones ya que el número de cotizantes se incrementó en 8000.000 de personas.

Sin embargo, la crisis inmobiliaria y financiera a nivel internacional desplegó en España sus efectos desde 2007 con una destrucción de empleo muy significativo lo que hizo que las autoridades se plantearan una reforma legislativa en prevención a la reducción

del fondo de reserva para el pago de las pensiones y para el propio sostenimiento de las mismas a medio plazo.

La promulgación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto sobre Actualización; Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social pretendía la sostenibilidad del sistema de pensiones a corto y largo plazo tratando de reforzar la contributividad del sistema y manteniendo la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas de los mismos. En esta norma se aprobaron medidas como: alargar la vida laboral de las personas hasta los 67 años, salvo para aquellos pensionistas con más de 38 años cotizados y, asimismo, la consideración del número de años para el cálculo de la base reguladora pasó de 15 a 25 años⁸.

El hecho de retrasar el acceso a la pensión de jubilación tiene el propósito de reequilibrar la relación entre trabajadores activos y jubilados. Así, la prolongación de la vida laboral tiene una incidencia dual en la base financiera de las pensiones públicas. En primer lugar, el incremento de la vida laboral incrementa las cotizaciones al sistema de la seguridad social y por otro lado, disminuye los años de percepción de las pensiones por lo que inciden negativamente en los gastos de las pensiones públicas.

Igualmente, el incremento del número de años que se utiliza para el cálculo de la base reguladora de la pensión pública disminuye el gasto en las pensiones porque normalmente en los últimos años de la actividad laboral es cuando los trabajadores suelen percibir mayores remuneraciones.

Sin embargo, esta situación puede jugar positivamente para aquellos trabajadores que como consecuencia de la crisis económica hubieran perdido sus puestos laborales en los años próximos a la jubilación⁹.

También se incrementan los incentivos para prolongar de forma voluntaria la vida laboral de aquellas personas que han alcanzado la edad legal de jubilación. Así, aquellas personas que decidan seguir desempeñando una actividad laboral una vez que tengan los años cotizados y la edad para jubilarse tendrán una prima en su base reguladora entre el 2 y el 4 % por cada año trabajado sin que en ningún caso pueda superar la pensión máxima establecida legalmente aunque sí pueden aumentar su pensión por encima del 100 por ciento.

Todas las normas laborales aprobadas por el legislador español están en sintonía con el *soft law* de la UE en materia de las pensiones públicas. En este aspecto, el libro blanco de la Comisión Europea para la sostenibilidad de las pensiones públicas de 2012 establece unas recomendaciones para los diferentes países de la Unión Europea. Para España se concreta en tres elementos básicos para la sostenibilidad:

⁸ Aunque la Ley 21/2011, retrasó la edad de jubilación como refuerzo de la dimensión contributiva de la edad de jubilación. El artículo 161.1.a) Ley General de la Seguridad Social (RDley 8/2015, de 30 de octubre) mantiene la edad de jubilación a los 65 años siempre y cuando se hayan cotizado 38 años y 6 meses, en lugar de 35 que hasta entonces se exigían. En el caso de reunirse estos requisitos entonces la edad de jubilación se eleva a los 67 años y se consigue percibir la totalidad de la pensión si el tiempo cotizado llega hasta los 37 años.

⁹ Cfr MONEREO PÉREZ, JC, FERNANDEZ BERNET, JA. *La sostenibilidad de las pensiones públicas*; tecnos, 2014, pág 37 y ss. Aunque también habría que valorar el tiempo que se toma como referencia para el cálculo de la base reguladora que como sabemos está establecido actualmente en 25 años.

- a) Incremento de la edad de jubilación real.
- b) Prolongación de la vida activa
- c) Incremento de la participación en el mercado de trabajo

Estas propuestas se incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico con la aprobación del RD-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 que reguló la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena para favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de la seguridad social y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencias de estos trabajadores. Esta posibilidad muy restringida en el ordenamiento español hasta la fecha, es habitual en las legislaciones de países del entorno. Se permite así que aquellos trabajadores que han accedido a la jubilación al alcanzar la edad legal y que cuentan con largas carreras de cotización puedan compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial con el cobro del 50 por ciento de la pensión, con unas obligaciones de cotización limitadas¹⁰.

A tenor de lo regulado en la norma se pretendía incidir fundamentalmente en la partida del gasto público para conseguir la sostenibilidad del sistema de las pensiones públicas. Además, se estableció que las pensiones contributivas se financiasen con las cotizaciones a la seguridad social y las no contributivas como las sanitarias y asistenciales a través de los Presupuestos Generales del Estado vía impuestos. No obstante, la norma no planteó la posibilidad de suprimir los límites que existen en la bases de cotización o en un aumento de los tipos de cotización¹¹.

Durante el año 2013 fue promulgada sin contar con la opinión de los agentes sociales, 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, en el cual se introduce un factor de corrección conocido como factor de sostenibilidad desligándose además, la actualización de las pensiones del Índice de Precios al Consumo (en adelante IPC).

La norma define el factor de sostenibilidad como un instrumento cuyo fin es vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la seguridad social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas de forma automática. De este modo se consigue que el importe total que perciba un pensionista que acceda al sistema dentro de ciertos años sea equivalente al que perciba el que se jubila en un momento anterior, para lo cual se relaciona la esperanza de vida estimada en ambos momentos.

Como manifiesta MONEREO FERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ BERNAT el factor de sostenibilidad pretende que la pensión inicial de jubilación debe ajustarse de modo que el montante esperado de las pensiones que reciba a lo largo de su vida un pensionista que entre en el sistema en un momento determinado con una determinada base reguladora y una edad y, por tanto, con una esperanza de vida determinada, sea equivalente al que reciba un pensionista que entró en el sistema con la misma base

¹⁰ El artículo 2 del RD-ley 5/2013 establece que el trabajo compatible podrá hacerse a tiempo completo o parcial y una vez que finalice el cese de la actividad laboral se reestablecerá la percepción íntegra de la pensión de jubilación.

¹¹ El fin de esta norma no es otro que atender al mandato que la Comisión Europea fijó en el Libro blanco de 2012 hacia la obtención de unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles.

reguladora y con la misma edad en un momento anterior y, por tanto, con una esperanza de vida inferior¹².

Sin embargo, la aplicación del factor de sostenibilidad sólo se aplica a las pensiones públicas una vez alcanzada la pensión de jubilación, pero no sería de aplicación a las pensiones que deriven de una situación de invalidez permanente, total, absoluta o gran invalidez¹³.

Con anterioridad a la regulación del factor de sostenibilidad, el sistema de reparto se instituía en la relación entre el trabajador y el pensionista. Con el factor de sostenibilidad mejora la equidad intergeneracional. A título ilustrativo, con el factor de sostenibilidad tanto el padre como el hijo percibirán las mismas pensiones públicas porque cada uno la percibirá en función de la esperanza de vida en el momento de la edad tomada para la jubilación; sin el factor de sostenibilidad basado en la esperanza de vida, el hijo gozaría de un mayor tiempo para disfrutar de las pensiones públicas al ser mayor la esperanza de vida cuando alcance la edad de jubilación.

En general el factor de sostenibilidad va a disminuir con carácter general las pensiones públicas porque la esperanza de vida normalmente va en crecimiento con el paso de los años. Aunque no siempre tiene que ser así, por ejemplo, si los servicios públicos no funcionan correctamente por motivos presupuestarios, sobre todo, los relacionados con la rama sanitaria podría haber un descenso en la esperanza de vida lo que invertiría el descenso de las pensiones públicas. Por otra parte, puede suceder como ya se ha reseñado con anterioridad que se incremente en los próximos años la productividad empresarial y el crecimiento económico y con ello las cotizaciones a la seguridad social paliando de esta manera el efecto negativo que tiene el factor de sostenibilidad en el pago del montante de las pensiones públicas. No obstante, hay que pensar que el sistema quiere demostrar que con un sistema de reparto de aportación definida, en vez de prestación definida, como hasta ahora, las pensiones pueden pagarse con este factor de sostenibilidad sin necesidad de acudir a otras fuentes de financiación.

Debemos pensar que el Estado se ha estado comprometiendo al pago de unas pensiones públicas durante toda la vida a las personas que cumplan con ciertos requisitos que van relacionados con los años cotizados y con la base de regulación a efectos de las cotizaciones. Sin embargo, a partir de 2019 con la introducción del factor de sostenibilidad el sistema será de aportación definida y la prestación dependerá de varios factores como: número de cotizantes, evolución económica del país y, sobre todo, de la esperanza de vida media de la población. No obstante, este factor tendrá que equilibrar la justicia social y el carácter redistributivo que según la Constitución Española tiene la seguridad social.

Una vez que se pueda corregir, al menos parcialmente, la tendencia de la tasa de dependencia, que garantizaría las pensiones públicas, habría que incidir en lo que se

¹² MONEREO PÉREZ, JL; FERNANDEZ BERNAT, JA. *La sostenibilidad de las pensiones públicas*. op, cit, pág 102.

¹³ En estos supuestos puede estar justificado la inaplicación del factor de sostenibilidad porque las lesiones complicarían la esperanza de vida para cada situación personal. Cfr. TORTUELO PLAZA; JL. “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: régimen jurídico, Relaciones Laborales; nº 5, 2014, pág 115.

denomina tasa de sustitución, es decir, el poder adquisitivo que pierde el trabajador cuando pasa al retiro laboral. Este concepto es importante porque está regulado en términos generales en la Constitución Española (en adelante CE), en concreto el artículo 50 CE dispone que: “Los poderes públicos garantizarán mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad”. A tenor de este precepto, el Estado debe realizar políticas de gasto público e incentivar a los ciudadanos a la contratación de instrumentos de previsión social que completen las pensiones públicas con el objetivo de que el bienestar social permanezca estable.

Sin embargo, el problema no está en la restricción presupuestaria porque el gasto público en pensiones en España, está por debajo de la media de la Unión Europea. El problema está centrado en el ingreso público para financiar las pensiones públicas. Actualmente la seguridad social satisface las pensiones públicas de carácter contributivo con las cotizaciones a la seguridad social; además de las pensiones de viudedad y orfandad. Sin embargo, las prestaciones asistenciales, las pensiones no contributivas y para de las contributivas que no llegan al mínimo para cobrar la pensión (las llamadas complementos por mínimos) son financiadas por el Estado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

En este aspecto, el Gobierno tendría que plantearse el desvincular la financiación de las pensiones de viudedad y las de orfandad con las cotizaciones obligatorias a la seguridad social y financiar estas partidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado vía impuestos y, en su caso, aumentar las cotizaciones a la seguridad social para las rentas del trabajo más altas.

Hay países como Dinamarca que van más allá, al desvincular el pago de las pensiones de las cotizaciones del trabajador. Este país define el Derecho a percibir una pensión de vejez como un Derecho de ciudadanía no vinculado a la vida laboral previa de la persona y financiar todas las prestaciones con la recaudación obtenida por impuestos. Ante esta situación, cabría una medida de dudosa legitimidad que conllevaría bajar las pensiones públicas con carácter coyuntural, al menos hasta que desaparezca el efecto del *baby-boom*, manteniendo un mínimo vital que satisfaga las necesidades básicas de las personas jubiladas. Esta situación no sería justa desde el punto de vista de la equidad ni de la justicia social. No obstante, esta situación tendría sentido si estuviéramos ante un escenario de descentralización territorial de las pensiones públicas en la que el Estado mediante un fondo específico de compensación interterritorial compensara a las Comunidades Autónomas con menor renta per-cápita. Esta situación comportaría la cesión de más competencias tributarias a los entes autonómicos y establecer unos adecuados puntos de conexión en términos de residencia laboral para que no se planteen situaciones de conflictos en la aplicación de la norma tributaria.

IV. SISTEMA DE REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES PÚBLICAS

El libro blanco (2012) sobre “Agencia para unas pensiones adecuadas seguras y sostenibles” aduce que pequeñas oscilaciones en la cuantía de las pensiones públicas más bajas puede dar lugar a tasas de pobreza muy significativas en cierto sector de los pensionistas. Es esencial que las entidades públicas tomen conciencia de este hecho y prevengan que las tasas de reemplazo sean elevadas.

Para que no se produzca este empobrecimiento de la población jubilada es necesario que las pensiones sean dignas y se vayan revalorizando con arreglo a un índice que recoja el incremento del nivel de vida.

De esta forma, se cumpliría con el mandato constitucional regulado en el artículo 50 de la CE el cual obliga a los poderes públicos a garantizar la suficiencia económica durante la tercera edad mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, aunque siempre han estado revalorizándose acorde al IPC desde el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2011 se barajaron otros criterios sobre la actualización de las pensiones públicas que tomaron en consideración otros índices como el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía o el cómputo de la totalidad de las cotizaciones a la seguridad social al igual que otros países de nuestro entorno.

Hacer depender las pensiones públicas del crecimiento de la economía supone que en épocas de recesión económica las revalorizaciones de las pensiones públicas son inferiores al crecimiento salarial sin que aquellas tengan que sufrir una revalorización negativa¹⁴.

La crisis económica que España sufre desde 2007 ha incidido negativamente sobre la revalorización de las pensiones públicas. En el año 2011, por ejemplo, se suspendió la revalorización de las pensiones públicas excepto para las pensiones no contributivas y las mínimas.

Con la promulgación de la Ley 23/2013 y la limitación sobre el endeudamiento público contenido en el artículo 135 de la CE se regula un nuevo sistema para la revalorización de las pensiones públicas¹⁵.

En concreto, el artículo 7 Ley 23/2013 modificó el artículo 48 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de modo que las pensiones públicas serán incrementadas en función de un índice de revalorización previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado que va a estar ligado a variables de tipo presupuestario como el crecimiento de los ingresos, el número de pensiones; así como por los efectos de sustitución entre pensionistas¹⁶.

Este índice de revalorización no admite signo negativo, ni tan siquiera que el índice fuese nulo, aun cuando se produzca una disminución en el crecimiento económico. Se prevé en la norma social que las pensiones públicas de las seguridad social y las demás correspondientes a las clases pasivas tendrán como mínimo una revalorización del 0.25 por ciento pero por otra parte, no podrán ser superior a la variación porcentual del índice de precios de consumo en el período anual anterior a diciembre del año t, más un 0.5 por ciento.

¹⁴ DE LA PUENTE LAVÍN, M. *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectiva de futuro*, Comares, Granada, 2006; pág 187.

¹⁵ El artículo 135 CE dispone que: "Todas las administraciones públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria". Del precepto transcrito es evidente que la seguridad social está sometida al principio de estabilidad presupuestaria lo que se traduce en que debe vigilar la posibilidad de incurrir en un déficit que supere los márgenes establecidos por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, JL y FERNÁNDEZ BERNAT, A. *La sostenibilidad de las pensiones públicas*. Tecnos, 2014, pág 120.

El hecho de revalorizar las pensiones tiene un trasfondo económico y social muy importante porque como se ha reseñado una gran parte de la población española está en situación de retiro laboral y podrían empobrecerse con las repercusiones sociales que ello conlleva en un estado de bienestar como el de España. Pero además del empobrecimiento que podría originarse para un amplio espectro de la población española no lo es menos para casi 4,5 millones de hogares que dependen exclusivamente de las pensiones de los familiares con los que en muchos casos conviven.

Esta situación analizada desde un punto de vista económico crea un círculo cerrado de estancamiento del consumo privado porque ante una insuficiente revalorización de las pensiones públicas, puede haber un descenso en el consumo de esta importante parte de la población española con el impacto negativo que conllevaría en la creación y mantenimiento de las empresas y con ello en la creación de empleo.

En concordancia con la revalorización de las pensiones públicas, el Tribunal Constitucional en la STC 134/1987, de 21 de julio afirma que de la lectura de los artículos 41 y 50 de la CE, el Estado no está obligado a mantener las pensiones previstas inicialmente. Esta cuestión se traduce en que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una determinada pensión cuando alcancen la edad de jubilación o lo que es lo mismo, las prestaciones de la seguridad social no tienen por qué ser proporcionales a las cotizaciones y contribuciones de los afiliados.

No obstante, para cumplir con el principio de suficiencia en las pensiones públicas, las prestaciones no deben ser mínimas sino que tendrían que ser suficientes y adecuadas, es decir, deben permitir un nivel de vida no muy inferior al que mantenían mientras estaban en una situación de actividad laboral activa.

La STC 190/1990, de 30 de mayo incide en que no se deben congelar las pensiones públicas de forma ilimitada en el tiempo y si es de forma temporal habría que actualizar en todo caso las pensiones más bajas y mínimas ya que en caso contrario no se garantizaría el poder adquisitivo de aquellos pensionistas cuyo único ingreso es la pensión pública.

Desde un punto de vista jurídico aunque el cambio en el sistema de revalorización de las pensiones no está afectado por la retroactividad en el sentido de que este cambio no afecta al concepto de pensión pública sino únicamente al sistema de cálculo de las mismas. Sí podría incidir negativamente en la confianza que los ciudadanos tienen en la estabilidad de sus derechos cuando éstos son modificados de forma desproporcionada¹⁷.

¹⁷ Vid STC 234/1990. En definitiva, podría suscitarse una lesión al principio de seguridad jurídica en las expectativas de los ciudadanos en la estabilidad normativa que incide directamente en una cuestión tan trascendente como las remuneraciones de los pensionistas. Cfr JUAREZ CORUJO; B, Las sombras del inquietante proyecto de la Ley reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorizaciones del sistema de seguridad social. “*Documentación Laboral*”; nº 99; 2014; pág 40.

V. MEDIDAS FISCALES Y LABORALES PARA MEJORAR LA TASA DE DEPENDENCIA LABORAL Y DE SUSTITUCIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LOS PLANES DE PENSIONES

Las medidas o recomendaciones que se van a exponer a continuación sin duda van a incidir positivamente en la sostenibilidad de las pensiones públicas, sin embargo, lo difícil no es proponer medidas económicas, laborales o fiscales sino en qué medida aplicar cada una de ellas, es decir, cuáles hay que aplicar, cuándo y en qué medida.

Inicialmente, dado que el factor de sostenibilidad basado en la esperanza de vida de las personas físicas reducirá las pensiones públicas contributivas, una de las propuestas, va dirigida a incentivar que las personas físicas contraten un plan de previsión social alternativo como complemento a la pensión pública del Estado.

Aunque hay varios instrumentos de previsión social privados como los planes de pensiones, los planes de previsión asegurados y los planes de previsión empresarial, nos centraremos en los planes de pensiones ya que son los más contratados pues son ofertados mayoritariamente por las entidades financieras mientras que los otros dos sólo pueden ser ofertados por las entidades aseguradoras.

Este plan de previsión social de carácter privado permitirá que las personas físicas cuando se jubilen puedan complementar lo percibido por la pensión pública minimizando en gran parte la tasa de sustitución y así, garantizar casi el mismo poder adquisitivo que tenía el trabajador antes de jubilarse. Desde la regulación de los planes de pensiones por la Ley 8/1987, de 8 de junio, estos instrumentos de previsión social siempre han estado bonificados fiscalmente aun cuando a finales de los años 80 no existían los problemas que presentan actualmente el pago de las pensiones públicas.

No obstante, hay que hacer algunas matizaciones respecto a los planes de pensiones. En principio estos instrumentos de previsión privados generan rentabilidades financieras superiores a los sistemas públicos aunque es verdad que no se puede asegurar a los ahorradores los riesgos inherentes a esta inversión como por ejemplo la inflación, tipos de interés, índices bursátiles y una posible quiebra del sistema financiero aunque, en determinados casos, las entidades financieras garantizan la titularidad de las cantidades aportadas cuando se produce el rescate de los planes de pensiones.

Esta situación no se produce con los sistemas de reparto de la seguridad social porque éstos se mantienen más estables durante más tiempo en su capacidad de actuación como estabilizadores automáticos lo que sirve para reducir las necesidades sociales de la ciudadanía agravadas en esa coyuntura y al mismo tiempo para sostener el consumo y así evitar una caída más intensa de la actividad económica.

Analizando fiscalmente los sistemas privados de capitalización, en concreto los planes de pensiones, la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante IRPF) regula una serie de reducciones en la base imponible general de este impuesto que reducen sensiblemente el gravamen de este impuesto a aquellas personas que cumplan unos requisitos ligados a la actividad desarrollada, a la cuantía de las aportaciones y en situaciones especiales, de incapacidad o dependencia, se tienen en cuenta los aspectos subjetivos de los contribuyentes.

El artículo 51 LIRPF regula la posibilidad de que los contribuyentes opten por reducir la base imponible general del IRPF las aportaciones realizadas por los partícipes a planes

de pensiones, incluyendo las contribuciones del promotor que les hubiesen sido imputadas en concepto de rendimiento de trabajo.

Sin embargo, este beneficio fiscal tiene un límite tributario regulado en el artículo 52 LIRPF para el conjunto de instrumentos de previsión social privados.

El precepto marca como cantidad máxima a reducir la menor de dos cantidades:

- a) El 30 por ciento de la suma de los rendimientos netos del trabajo personal y de actividades económicas percibidas individualmente en el ejercicio.
- b) 8000 euros anuales.

Habría que hacer algunas matizaciones sobre la contratación de este instrumento de previsión privada que se dirige fundamentalmente a complementar el sistema público de las pensiones públicas.

En primer lugar, el artículo 52 LIRPF discrimina en la aplicación de este beneficio fiscal a parte de la población cuya actividad sea el arrendamiento de bienes inmuebles o la inversión en valores mobiliarios o simplemente que se dediquen a la especulación enajenando y comprando bienes y derechos¹⁸.

Las personas físicas empiezan a tener ciertos recelos a estos instrumentos de previsión, regulados fundamentalmente en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ya que la fiscalidad de los mismos, sobre todo, las condiciones de acceso a los beneficios fiscales están continuamente modificándose y ello no permite al contribuyente tener una seguridad jurídica en cuanto a su planificación fiscal. Además, hay que considerar la rigidez en cuanto a su rescate que presentan estos instrumentos de previsión privada, lo que impiden a las personas físicas que contrataron un plan de pensiones movilizar sus derechos consolidados a otros instrumentos de ahorro privado que les pueda generar mayor rentabilidad¹⁹.

En colación a lo anterior, el legislador ha derogado recientemente, parte del beneficio fiscal en las aportaciones a los planes de pensiones para los contribuyentes con más de 50 años. Este cambio normativo, no tiene mucho sentido para los planes de pensiones que están asociados al ciclo vital de las personas físicas. Las personas físicas a partir de los 50 años empiezan a tener menos cargas familiares y la mayoría sin cargas hipotecarias. Esta situación les permite tener más liquidez y pueden aportar más cantidades a los planes de pensiones. Este colectivo es el que en un futuro no muy lejano va a experimentar el pago de las pensiones públicas acorde a unas estimaciones sobre la esperanza de vida por lo que posiblemente, busquen otros instrumentos de ahorro para completar sus pensiones públicas.

¹⁸ Este sector de la población se ve compelido a diseñar la financiación de su jubilación con aportaciones a seguros de vida o a cualquier otro instrumento financiero que les reporte una renta vitalicia acorde a su estándar de vida.

¹⁹ Se ha introducido la posibilidad de rescatar las aportaciones realizadas con más de 10 años de antigüedad. En concreto la Ley 26/2014 de reforma fiscal introdujo una nueva ventana de liquidez para los productos de ahorro inversión. En esta norma se regula el derecho de los partícipes a rescatar las aportaciones con más de 10 años de antigüedad contando a partir del 1 de enero de 2015 la cuales se percibirán a partir del 1 de enero de 2025. Queda pendiente de desarrollo reglamentario los límites cuantitativos del rescate de las aportaciones realizadas.

Otra de las objeciones que se pueden hacer a los planes de pensiones, es que al ser un instrumento que busca el que las personas físicas coloquen parte de sus ahorros, no son equitativos y se contraponen a la naturaleza redistributiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el sentido de que sólo las personas con mayor capacidad contributiva tienen la posibilidad de invertir parte sus ahorros en estos instrumentos de previsión privada que son en definitiva los que no van a sufrir el descenso en sus pensiones públicas.

Esta situación va a empobrecer a las personas con rentas más bajas cuyas pensiones se verán disminuidas por tener una base reguladora más baja y por la imposibilidad de completar las pensiones públicas con un sistema de capitalización privado.

Otra modificación que el legislador realizó en los instrumentos de previsión social es la eliminación de la reducción del 40 % en las percepciones de los planes de pensiones, lo que condiciona a los partícipes a rescatar la percepción del plan de pensiones a través de una renta vitalicia y a evitar parcialmente la progresividad del IRPF.

Respecto a la consideración jurídica de las rentas percibidas por los instrumentos de previsión privados, habría que estudiar la posibilidad de que sólo tributara el rendimiento generado, es decir, la diferencia entre ingreso y gastos y catalogados jurídicamente como capital mobiliario. Al ser considerado como instrumento de ahorro tendría que integrarse en la base imponible del ahorro en el IRPF sometido a unos tipos impositivos fijos en función del rendimiento generado.

Desde una visión presupuestaria, habría que desvincular las pensiones de viudedad y las de orfandad de los ingresos de las cotizaciones sociales y financiarlas a través de impuestos.

Esta sería una medida coyuntural tendente a financiar las jubilaciones de la generación del *baby boom*, las cuales, incrementarán el coste de la seguridad social considerablemente. Para entonces se espera que el crecimiento económico se haya relanzado y pueda atenuar el coste de las pensiones debido al incremento de los pensionistas.

Insistiendo en la misma figura impositiva, en mi opinión, se podría establecer un sobre gravamen finalista en el IRPF a través de la escala de gravamen progresiva que se aplica a la base imponible general del IRPF dirigida al pago de las pensiones. Sin embargo, el gravamen finalista tendría que articularse jurídicamente de manera que los contribuyentes que tendrían que contribuir, serían aquellos cuya base imponible general del IRPF superase la pensión máxima anual que fija la seguridad social para que no se produjese detracciones de algunos pensionistas para pagar a otros pensionistas.

Desde la imposición indirecta, en mi opinión, habría que incrementar los tipos impositivos de los impuestos especiales como: alcohol y tabaco fundamentalmente, sobre todo, por el incremento del coste sanitario que conllevan para la población en general pero con más intensidad en la población jubilada.

Si el problema se tornase de carácter estructural y, por tanto, las medias coyunturales no tuvieran el efecto requerido, entonces habría que tratar el coste de las pensiones públicas, como ya se ha apuntado, desde un punto de vista presupuestario; es decir, en el montante de los gastos públicos estaría incluido el coste de las pensiones tanto

contributivas como no contributivas, siendo ambas financiadas por los ingresos públicos, entre los que estarían lógicamente además de los tributos, todas las cotizaciones a la seguridad social, pero sin estar afectos estos ingresos públicos al pago de las pensiones públicas.

En este escenario, el Estado puede tener un mayor control en el sostenimiento de las pensiones públicas porque podría incrementar algunas de las partidas de los ingresos públicos, bien mediante la elevación de los tipos de gravamen de algunas figuras tributarias como, por ejemplo, las relacionadas con la imposición indirecta o bien simplemente mediante la reducción de otras partidas presupuestarias relacionadas con el gasto público pero siempre respetando el principio de estabilidad presupuestaria.

A título ilustrativo, y si perjuicio de lo expuesto anteriormente el legislador a iniciativa del gobierno podría plantearse las siguientes medidas específicas de carácter tributario.

1) Reestablecer la deducción en el Impuesto sobre Sociedades de la deducción por aportación a planes de pensiones de los trabajadores²⁰.

2) En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se deberían ampliar los límites de las aportaciones a los planes de pensiones, diferenciando las cantidades objeto de reducción en función de la edad del contribuyente y de los años que hubiese cotizado a la seguridad social.

3) Se tendría que volver a hacer una diferenciación entre las aportaciones del promotor y las del trabajador en relación a los límites de reducción aplicables a las aportaciones a los planes de pensiones objeto de reducción en la base imponible general del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Sin embargo, en este aspecto como el beneficio fiscal de los planes de pensiones muestra un carácter regresivo, tan sólo tendría que estar bonificada, en mi opinión, la aportación del promotor a contribuyentes de rentas salariales medias y bajas, negando la posibilidad de reducir la base imponible general a las aportaciones hechas por el promotor a los contribuyentes con rentas más altas²¹.

4) Respecto a la consideración jurídica de las rentas percibidas por los instrumentos de previsión privados, habría que estudiar la posibilidad de que sólo tributase el rendimiento generado, es decir, la diferencia entre ingresos y gastos habría que calificarlo como rendimiento de capital mobiliario, y éste, como procede de un instrumento de capitalización, tendría que integrarse en la base imponible del ahorro sometido a unos tipos impositivos fijos en función de los rendimientos generados²².

5) Están surgiendo determinados seguros privados que establecen la exención tributaria del importe total percibido como ocurre con los seguros individuales de vida a largo plazo los cuales están diseñados para que la persona física ahorre y complemente la

²⁰ El artículo 43 del RDLeg 4/2004, de 5 de marzo (Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades) disponía que: "El sujeto pasivo podrá practicar una deducción en la cuota íntegra del 10 por ciento de las contribuciones empresariales imputadas a favor de los trabajadores con retribuciones brutas anuales inferiores a 27.000 euros siempre que tales contribuciones se realicen a planes de pensiones de empleo".

²¹ Cfr SANCHEZ PEDROCHE, JA. *Ahorro y Fiscalidad*; Edersa; Madrid; 2006; pág 58

²² Cfr ARRANZ DE ANDRÉS, C: *Fiscalidad de los planes de pensiones transnacionales y transfronterizos en el IRPF e IRNR*; Wolters Kluwer- CISS; Valencia; 2010; pág 61.

pensión pública. Tan sólo se exige que se mantenga el plan de ahorro durante cinco años y se aporte una cantidad anual inferior a 5000 euros.

6) También en el propio IRPF se debería estudiar la posibilidad de incrementar el beneficio fiscal cuando el contribuyente tuviese cargas familiares de manera que aquellos matrimonios que tuviesen 3 o más hijos, el legislador tendría que incrementar notablemente las deducciones fiscales familiares. Con esta propuesta, se podría incentivar en alguna proporción la natalidad.

7) En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se tendría que estudiar la conveniencia de aumentar la reducción actual que existe en las distintas normativas autonómicas e intentar igualarlas en su cuantía, en relación con la herencia de los seguros de vida como consecuencia del fallecimiento del tomador del seguro cuando éste no coincide con el beneficiario del mismo. No obstante, en mi opinión lo ideal sería asimilar el tratamiento fiscal que tienen los planes de pensiones en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones al que tienen los seguros de vida, es decir, dejar fiscalmente la operación no sujeta a dicho impuesto²³.

Entre las medias específicas que podrían adoptarse en el campo laboral para contribuir a la recuperación económica y con ello para recaudar más ingresos públicos para el pago de las pensiones públicas podríamos señalar las siguientes:

1) El legislador podría bonificar temporalmente las cotizaciones que las empresas tienen que realizar por sus trabajadores diferenciando según la edad de los trabajadores, lo que supondría inicialmente un mayor coste financiero para la Administración pero con el tiempo puede redundar en la creación de empleo por las empresas y con ello aumentar la masa de cotizantes a la seguridad social.

2) En colación con el punto anterior se podría plantear el destapar la base de cotización de los trabajadores. Esta medida no sólo originaría mayores ingresos públicos afectos al pago de las pensiones contributivas sino también evitaría una ruptura del principio de contributividad y de progresividad, pues las rentas más altas quedan exoneradas de cotizar por las cuantías que sobrepasan dicho tope, máxime cuando en los últimos años ni siquiera han evolucionado conforme el IPC real. Se estima que un incremento progresivo en el tiempo, hasta alcanzar, al menos, un 15 por ciento de la base máxima supondría una mejora del 0.18 por ciento del PIB²⁴.

3) Retrasar la edad de jubilación en función de la esperanza de vida de la población española. En este sentido, no siempre tiene que ir aumentando la esperanza de vida al mismo ritmo, es más, se podría producir una ralentización en el incremento de la esperanza de vida, si persisten los efectos de la crisis económica y determinados servicios públicos pierden calidad o lo que es peor que disminuya la prestación de los mismos por falta de una adecuada dotación presupuestaria.

²³ En muchas ocasiones los planes de pensiones diferencian entre el tomador y el beneficiario, siendo personas físicas distintas lo que coincide con los aspectos subjetivos regulados en los seguros de vida.

²⁴ Cfr MONEREO PÉREZ; JL; FERNANDEZ BERNAT;JA. *La sostenibilidad de las pensiones públicas*; op cit, pág 167

4) El Estado podría añadir legalmente un sistema de capitalización en la seguridad social de carácter complementario, es decir, combinar el sistema de reparto con el de capitalización de manera que mediante Ley se obligara a las empresas a detraer de los salarios del trabajador un porcentaje para ingresarlo en un plan de pensiones de empleo de carácter público aunque podrían ser gestionados por entidades financieras. De esta forma, la pensión pública que le pueda quedar al trabajador una vez alcance la edad de jubilación podría ser complementada con el rescate de un instrumento de previsión social. Esta situación, sería considerada por los ciudadanos como una prestación pública de carácter coactivo establecida por el ente público y que bajo el artículo 31.3 de la Constitución tendrá que ser establecida con arreglo a la Ley.

5) Respecto a los profesionales que ejerzan la actividad como autónomos, las cotizaciones a la seguridad social tendrían que estar en relación a las rentas reales y no, a cantidades fijas predeterminadas legalmente

VI. CONCLUSIONES

El envejecimiento de la población es un problema de primera magnitud que como tal exige una respuesta global de los poderes públicos por la implicación económica y social que tiene. De no tomar acciones públicas para atenuar el problema descrito, el modo de producción de riqueza y el tipo de sociedad en que vivimos estarían abocados a la quiebra.

España al igual que muchos países de la Unión Europea están llevando a cabo modificaciones de gran calado en el sistema de la seguridad social confluyendo todas en la regulación de un factor de sostenibilidad que parte de la base de que el sistema de prestación definida debe sustituirse por el sistema de aportación definida en el que una vez alcanzada la edad de jubilación lo que se percibirá estará en función de la esperanza de vida de la población tomando como referencia un determinado año.

Sin duda, con este sistema de percepciones públicas basadas en el factor de sostenibilidad van a disminuir la cuantía de las pensiones públicas percibidas porque la misma prestación se va a repartir durante más años.

La Ley 23/2103 donde se regula de forma efectiva el factor de sostenibilidad no distingue el cálculo de la esperanza de vida en función del sexo ni del tipo de actividad laboral que ha desarrollado la persona que accede a la jubilación, a pesar de haber diferencias significativas. De *lege ferenda*, el legislador tendría que tomar en cuenta estas diferencias para que el sistema de reparto de la seguridad social ganase en justicia y equidad social.

Por otra parte, al desvincular la actualización de las pensiones públicas del incremento del nivel de vida, es decir, del IPC se corre el riesgo de empobrecer a un sector de la población que perciba las pensiones contributivas más bajas. En mi opinión, el Estado aunque apuesta por la reducción del gasto público para dar viabilidad al sistema de reparto de la seguridad social debería plantearse dar un mayor protagonismo a los ingresos tributarios en el pago de las pensiones públicas asumiendo la financiación de las pensiones de viudedad y las de orfandad, al menos, hasta que España llegue a una senda de crecimiento económico cercano al 3 por ciento del Producto Interior Bruto y

pase el incremento del gasto público que durante 15 años se producirá con la jubilación del baby-boom.

No obstante, a pesar de que el concepto de envejecimiento de la población parece indicar sólo consecuencias negativas desde un punto de vista social y económico, hay también aspectos positivos que habría que destacar: en primer lugar el incremento en el envejecimiento de la población es un indicador del estado de bienestar de un país que confluje en la eficiencia y eficacia con la gestión y funcionamiento de los servicios públicos.

En el plano económico, el envejecimiento poblacional a nivel europeo toma como destino para disfrutar de la tercera edad a España, por muchos factores como el clima, cultura, dieta mediterránea, etcétera. Este hecho se traduce en que ciudadanos extranjeros, sobre todo, europeos elijan España como residencia para disfrutar de la vejez, realizando fuertes inversiones en capital inmobiliario bien, adquiriendo propiedades o alquilando estancias en residencias españolas enfocadas para el tercer ciclo de la vida. En ambos casos la incidencia en el PIB es positiva.

Recibido:16.09.2017. Aceptado:08.10.2017.

LA ACREDITACIÓN DE CENTROS DESTINADOS A PERSONAS MAYORES EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: UN INSTRUMENTO AL SERVICIO DEL EMPLEO Y LA CALIDAD ASISTENCIAL

THE ACCREDITATION OF CENTRES FOR ELDERLY PEOPLE IN A SITUATION OF DEPENDENCY: A TOOL AT THE SERVICE OF EMPLOYMENT AND CARE QUALITY

FERNANDO JIMENO JIMÉNEZ

Funcionario público (IMSERSO).España

RESUMEN

La presente investigación pretende analizar el desarrollo normativo autonómico sobre acreditación de centros residenciales y diurnos / nocturnos destinados a personas mayores en situación de dependencia, de manera concreta, en materia de recursos humanos. La acreditación se configura como instrumento de calidad asistencial y generación de empleo.

Se estudia el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD de 27/11/2008 (modificado parcialmente el 7/10/2015), donde se fijan criterios comunes sobre titulación y formación directiva, ratios mínimas de plantilla global y específica para Gerocultor/a o similar. Se configura la base normativa que cada Comunidad Autónoma deberá desarrollar o adaptar en el marco de su competencia.

Transcurrido el tiempo, se constata cómo el Acuerdo apenas ha sido desarrollado en cada ámbito territorial, se mantiene vigente en algunas autonomías la normativa preexistente y existe disparidad autonómica sobre requisitos de plantillas mínimas globales y específicas.

PALABRAS CLAVE: Acreditación, centros residenciales, centros diurnos / nocturnos, personas mayores, situación dependencia

ABSTRACT

This research aims to analyse the regulatory development of the autonomous regions on the accreditation of residential centres and day/night centres for elderly people in a situation of dependency, specifically, in human resources. The accreditation is configured as an instrument of care quality and job creation.

It is studied the Agreement of the Territorial Council of the *SAAD* of 27/11/2008 (partially modified on the 7/10/2015), where the common criteria on qualification and complementary training, minimum ratios of global and specific staff for geriatric caregivers or similar are established. The normative basis that each Autonomous Community will have to develop or adapt within the framework of their competence is configured.

As time has gone by, it is verified how the Agreement has barely been developed in each territorial area, the preexisting regulations are still in force in some of the autonomous regions and there is a disparity in the requirements of the minimum global and specific staff in the different autonomous regions.

KEYWORDS: Accreditation, residential centres, day/night centres, elderly people, situation of dependency.

SUMARIO

I. EL SISTEMA DE DEPENDENCIA ESPAÑOL Y LA ACREDITACIÓN DE CENTROS

A. EL SISTEMA DE DEPENDENCIA ESPAÑOL Y LA PREFERENCIA POR LA ASIGNACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

B. DESARROLLO DEL ARTÍCULO 34.2 DE LA LAPAD: CRITERIOS COMUNES DEL CONSEJO TERRITORIAL EN MATERIA DE ACREDITACIÓN

C. CRITERIOS COMUNES DE ACREDITACIÓN EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS EN CENTROS PARA PERSONAS MAYORES

D. MISIÓN DEL ACUERDO DE CRITERIOS COMUNES DEL CONSEJO TERRITORIAL DE 27/11/2008

II. DESARROLLO NORMATIVO AUTONÓMICO DE LOS CRITERIOS COMUNES DE ACREDITACIÓN EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS EN CENTROS PARA PERSONAS MAYORES

III. CONCLUSIONES

I. EL SISTEMA DE DEPENDENCIA ESPAÑOL Y LA ACREDITACIÓN DE CENTROS

A. EL SISTEMA DE DEPENDENCIA ESPAÑOL Y LA PREFERENCIA POR LA ASIGNACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

La aprobación de Ley 39/06, de promoción de la autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia¹ (LAPAD), supone un punto de inflexión en materia de cuidados de larga duración², un intento de equiparación en materia de bienestar social con los países de nuestro entorno. El nuevo derecho subjetivo generado queda enmarcado en un modelo protector de naturaleza universal, con una tendencia nítida dirigida al fomento de la atención profesional y al respiro del cuidador tradicional. Implica un antes y un después, un cambio estructural superador de un sistema basado exclusivamente en actuaciones familiares.

Surgida la necesidad, el nuevo sistema de protección manifiesta una preferencia por la asignación de servicios como respuesta a la situación de dependencia. El artículo 14.4 de la LAPAD declara la excepcionalidad de la prestación económica para cuidados familiares frente a la actuación prioritaria de los servicios profesionales³.

¿Qué puede entenderse por servicio profesional? El potencial catálogo de servicios es definido en el artículo 15 de la Ley 39/06, incluyendo el tradicional acceso al (1) ingreso en centro residencial, el ampliamente demandado (2) servicio de ayuda a domicilio, (3) los centros diurnos / nocturnos, a mitad de camino entre los anteriores, (4) la teleasistencia domiciliaria, donde la tecnología facilita sus medios en apoyo del usuario y la detección de situaciones de urgencia y, finalmente (5) los programas de promoción y prevención de la autonomía, en fase de desarrollo. La (6) prestación económica vinculada al servicio y (7) la de asistente personal formarían parte del catálogo, todo vez que la primera se concede ante la ausencia de servicio público y demandar su prestación en el ámbito privado, y la segunda por tener como finalidad la promoción de la autonomía individual.

El nuevo modelo de protección pretende un avance en materia de calidad en la ejecución de las actuaciones y en el logro del objetivo de una gestión más eficaz (artículo 34.1 de la LAPAD), motivo por el que el legislador encomienda la elaboración de unos criterios homogéneos de acreditación al Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (34.2), órgano de cooperación de composición paritaria Estado / Comunidades Autónomas (CC. AA.), todo ello, sin perjuicio de la competencia normativa propia de cada autonomía.

¹ Ley 39/06, de 14 de diciembre, publicada en el BOE de 15 de diciembre de 2006, núm. 299.

² La situación de dependencia queda definida por la valoración resultante de padecer limitaciones que impiden la realización de actos esenciales para la vida diaria y necesidad de tercera persona en la realización de cuidados.

³ De acuerdo con la información suministrada por el Sistema de Dependencia del IMSERSO, en julio de 2017 dos de cada tres programas reconocidos son servicios (66,45%), y el tercio restante (33,55%) prestaciones económicas para cuidados familiares (consulta septiembre 2017).

<http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/estsisaad20170731.pdf>.

¿Qué es la acreditación de un centro o un servicio? La acreditación supone la comprobación por parte de la entidad gestora en materia de servicios sociales, las CC. AA. y el IMSERSO para Ceuta y Melilla, del cumplimiento de determinados requisitos y estándares de calidad (materiales y equipamiento / recursos humanos) y emisión, en su caso, de la posterior resolución de autorización administrativa.

B. DESARROLLO DEL ARTÍCULO 34.2 DE LA LAPAD: CRITERIOS COMUNES DEL CONSEJO TERRITORIAL EN MATERIA DE ACREDITACIÓN

La habilitación del artículo 34.2 de la Ley 39/06 se ha plasmado en el Acuerdo del Consejo Territorial de 27/11/2008⁴, donde se aprueban los criterios comunes de acreditación de centros y servicios. Se fija un doble ámbito de supervisión. Por una parte, los recursos humanos, fijando dotaciones mínimas en función de la tipología de centros y la intensidad de los cuidados, así como requisitos de titulación y la necesidad de programas de formación; por otra, los recursos materiales, equipamiento y documentación básica (reglamento régimen interior, plan de calidad, plan de emergencia, protocolos de actuación, condiciones de accesibilidad, aseguramiento de responsabilidad civil, carta de servicios, entre otros). No cabe duda que prima en la redacción una apuesta por calidad en el empleo y el fomento de la profesionalidad como instrumentos de mejora en la prestación de cuidados. Posteriormente el Acuerdo de 27/11/2008 fue modificado por el 07/10/2015⁵ con la finalidad de adaptar los criterios aplicables al colectivo de Gerocultor/a y similares a la realidad laboral y educativa de esta importante categoría laboral.

La acreditación está dirigida a las entidades privadas. Tanto empresas como organizaciones sin ánimo de lucro⁶ son destinatarias últimas del proceso de verificación del cumplimiento de los estándares y requisitos de calidad. No es exigible la autorización administrativa en los centros públicos, por presuponer que superan los requisitos mínimos aunque, en el supuesto de falta de cumplimiento, quedan sometidos a la obligación de adaptarse.

¿Para qué sirve la acreditación? La obtención de la credencial por un centro o servicio no solo demuestra la certificación de un determinado nivel de calidad, sino que facilita la inclusión de la empresa en la red del sistema de dependencia. En este sentido, la acreditación es condición indispensable para actuar en dos ámbitos:

- 1- Por un lado, para que puedan las CC. AA. concertar plazas o servicios con entidades privadas (artículo 16.1 LAPAD)
- 2- Por otro, cuando el interesado pretenda acceder a la prestación económica vinculada al servicio ante la inexistencia de recurso público⁷.

⁴ La Resolución de 02/12/2008 de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad publica el Acuerdo del Consejo Territorial de 27/11/2008.

⁵ La Resolución de 03/11/2015 de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad publica el Acuerdo del Consejo Territorial de 07/10/2015.

⁶ Tercer Sector en denominación del artículo 2.8 de la Ley 39/06.

⁷ Si las CC. AA. no disponen de plaza en centro o servicio propio o concertado, pueden reconocer la prestación económica vinculada al servicio. Su naturaleza finalista obliga al interesado a justificar con facturación el destino del importe concedido, pudiendo únicamente contratar la prestación de los servicios con entidad previamente acreditada.

Por tanto, es la superación del filtro de la acreditación la que facilita al sector privado la inclusión en el marco de la LAPAD, debiendo para ello realizar un esfuerzo inversor en la mejora de infraestructuras⁸ y plantillas. Su vigencia es temporal (4 años), con acotamiento territorial para cada autonomía.

Como muestra del ámbito potencial de actuación y de la trascendencia del proceso de acreditación, para el año 2014 son financiadas privadamente en España el 53% de las plazas residenciales destinadas a personas mayores⁹, el 37% de las correspondientes a centros diurnos / nocturnos y la casi totalidad de la ayuda a domicilio, servicio sometido casi en exclusiva a externalización.

C. CRITERIOS COMUNES DE ACREDITACIÓN EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS EN CENTROS PARA PERSONAS MAYORES

En los párrafos anteriores se ha indicado la doble exigencia prevista en materia de acreditación, los requisitos materiales y los humanos. Las siguientes páginas se centrarán en las ratios mínimas en materia de personal que deben superarse para alcanzar la autorización administrativa, por referirse la presente exposición a la concreción autonómica en materia de empleo.

De igual forma, dada la amplitud que supondría, se pretende analizar el alcance que supone en el colectivo de personas mayores que reciben atención en centros asistenciales (residenciales y diurnos / nocturnos), justificando esta elección en el hecho de vincularse la situación de dependencia con el envejecimiento. Así, de conformidad con la información facilitada por el IMSERSO¹⁰ referida al mes de julio de 2017, el 72,08% de las personas dependientes ha cumplido 65 o más años, donde el 54,43% alcanza y supera la edad de 80 años.

En el desarrollo de este texto se analizará la incidencia de la acreditación en centros residenciales y diurnos / nocturnos. La residencia es alternativa a la permanencia en el domicilio familiar, facilita una atención integral del usuario durante toda la jornada, bajo un enfoque biopsicosocial, con servicios continuados de carácter personal y sanitario (artículo 25 LAPAD). El centro diurno / nocturno aplica el mismo diseño, aunque ceñido al marco temporal de la mañana (09.00 / 17:00, por lo general) o de la noche (a partir de las 21:00 / 22:00), con la finalidad de promover la autonomía y/o apoyar a los cuidadores familiares en tanto que programa de respiro (artículo 24 LAPAD).

⁸ Díaz Díaz, B. y García Ramos, R.; “La atención a la dependencia como motor de desarrollo económico”, Documentación Social. 2015. nº 177: 119-142.

⁹IMSERSO Observatorio de Personas Mayores (2015). “Las personas mayores en España. Informe 2014”. Para el año 2014, 196.356 sobre un total de 381.480 plazas residenciales para personas mayores. En centros diurnos para mayores, 32.015 respecto de las 54.404 utilizadas. En el servicio de ayuda a domicilio, 340.960 usuarios con 65 y más años.

¹⁰ IMSERSO, Estadísticas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (consulta septiembre 2017).

<http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/estsisaad20170731.pdf>.

El acuerdo del Consejo Territorial de 27/11/2008 incide en tres ámbitos en materia de empleo que deben cumplir los centros susceptibles de acreditación. Para ello fija unas condiciones mínimas circunscritas a:

- 1- La figura de la dirección del centro de mayores.
- 2- Una ratio global de plantilla.
- 3- Otra específica para cuidador/a, gerocultor/a o similar.

El incumpliendo de estos requisitos de plantilla mínima (dirección, global y específica de Gerocultor/a) implicaría no solo la denegación de la acreditación, sino la revocación de la misma una vez reconocida con motivo de algún seguimiento, lo que conllevaría la rescisión del concierto de plazas en su caso o la imposibilidad de justificar la prestación económica vinculada al servicio.

Es preciso tener en consideración, dado el volumen de empleo que generan los centros asistenciales, el contenido del artículo 38 de la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), al establecer una reserva de obligado cumplimiento del 2% de trabajadores con discapacidad en aquellas empresas con al menos 50 empleados.

El Director/a del centro asistencial de mayores asume un papel preponderante tanto en la gestión interna, como la externa. Es responsable de su buen funcionamiento y organización, asumiendo la representación ante los servicios sociales públicos. Por este motivo se fija como criterio común la necesidad de estar en posesión de titulación universitaria (Licenciatura, Diplomatura o Grado), complementada con formación en materias relacionadas con la dependencia (discapacidad, geriatría, dirección de centros, gerontología, entre otras). Ante esta importante innovación, se habilita una excepción basada en la trayectoria profesional. Así, las personas que vengan ejerciendo las tareas de dirección durante un periodo mínimo de tres años de experiencia, a pesar de no poseer titulación universitaria, mantendrán su situación siempre que demuestren la formación complementaria.

Parecen razonables las exigencias formativas principal y complementaria en la dirección, especialmente ante la responsabilidad que implica su singular posición jurídica, como la derivada de la aplicación del artículo 757.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), donde se obliga a comunicar al Ministerio Fiscal situaciones de posible incapacitación, situación habitual en centros destinados a personas mayores dependientes. En el mismo sentido, la cautela prevista en el artículo 271.1 del Código Civil, al establecerse la necesidad de obtener autorización judicial previa al ingreso residencial cuando la persona está afectada por deterioro mental.

Cuestión menos pacífica es la referida a la exigencia de una ratio de plantilla general en residencias y centros diurnos / nocturnos, toda vez que al entrar en vigor la Ley 39/06 la media¹¹ existente era inferior a la prevista en el Acuerdo de 27/11/2008. La configuración global de un centro suele estar determinada por la dirección, administración, puestos de atención directa al usuario (socio-sanitarios), hostelería,

¹¹ De conformidad con el Acuerdo de 27/11/2008, la plantilla media en centros residenciales de personas mayores se situaba entre 4 y 6 puntos porcentuales inferior a la ratio a implantar, motivo por el que se facilita un periodo transitorio hasta 2011. La prevista para centros diurnos/nocturnos estaba más ajustada.

limpieza y mantenimiento de instalaciones. Aunque no esté incluida en la ratio mínima de plantilla, no debe descartarse la importancia que adquieren las empresas suministradoras de alimentos y otros bienes¹².

Tabla 1: Ratios de plantilla global mínimas y simulación(elaboración propia)

	RATIO GRADO II	RATIO GRADO III	SIMULACIÓN PLANTILLA MÍNIMA
RESIDENCIA MAYORES (100 personas GRADO III y 40 GRADO II)	0,45	0,47	65 empleados (65 jornadas completas)
CENTRO DÍA MAYORES (20 personas GRADO II)	0,23	0,24	4,6 (4 jornadas completas y 24 horas semanales)

De conformidad con lo indicado en la tabla 1 se fijan dos ratios para cada centro en función de la situación de dependencia que tenga reconocida cada beneficiario. Para el grado II (dependencia severa) se establece una plantilla mínima en centros residenciales del 45% sobre el número de usuarios y del 47% para grado III (gran dependencia). En relación con los centros diurnos / nocturnos, 23% y 24% respectivamente.

Deben efectuarse dos matizaciones. Por una parte, el sistema de dependencia español solo permite el ingreso residencial para grados II y III, añadiendo el grado I (dependencia moderada) para los centros diurnos / nocturnos. Por tanto, se detecta una laguna en la fijación de la dotación de personal en los centros de día / noche cuando los usuarios tienen reconocido grado I, supuesto muy habitual en esta tipología de centros. Por otra, a los efectos del cómputo, se incluye a la totalidad de personas que prestan servicios en los centros, con independencia de la modalidad contractual, laboral o mercantil, tomando como referencia la jornada prevista en el convenio colectivo (1792 horas anuales para centros asistenciales¹³).

Con los parámetros reflejados en la tabla 1, un centro residencial con 100 beneficiarios en situación de gran dependencia y 40 con severa necesitaría al menos una plantilla de 65 personas a jornada completa, incluyendo la figura del Director/a en la misma. El centro diurno con 20 usuarios grado II, un mínimo de 4 trabajadores a tiempo completo y 24 horas semanales. En el supuesto, muy habitual, del centro residencial anterior con unidad de estancias diurnas, se realizaría sumatorio (69 trabajadores y 24 horas semanales), siendo posible de conformidad con la normativa autonómica que la dirección se común.

Dentro de esa plantilla global estaría incluido el colectivo de Gerocultores/as, el grupo más numeroso que presta servicios en el centro, sobre el que se establece un porcentaje específico. Para realizar sus tareas deberán estar en posesión de la cualificación en

¹²Rodríguez Castedo, Á. y Jiménez Lara, A.; “La atención a la dependencia y el empleo”. Laboratorios de Alternativas, Documentos de trabajo 159/2010.

¹³ Artículo 37 del convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, publicado en el BOE de 18/05/2012, núm.119, posteriormente con modificación en las tablas salariales.

Atención Sociosanitaria a Personas Dependientes en Instituciones Sociales (Real Decreto 1368/2007), aunque se establecen asimilaciones y equivalencias¹⁴. Como quiera que existe un importante núcleo de personas sin titulación, se ha previsto el denominado proceso de habilitación por parte de los Servicios Sociales autonómicos entre los Gerocultores/as con edad de 55 años o más (a 31/12/2015) y tres años de experiencia en la categoría profesional, necesitando acreditar la realización de las funciones durante 2.000 horas en los últimos diez años. En todo caso, se ha fijado el 31/12/2017 como fecha de cierre para obtener la cualificación por alguna de estas modalidades.

En la tabla 2 se reflejan las ratios mínimas previstas para Gerocultores/as. De manera detallada, en los centros residenciales el 28% y 27% respectivamente para grados III y II. En centros diurnos / nocturnos, 15% y 14%. Aplicando la misma ocupación de plazas que en el ejemplo de la tabla 1, sería preciso el empleo de 38 Gerocultores/as a jornada completa y 32 horas semanales adicionales para un centro residencial con 100 beneficiarios grado III y 40 con dependencia severa. En el centro diurno, 2 profesionales y 32 horas semanales para atender a 20 usuarios grado II. Como se ha comentado con anterioridad, la categoría profesional de Gerocultores/as presenta tratamiento específico, pero a la vez forma parte de la plantilla global del centro.

Tabla 2: Ratios específicas de plantilla mínima para Gerocultores/as y simulación (elaboración propia)

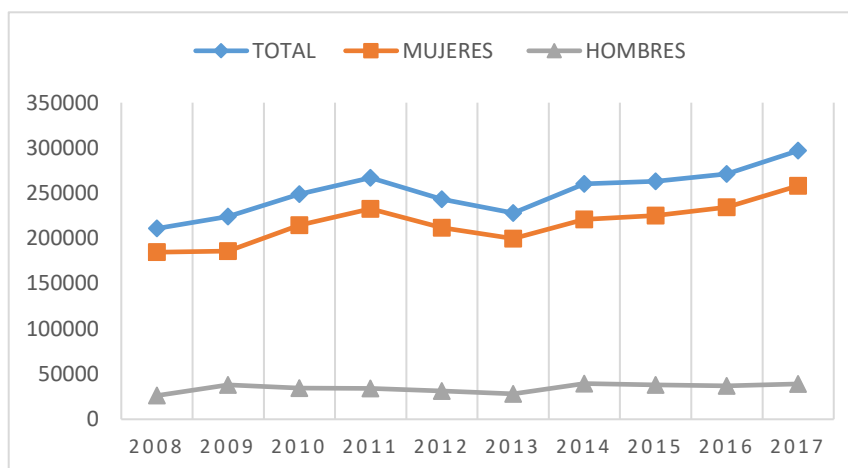
	RATIO GRADO II	RATIO GRADO III	SIMULACIÓN PLANTILLA MÍNIMA
RESIDENCIA MAYORES (100 personas GRADO III y 40 GRADO II)	0,27	0,28	38,8 empleados (38 jornadas completas y 32 horas semanales)
CENTRO DÍA MAYORES (20 personas GRADO II)	0,14	0,15	2,8 empleados (2 jornadas completas y 32 horas semanales)

Con la finalidad de valorar la importancia del empleo residencial en España y resaltar la importancia que adquieren los criterios anteriores de contratación laboral, en el gráfico 1 se representa la evolución de población activa en este sector en el periodo 2008/2017. En el segundo trimestre del año 2017 unas 300.000 personas se encuentran trabajando en las residencias españolas, con un predominio femenino cercano al 87%. De igual forma, se detecta cómo ha crecido en un 50% la plantilla en un periodo de nueve años, circunstancia imputable al desarrollo del sistema de dependencia. Otro aspecto destacable es el referido a la menor incidencia en este sector de la crisis económica iniciada en el 2007, toda vez que solamente se atisba disminución en los años 2012 y 2013. Todo ello viene a demostrar la importancia que adquiere un servicio necesario en la población española como es el residencial, con una demanda de ocupación elevada con respecto a nuestro entorno europeo.

¹⁴ Se asimilan los títulos y certificados: (1) Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería (Real Decreto 546/1995), (2) Técnico de Atención a Personas en Situación de Dependencia (Real Decreto 1593/2011), (3) Técnico de Atención Sociosanitaria (Real Decreto 496/2003) o las equivalencias fijadas en el Real Decreto 777/1998. De igual modo, el Certificado de Profesionalidad.

Para finalizar este apartado, debe efectuarse alguna reflexión final. Es cierto que la elaboración de estos criterios supone un avance sustancial homogeneizador en un área de especial sensibilidad social. La regulación de determinadas titulaciones profesionales y el cumplimiento de porcentajes de empleo en función del número de usuarios presentan un itinerario en dirección hacia la calidad en la ejecución de las tareas.

Gráfico 1: Ocupación laboral en centros residenciales¹⁵



No obstante, hubiera sido el momento no sólo de regular la plantilla global, la particular de cuidadores y los requisitos de la dirección del centro, sino de afrontar la configuración de los restantes puestos de atención directa (Medicina, Psicología, Enfermería, Fisioterapia, Terapia Ocupacional, Trabajo Social, Educación Social, Logopedia). Como muestra, siguiendo el ejemplo simulador del centro residencial anterior, desde la perspectiva de recursos humanos puede acreditarse el centro si la plantilla alcanza 65 empleados, entre los que se encuentren la figura del Director/a y 38 Gerocultores/as con 32 horas semanales adicionales, pudiendo completarse el resto con trabajadores de servicios generales (hostelería, limpieza o mantenimiento). No se obliga a la cobertura de puestos de atención directa esenciales en el devenir de unas instalaciones de atención integral socio sanitaria (titulados/as universitarios).

D. MISIÓN DEL ACUERDO DE CRITERIOS COMUNES DEL CONSEJO TERRITORIAL DE 27/11/2008

De conformidad con lo previsto en los artículos 16 y 34.2 de la Ley 39/06, las CC. AA. y el IMSERSO para Ceuta y Melilla son competentes en materia de acreditación de centros y servicios, correspondiendo a cada una el desarrollo normativo, reglamentación y ejecución en el marco de los criterios comunes del Acuerdo del Consejo Territorial de 27/11/2008 y su modificación parcial de 7/10/2015.

El Acuerdo sobre criterios comunes cumple una función de homogenización y fijación de mínimos a desarrollar en cada ámbito territorial por las CC. AA. e IMSERSO. No es directamente aplicable, ni exigible jurídicamente. Su cometido pretende facilitar bases

¹⁵ Elaborado con información obtenida del INE (Instituto Nacional de Estadística), Encuesta de Población Activa. Datos referidos al segundo trimestre de cada anualidad (consulta septiembre 2017). <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4200&L=0>

armonizadas de elaboración normativa, competencia propia autonómica. La LAPAD facilita un proceso descentralizador en materia de servicios sociales, donde las CC. AA. tienen amplia capacidad de desarrollo normativo¹⁶ en el marco de la propia Ley 39/06 y los criterios aprobados.

En este sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 25/02/2011, tras recurso (90/2009) promovido por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) contra Acuerdo del Consejo Territorial en materia de determinación de la capacidad económica del beneficiario y criterios de participación en las prestaciones del sistema de dependencia, al indicar:

- 1- El Consejo Territorial tiene una capacidad de propuesta dirigida a los órganos competentes.
- 2- Elabora criterios para que sean trasladados a forma reglamentaria.

Expuesto lo anterior, es el momento de efectuar análisis de cómo las CC. AA. y el IMSERSO (para las Ciudades Autónomas) han desarrollado los criterios comunes en su ámbito territorial, con examen de las principales particularidades.

II. DESARROLLO NORMATIVO AUTONÓMICO DE LOS CRITERIOS COMUNES DE ACREDITACIÓN EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS EN CENTROS PARA PERSONAS MAYORES

En la tabla 3 se exponen los principales textos normativos elaborados por las CC. AA. e IMSERSO en el desarrollo de su competencia sobre acreditación de centros destinados a personas mayores (residenciales y diurnos / nocturnos).

Del análisis normativo se aprecian actuaciones en una doble dimensión:

- 1- Se constata como todas las autonomías tienen aprobados procedimientos reglamentarios (decretos, órdenes o resoluciones) sobre autorización o acreditación de centros asistenciales, en un importante número de fecha anterior al Acuerdo del Consejo Territorial de 27/11/2008, lo que motiva la ausencia de algunos de sus compromisos (carta de servicios o referencias a programas de calidad).
- 2- Sin embargo, sólo tres CC. AA. han aprobado normas donde asumen los criterios comunes en materia de recursos humanos y sus porcentajes de plantilla mínima (Asturias, Baleares e IMSERSO). Extremadura asume los parámetros condicionando su aplicación desarrollo normativo.

Es habitual el recurso a conceptos indeterminados en la configuración de la plantilla, utilizando expresiones como personal suficiente (Cantabria o Cataluña) para la correcta atención (Valencia) y con titulación adecuada (Andalucía), con remisión a la tipología del centro y la intensidad de los servicios a prestar (Baleares) o plantilla precisa para garantizar atención y calidad (Murcia). De igual forma, se produce en determinados

¹⁶López Casasnovas, G. y Del Pozo Rubio, R.; “La protección social de los problemas de dependencia en España”. Documentos de Trabajo CRES – Fundación Caser. 2010. (1).

supuestos reenvío específico al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas (Aragón o Cataluña), donde se concretan en detalle las ratios exigibles.

Tabla 3: Referencia a principal normativa autonómica en materia de acreditación de centros residenciales y diurnos/ nocturnos para personas mayores¹⁷ (elaboración propia)

ANDALUCÍA	Orden de 5/11/2007 (14/11/2007) Orden 22/09/2008 (07/10/2008) Orden 1/7/1997 (15/07/1997)
ARAGÓN	Decreto 111/1992, 26 de mayo (10/06/1992). Orden 19/03/1998 (08/04/1998)
PRINCIPADO DE ASTURIAS	Decreto 43/2011, de 17 de mayo (04/06/2011) Res. 25/11/2011 (28/11/2011)
ISLAS BALEARES	Decreto 86/2010, de 25 de junio (03/07/2010) Decreto 54/2013, de 5 de diciembre (07/12/2013)
CANARIAS	Decreto 67/2012, de 20 de junio (13/08/2012) Resolución 28/05/2013
CANTABRIA	Orden EMP 37/2010, 18 de marzo (06/04/2010), posteriormente modificada por Orden EMP 21/2011, Orden SAN 39/2012 y Orden MED 13/2015
CATALUÑA	Ordre 35/2014, de 20 de febrero (26/02/2014) Decreto 176/2000, de 15 de mayo (26/05/2000)
CASTILLA LA MANCHA	Orden 04/06/2013, (12/06/2013) Orden de 21/05/2001 (29/06/2001)
CASTILLA y LEÓN	Decreto 2/2016, 4 de febrero (05/02/2016)
EXTREMADURA	Decreto 298/2015, de 20 de noviembre (26/11/2015)
GALICIA	Decreto 149/2013, de 5 de septiembre (24/09) que remite a la Orden de 18/04/1996 (06/05/1996)
LA RIOJA	Decreto 27/1998, de 6 de marzo (07/03/1998). Decreto 12/1993, de 18 de febrero (25/02/1993)
COMUNIDAD DE MADRID	Decreto 21/2015, de 16 de abril (17/04/2015)
REGIÓN DE MURCIA	Decreto 3/2015, de 23 de enero (27/01/2015) Decreto 69/2005, de 3 de junio (13/06/2005)
COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA	Decreto Foral 209/1991, de 23 de mayo (05/07/1991)
PAÍS VASCO	Decreto 40/1998, de 10 de marzo (02/04/1998) Decreto 41/1998, de 10 de marzo (07/04/1998) Decreto 202/2000, de 17 de octubre (08/11/2000)
COMUNIDAD VALENCIANA	Orden 04/02/2005 (14/02/2005) Sobre autorización y funcionamiento de centro para mayores
IMSERSO (Ceuta /Melilla)	Orden SAS 2287/2010, 19 agosto (30/08/2010)

La figura del Director/a del centro de mayores no se regula en todas las CC. AA., detectando cómo el desarrollo normativo ha planteado una variedad de regulaciones:

- 1- En algunas autonomías la jornada se fija en función del número de beneficiarios. Castilla y León obliga a jornada completa cuando se superan los 60 usuarios y Andalucía admite la posibilidad de compartir funciones directivas en centros residenciales con diurnos en el mismo edificio, exigiendo a cambio dedicación total.

¹⁷ Se ha comprobado la información en junio de 2017. Entre paréntesis se indica la fecha de publicación en el diario oficial.

- 2- La formación complementaria no se tiene en cuenta cuando la normativa aplicable preexiste al Acuerdo del Consejo Territorial de 27/11/2008.
- 3- En Cantabria se establece el lugar de impartición de los cursos complementarios y en Castilla la Mancha se pueden suplir por un periodo de un año de antigüedad.
- 4- Cataluña fija como preferentes las titulaciones en Ciencias de la Salud o Sociales para la dirección en centros diurnos.
- 5- Madrid ha creado un registro de directores/as de centros de servicios sociales, al igual que Castilla y León.
- 6- Andalucía concreta la intensidad de la formación complementaria en 300 horas.

No todas las CC. AA. fijan las ratios mínimas global de plantilla residencial y diurna / nocturna. Entre las que sí han regulado, unas reproducen los parámetros del Acuerdo de 27/11/2008 (Asturias y e IMSERSO para Ceuta y Melilla), llegando otras incluso a superar los porcentajes (Baleares y Andalucía).

Los mínimos de plantilla en el colectivo de gerocultores/as o similares son de difícil comprobación, toda vez que algunas CC. AA. han preferido fijar proporciones para el personal de atención directa, donde no sólo se englobaría a los Gerocultores/as, sino también a categorías sociales y sanitarias (Medicina, Psicología, Enfermería, Fisioterapia, Terapia Ocupacional, Trabajo Social o Educación Social). A continuación se destacan algunos aspectos por CC. AA.:

- 1- Asturias e IMSERSO reproducen las ratios mínimas exigibles para Gerocultores/as y similares.
- 2- Baleares obliga a porcentajes superiores (0,28% y 0,15% para residencias y centros diurnos / nocturnos respectivamente).
- 3- En algún supuesto se regula en función de la categoría del centro (La Rioja) o de horas por día / noche o semana (Cantabria).
- 4- Aunque es un aspecto no recogido en el Acuerdo del Consejo Territorial de 27/11/2008, es frecuente que las CC. AA. establezcan ratios específicas para las categorías con titulación universitaria (Andalucía, Aragón, Cataluña, Castilla la Mancha, Galicia, La Rioja, Murcia o Navarra).
- 5- Navarra reconoce la figura del profesional de referencia, cada vez más demandado en estudios de investigación¹⁸, al igual que en Castilla y León.
- 6- Con la finalidad de mejorar actividades de participación y dinamización, emergen categorías como la de Monitor y Animador Socio Cultural (Asturias).

Para finalizar este apartado, es preciso reflexionar en torno a la necesidad de efectuar el control de plantilla de un centro susceptible de acreditar, no sólo con motivo de la presentación de solicitud, sino de manera periódica una vez operativa. No cabe duda que el número de beneficiarios puede variar y con las oscilaciones se modifica el resultado de la proporción. Los planes de inspección se estiman imprescindibles en la comprobación de la calidad asistencial¹⁹.

¹⁸Rodríguez Rodríguez, P.; “El sistema de servicios sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia”. Laboratorio de Alternativas (Fundación Alternativas), Documento de trabajo 87/2006.

¹⁹ A modo de ejemplo, la Comunidad Autónoma de Navarra tiene regulado por Orden de la Consejería de Políticas Sociales 260/2015, de 27 de abril, BO de Navarra del 29 de mayo, núm. 103, su Plan de Inspecciones.

III. CONCLUSIONES

El artículo 34.2 de la Ley 39/06, reguladora del sistema de dependencia español, configura la acreditación en tanto que instrumento destinado a fomentar el empleo y la calidad asistencial de centros y servicios. El legislador emite un mandato al Consejo Territorial con la finalidad de elaborar criterios comunes materiales y de recursos humanos que sirvan de base al posterior desarrollo normativo por las CC. AA.

El papel que deben asumir las CC. AA. en materia de acreditación es relevante por afectar a un importante yacimiento de empleo, la prestación de cuidados de larga duración. Muestra de ello, para el supuesto residencial de personas mayores, en el periodo 2008 /2017 la ocupación laboral se ha incrementado en torno al 50%, con una valoración especial por coincidir con ciclo de crisis económica.

El acuerdo del Consejo Territorial de 27/11/2008 (posteriormente modificado el 07/10/2015), en materia de empleo, se centra en fijar requisitos de titulación académica y formación complementaria en la dirección, en ratios de plantilla global mínima y para la categoría de gerocultor/a o similar, la más numerosa en un centro para personas mayores dependientes. Se ha perdido la oportunidad de establecer criterios mínimos en los restantes puestos de atención directa, los que requieren titulación universitaria de naturaleza social o sanitaria, indispensables en un marco de calidad asistencial.

Como quiera que los criterios comunes fijados por el Consejo Territorial constituyen una propuesta homogeneizadora, mínimos a desarrollar normativamente por las CC. AA., titulares de la competencia, se examina la elaboración reglamentaria de cada una con referencia a centros residenciales y diurnos / nocturnos para personas mayores en situación de dependencia.

Aunque las CC. AA. tienen elaborados procedimientos de autorización / acreditación de centros para mayores, los cimientos creados por el Consejo Territorial en materia de empleo apenas han sido desarrollados. Solamente cuatro autonomías reproducen en su ámbito competencial los criterios mínimos de plantilla, manteniendo algunas su normativa preexistente. Se aprecia una regulación heterogénea, alejada del pretendido ideal de homogeneidad, con disparidad en la concreción de ratios mínimas, incluso con lagunas en la configuración de requisitos.

Se estima positivo que las CC. AA. hayan regulado porcentajes mínimos de plantilla con titulación universitaria, puestos de trabajo denominados de atención directa, toda vez que supone un avance en dirección a la mejora de la calidad del servicio a prestar.

Recibido: 08.09.2017. Aceptado: 08.09.2017.

REFERENTES SUPRANACIONALES DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA LABORAL Y SU ADOPCIÓN EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

SUPRANATIONAL REFERENTS TO THE PRINCIPLES OF EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION IN LABOR MATTERS AND THEIR ADOPTION IN PART-TIME WORK

PILAR CALLAU DALMAU

Profesora Asociada del Departamento de Derecho de la Empresa
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Los principios de igualdad y no discriminación están reconocidos, además de, en diversos instrumentos internacionales, entre los que se identifican los convenios de la OIT, en diferentes documentos declarativos y disposiciones europeas, entre las que se encuentran actos legislativos que forman parte del Derecho derivado de la UE, y que, en ambos casos, son considerados como referentes en la interpretación y argumentación del proceso discursivo jurisdiccional, en muchos de los asuntos en los que la vulneración de estos principios ha sido objeto de alguna decisión judicial.

La adopción y aplicación efectiva de estos principios universales en la figura del contrato a tiempo parcial, cuyos rasgos diferenciadores le confieren un régimen jurídico propio, responde a la necesidad de mejorar tanto la calidad de este tipo de trabajo, como el acceso efectivo a la protección social de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación.

PALABRAS CLAVE: Igualdad y no discriminación, trabajo a tiempo parcial, protección social, Convenio Internacional, Directiva.

ABSTRACT

The principles of equality and non-discrimination are recognized in various international instruments, including ILO conventions, and besides in different declaratory documents and European provisions, including legislative acts which form part of secondary legislation of the EU, that in both cases, are considered as referents in the interpretation and argumentation of the judicial discursive process, in many of the cases in which the violation of these principles has been the object of any judicial decision.

The adoption and effective application of these universal principles in the form of part-time contracts, whose differentiating features give it its own legal regime, responds to the need to improve both the quality of this type of work and the effective access to social protection to the workers included in its scope of application.

KEYWORDS: Equality and non-discrimination, part-time work, social protection, International Convention, Directive.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

III. REFERENTES EN EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

A. CONVENIOS INTERNACIONALES

1. CONVENIOS INTERNACIONALES DE GOBERNANZA

2. CONVENIOS INTERNACIONALES FUNDAMENTALES

3. CONVENIOS INTERNACIONALES TÉCNICOS

B. APLICACIÓN DEL CONVENIO Y LA RECOMENDACIÓN SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

1. CONVENIO SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL (NÚM. 175)

2. RECOMENDACIÓN SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL (NÚM. 182)

IV. REFERENTES EN EL ORDENAMIENTO EUROPEO

A. DISPOSICIONES NORMATIVAS DE DERECHO COMUNITARIO

B. APLICACIÓN DEL ACUERDO MARCO SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El trabajador a tiempo parcial se define como aquel “trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable”¹.

Este tiempo trabajado, es lo que determina que el disfrute de un derecho se vea reducido por la jornada proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo, siempre y cuando este derecho sea cuantificable, como es el caso de la remuneración. Sin embargo, esta jornada proporcionalmente inferior no debe influir, de manera alguna, en otros derechos laborales, que el ordenamiento jurídico otorga al trabajador a tiempo parcial, equiparándolos a los de un trabajador a tiempo completo.

Como modalidad contractual que es, dado que no es una variante reducida del contrato de trabajo a tiempo completo, el contrato a tiempo parcial es la única figura contractual en la que la reducción de jornada se inserta en el propio objeto del contrato y que contiene una serie rasgos diferenciadores, que lo distingue de otras figuras afines confiriéndole un régimen jurídico propio.

Pero estas peculiaridades, no deben impedir que los derechos del trabajador a tiempo parcial sean equiparables a los del trabajador a tiempo completo, y que si los mismos están condicionados por su naturaleza, estos estén reconocidos expresamente en normas legales, reglamentarias o convencionales, siempre aplicando un criterio de proporcionalidad en función del tiempo trabajado.

De ahí, la relevancia de que la supresión de toda discriminación de los trabajadores a tiempo parcial frente a los trabajadores de tiempo completo, sea efectiva en su regulación, introduciendo para ello, los elementos de corrección necesarios para adaptar la aplicación de las normas generales a las características específicas de este tipo de trabajo, que paulatinamente ha ido convirtiéndose en un instrumento de importancia creciente para tratar cuestiones tales como la creación de empleo².

En este contexto, antes de efectuar una aproximación más concreta a los principios de igualdad y no discriminación en la regulación del trabajo a tiempo parcial, y tras realizar unas consideraciones previas de los mismos, en el presente artículo se aborda la forma en la que aparecen expresa o tácitamente consagrados en diferentes disposiciones de ámbito internacional y europeo, pues los mismos son constantemente aludidos en la interpretación y argumentación del proceso discursivo jurisdiccional.

Asimismo, y aunque el enfoque del trabajo es supranacional, se incluyen referencias al estado de la cuestión tanto legal como jurisprudencial, en el ordenamiento jurídico español.

¹Tal como se contempla en el art. 1, apartado a) del Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial (núm. 175) y el art. 2, apartado a) de la Recomendación sobre el trabajo a tiempo parcial (núm. 182).

²Recomendación sobre la relación de trabajo, (núm. 198), adoptada en Ginebra por la Confederación Internacional del Trabajo, en su 95ª reunión, el 15 de junio de 2006.

II. PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

“Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo, o sexo, tienen el derecho de perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y de igualdad de oportunidades”³.

Los principios de igualdad y no discriminación son dos conceptos con una estrecha vinculación, de tal forma que el principio de no discriminación se complementa con el principio de igualdad.

Estos principios enlazan con valores inherentes a la dignidad de la persona humana, como fundamento de su libertad y vigencia de la justicia⁴, tal como proclama el artículo 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos por el que “1. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

En este punto, se hace necesario precisar que, el concepto de igualdad tiene una doble perspectiva: la formal y la real o material. En consecuencia, además de contemplarse la igualdad formal o ante la ley, que ha de distinguirse de la real o material, se dota a la prohibición de discriminación, de mayor autonomía respecto de la proclamación de la igualdad ante la ley⁵.

De esta manera, mientras la igualdad formal es la que la Norma ampara como un valor superior del ordenamiento jurídico que debe reflejarse en otras normas posteriores, para manifestarse de manera efectiva en todos los ámbitos sociales, consiguiendo de esta forma una igualdad efectiva, la igualdad real o material, en cambio, es la que exige la actuación del Estado en la sociedad, con el objeto de conseguir que la igualdad formal que se proclama, termine siendo una realidad objetiva⁶.

³Declaración de Filadelfia. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, de 10 de mayo de 1944.

⁴Como se desprende del art.1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

⁵Carmona Cuenca, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, Nº 84, Madrid, 1994, pp.280 y ss.

⁶Sobre el significado general y el alcance de la igualdad formal y real o material, ya se pronunció el Alto Tribunal español en la STC 83/1984, de 24 de julio (Cuestión de Inconstitucionalidad 80-1983), en la que se subraya que el art. 14 de la Constitución Española -en el que se proclama que” Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”-, no implica en modo alguno, la necesidad de que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, pues esta igualdad real, cuya procura encomienda la Constitución en su art. 9.2, a todos los poderes públicos y que es una finalidad propia del Estado social y democrático de Derecho, no impide que, en la práctica, el ejercicio de determinadas actividades requiera la posesión de determinados medios, pues por el mismo, “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (FJ 3).

Esta concepción de igualdad material suele entenderse como una reinterpretación del principio de igualdad formal en el Estado social de Derecho⁷.

Su finalidad es conseguir una equiparación efectiva de los derechos sociales de los ciudadanos particulares o no⁸, y donde el legislador, lejos de conferir un trato igual a todas las personas, debe ser capaz de tratar de forma diferente aquellas situaciones que son distintas en la vida real, permitiendo para ello, el establecimiento de acciones positivas, y posibilitando por lo tanto en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias⁹, medidas de discriminación inversa aplicables a determinados colectivos¹⁰.

Por consiguiente, para derribar los obstáculos a los que se enfrentan estos colectivos desfavorecidos y para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, sea real en la vida política, económica, cultural y social, resulta ineludible garantizar que la aplicación efectiva de los principios de igualdad y no discriminación sea promovida y alentada por los poderes públicos¹¹.

Estos principios jurídicos universales, son reconocidos y amparados en diversos documentos declarativos, tratados internacionales y diferentes disposiciones europeas, en los que se hace especial hincapié en situaciones desventajosas carentes de

⁷Carmona Cuenca, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia...”, Op. cit., p. 271.

⁸Sobre la denominada discriminación inversa, favorable a ciertos ciudadanos y colectivos sociales tradicionalmente marginados, y más concretamente hacia la mujer, se proclama el Tribunal Constitucional, en la STC 128/1987, de 16 de julio de 1987 (Rec. de amparo 1123-1985), ya que “las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él (en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos, o con la población trabajadora en general) no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes. Es claro que tal diferencia de trato o actividad protectora (que aparece reconocida en las normas internacionales al respecto; así el art. 4.1 de la Convención de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (FJ 8).

⁹Nogueira Guastavino, M., “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: Perspectiva constitucional reciente”, en *Lan Harremanak*, Nº 25, 2012, p. 21.

¹⁰Claros ejemplos de discriminación inversa son los casos Kalanke -Asunto C-450/93- o Marschall -Asunto C-409/95-, en los que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consagra la legalidad de la discriminación positiva en favor de la mujer, admitiendo que esa discriminación se haga de forma automática siempre y cuando “los demandantes de un empleo o de una promoción tengan la misma capacidad, haya más hombres que mujeres en el sector económico afectado, se descarte la prioridad en favor de las mujeres cuando uno o varios de los criterios inclinen la balanza en favor del candidato masculino y cuando esos criterios no sean discriminatorios para las mujeres candidatas”.

¹¹En este sentido, la STC 39/1986, de 31 de marzo (Rec. de amparo 342-1985, 486-1985), reconoce al art. 9.2 de la Constitución española como “un precepto que compromete la acción de los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos, con independencia de su situación social” (FJ 4); la STC 19/1988, de 16 de febrero (Cuestión de inconstitucionalidad 593-1987), considera que se puede imponer mediante el artículo 9.2, “la adopción de normas especiales que tiendan a corregir los efectos dispares que, en orden al disfrute de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones generales en una sociedad cuyas desigualdades radicales han sido negativamente valoradas por la propia Norma Fundamental” (FJ 10); o la STC 216/1991, de 14 de noviembre (Rec. de amparo 1844-1988), en la que se concreta que “el mandato contenido en el artículo 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el artículo 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprenden en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial” (FJ 5).

razonabilidad, reivindicando a tal efecto, las revisiones oportunas de las disposiciones legislativas que dificulten su aplicación y cuya invocación es una constante en el grueso de las demandas que llegan a los Tribunales.

III. REFERENTES EN EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

La obligación por parte de los Estados de desarrollar políticas públicas en un marco de igualdad, y sin discriminación alguna, está contenida en diversos instrumentos internacionales, entre los que cabe destacar algunos documentos fundamentales que amparan estos principios como son: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (arts.1, 2 y 7); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (arts. 2.1º y 2º, 20.2, 26 y 27); el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 (arts. 2.2º y 3º); o la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 (arts.1 y 10).

Asimismo, existen otros documentos, que contienen disposiciones en materia laboral, en los que también se proclaman los principios de igualdad y la discriminación como: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada el 21 de diciembre de 1965 por las Naciones Unidas; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979¹²; o la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que exhorta a las empresas a contribuir a promover la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación.

A. CONVENIOS INTERNACIONALES

En este marco jurídico internacional, se identifican los convenios internacionales de la OIT, cuyo rol circunscrito al ámbito subjetivo de los trabajadores y empleadores es especialmente importante, dado que están dotados de eficacia vinculante para todos los Estados que los ratifican, y son considerados, en muchas ocasiones, como referentes de la jurisprudencia.

Estos instrumentos jurídicos son tratados internacionales, elaborados por los gobiernos, empleadores y trabajadores de la OIT. En ellos se establecen unos principios y unos derechos básicos en el trabajo, que en muchos casos son complementados con recomendaciones, que actúan como directrices no vinculantes, aunque también pueden ser autónomas sin estar vinculadas con ningún convenio.

Los convenios internacionales de la OIT se clasifican en tres tipos: de Gobernanza, Fundamentales y Técnicos:

¹²Aludida en muchas ocasiones por la jurisprudencia, y más en concreto, su art. 4.1 que recoge la actividad protectora dirigida a eliminar situaciones de discriminación existentes. Véase por ejemplo, la STC 128/1987, de 16 de julio de 1987 (Rec. de amparo 1123-1985).

1. CONVENIOS INTERNACIONALES DE GOBERNANZA

Estos Convenios son instrumentos considerados "prioritarios", ya que fueron identificados por la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una mundialización equitativa. Se refieren concretamente al tripartismo, la política de empleo y la inspección del trabajo.

En el tema que nos ocupa, el Convenio de Gobernanza que aborda la eliminación de toda discriminación y reclama la igualdad de oportunidades y de trato para todos los trabajadores, es:

- El Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122)¹³:

Se adopta considerando que, “de acuerdo con la Declaración de Filadelfia incumbe a la Organización Internacional del Trabajo examinar y considerar los efectos de las políticas económicas y financieras sobre la política del empleo, teniendo en cuenta el objetivo fundamental de que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades” (Preámbulo).

Desarrolla los principios contenidos en el mismo, encaminados a eliminar toda discriminación y a asegurar a todos los trabajadores la igualdad de oportunidades y de trato en lo concerniente al acceso al empleo, las condiciones de empleo, los salarios y los ingresos y la orientación, formación y promoción profesionales, instando a adoptar, entre otras políticas, aquellas que faciliten la adaptación al cambio estructural a nivel global, sectorial y de la empresa, y el reemplazo de los trabajadores que hayan perdido sus empleos como consecuencia del cambio estructural y tecnológico¹⁴.

Con estas premisas, insta a salvaguardar el empleo y facilitar el reemplazo de los trabajadores en caso de venta, traslado, cierre o desplazamiento de una sociedad, establecimiento o instalaciones¹⁵; incluyendo como uno de los métodos para lograr estos objetivos, la reorganización y reducción del tiempo de trabajo¹⁶.

2. CONVENIOS INTERNACIONALES FUNDAMENTALES

Para garantizar los derechos de los seres humanos en el trabajo, con independencia del nivel de desarrollo de los Estados Miembros, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo identifica ocho convenios calificándolos de fundamentales para el desarrollo de los demás, por cuanto proporcionan el marco necesario para esforzarse en mejorar libremente las condiciones de trabajo individuales y colectivas.

¹³Junto a las R122 - Recomendación sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122) y la R169 - Recomendación sobre la política del empleo (disposiciones complementarias), 1984 (núm. 169).

¹⁴Principios Generales de Política del Empleo, Párrafo 10 (a) - R169.

¹⁵*Idem*, Párrafo 10 (b) - R169.

¹⁶*Idem*, Párrafo 11 (c) - R169.

Abarcan cuatro áreas principales para establecer un piso mínimo necesario en el mundo del trabajo, con temas que son considerados como principios y derechos fundamentales en el trabajo al estar relacionados con: la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

En todos ellos, se siguen las directrices establecidas por la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo adoptada en junio 1998¹⁷.

Entre estos Convenios Fundamentales, los más relevantes que contemplan los principios de igualdad y no discriminación, son los siguientes:

- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)¹⁸:

Relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, es uno de los primeros instrumentos internacionales con el estatus de vinculante, cuyo objetivo es el promover la igualdad entre hombres y mujeres respecto a la remuneración, trasladando que esta premisa no puede conseguirse sin la eliminación de la discriminación en todas las áreas del empleo¹⁹.

En este Convenio se estipula que los Estados que lo ratifiquen, deben garantizar a todos los trabajadores la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, comprendiendo el término “remuneración” tanto el salario o sueldo ordinario, como cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagado por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto de empleo de este último.

Este principio se debe aplicar ya sea por medio de la legislación nacional; cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o la acción conjunta de estos diversos medios (arts. 1, 2 y 3).

- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)²⁰:

Adoptado pocos años después del Convenio sobre igualdad de remuneración, trata de todas las formas de discriminación en el empleo y la ocupación, amparando a todos los

¹⁷ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Los Convenios Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo”, en *Programa InFocus sobre la Promoción de la Declaración*, OIT, Ginebra, 2002, p.7.

¹⁸Considerando la R090 - Recomendación sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 90).

¹⁹Discriminación aludida asimismo en las Directivas 76/207/CEE, 2000/78/CE, 2002/73/CE y 2006/54/CE.

²⁰Acompañado de la R111 - Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

trabajadores y prohibiendo la discriminación de siete tipos (raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social)²¹.

Promueve tanto en el acceso a los medios de formación profesional, como en la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones, las condiciones de trabajo sin que haya discriminación, dónde el término discriminación comprende cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; también cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. No considera en cambio discriminación, las exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado (art.1).

Por otra parte, obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art. 2).

Ambos convenios se refuerzan mutuamente, pues los objetivos de los Convenios 100 y 111 están interrelacionados: la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre los hombres y las mujeres por un trabajo de igual valor (C100); la eliminación de toda discriminación respecto de todos los aspectos del empleo y la ocupación, a través del desarrollo concreto de la igualdad de oportunidades y de trato (C111)²².

3. CONVENIOS INTERNACIONALES TÉCNICOS

Entre los Convenios de carácter técnico, que deben ser ratificados por cada Estado miembro para su aplicación, es preciso destacar por contener disposiciones en materia laboral, que proclaman los principios de igualdad y la discriminación, los siguientes:

- Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (núm. 19)²³:

Relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo: Obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo (art. 1).

²¹AA.VV. (Dir.: Javillier, J.D., Coord.: Otero, A), *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001, P. 67.

²²ILC.101/III/1B, Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012, p. 290.

²³Considerando la R025 - Recomendación sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (núm. 25).

- Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97)²⁴, junto a las disposiciones complementarias del Convenio de 1975 (núm. 143)²⁵, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes:

En ambos se contempla la obligación de aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes entre otras: la remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores; la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos; la vivienda; o la seguridad social (art. 6).

- Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos), 1962 (núm. 117):

Dispone que uno de los fines de la política social deberá ser el de suprimir toda discriminación entre los trabajadores fundada en motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato, en materia de: legislación y contratos de trabajo, que deberán ofrecer un trato económico equitativo a todos los que residan o trabajen legalmente en el país; admisión a los empleos, tanto públicos como privados; condiciones de contratación y de ascenso; facilidades para la formación profesional; condiciones de trabajo; medidas de higiene, seguridad y bienestar; disciplina; participación en la negociación de contratos colectivos; tasas de salarios, las cuales deberán fijarse de acuerdo con el principio de salario igual por un trabajo de igual valor, en la misma operación y en la misma empresa.

Para lograrlo, obliga a tomar todas las medidas pertinentes a fin de reducir cualquier diferencia en las tasas de salarios que resulte de discriminaciones fundadas en motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato, elevando las tasas aplicables a los trabajadores peor pagados (art. 14).

- Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156)²⁶, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares:

Tiene el objetivo de crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, por lo que cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional, el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales, entendiendo el término “discriminación”

²⁴ Junto a la R086 - Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 86).

²⁵ Considerando asimismo, la R151 - Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1975 (núm. 151).

²⁶ Junto a la R165 - Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 165), reemplazada por la R123 - Recomendación sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares, 1965 (núm. 123).

en materia de empleo y ocupación tal como se define en los artículos 1 y 5 del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (arts. 3 y 4).

En este sentido, propone adoptar todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo teniendo en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social (art. 6).

- Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159)²⁷:

Está destinado a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas y a promover oportunidades de empleo para las personas inválidas en el mercado regular del empleo, aplicando políticas basadas en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general.

Las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos (art. 4).

Además de estas disposiciones, otros muchos documentos de la OIT incluyen alusiones sobre la igualdad y la no discriminación en relación con el tema específico que abarcan:

La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (2011), La hora de la igualdad en el trabajo, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (2003), Estudio general sobre igualdad en el empleo y la ocupación (1996), Estudio general sobre trabajadores con responsabilidades familiares (1993), Estudio general sobre igualdad en el empleo y la ocupación (1988), Estudio general sobre igualdad de remuneración (1986)...

B. APLICACIÓN DEL CONVENIO Y LA RECOMENDACIÓN SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

La repartición del trabajo, como compartir el trabajo dividiendo un puesto a tiempo completo en dos empleos a tiempo parcial es una de las propuestas del Pacto Mundial para el Empleo²⁸ para evitar o limitar las pérdidas de puestos de trabajo, y ayudar a las empresas a conservar a sus trabajadores²⁹.

²⁷Con las consideraciones de las R168 - Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 168) y R099 - Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, 1955 (núm. 99).

²⁸Adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 98ª reunión en Ginebra, el 19 de junio de 2009.

²⁹CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Repartición del trabajo: los regímenes del tiempo de trabajo como estrategia de conservación del empleo" en *Reseñas sobre cuestiones políticas relativas al pacto mundial para el empleo*, Reseña N° 18, OIT, Ginebra, 2009, p. 2.

En cualquier caso, para evitar que se desate una espiral descendente en las condiciones laborales y sustentar la recuperación, no debe perderse de vista el fortalecimiento y el respeto a las normas internacionales del trabajo³⁰.

1. CONVENIO SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL, 1994 (NÚM. 175)

En el marco internacional, el instrumento jurídico que recoge concretamente los principios de igualdad y no discriminación respecto a la protección de los trabajadores a tiempo parcial, es el Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial (núm. 175) adoptado en Ginebra, en la 81ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 24 de junio de 1994.

El trato desigual de los trabajadores a tiempo parcial fue lo que motivó la adopción de este Convenio, con los objetivos de asegurar una mayor protección de los interesados, además de fomentar la utilización de esta modalidad contractual.

Su relevancia se debe a que trata de la importancia jurídica de establecer lo que se considera trabajo a tiempo parcial y determinar y garantizar los derechos que le corresponden a los trabajadores que prestan sus servicios bajo esa modalidad contractual.

En este Convenio, se reconoce la importancia que tiene para la economía el trabajo a tiempo parcial, la función del trabajo a tiempo parcial como modo de abrir nuevas posibilidades de empleo, así como la necesidad de que las políticas de empleo aseguren la protección de los trabajadores a tiempo parcial en los campos del acceso al empleo, de las condiciones de trabajo y de la seguridad social.

Aludiendo a la pertinencia que tienen para los trabajadores a tiempo parcial las disposiciones del Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), y del Convenio y la Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), dispone el adoptar medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial reciban la misma protección de que gozan los trabajadores a tiempo completo en situación comparable en lo relativo: al derecho de sindicación, al derecho de negociación colectiva y al derecho de actuar en calidad de representantes de los trabajadores; a la seguridad y la salud en el trabajo; y a la discriminación en materia de empleo y ocupación (art. 4).

Dentro de su campo de aplicación están incluidos todos los trabajadores a tiempo parcial, si bien previa consulta con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores interesados, se podrá excluir total o parcialmente a categorías particulares de trabajadores o de establecimientos, siempre que su inclusión pueda plantear problemas particulares importantes, debidamente justificados mediante una Memoria que se enviará a la OIT (art. 3), o les sean de aplicación disposiciones más favorables en virtud de otros convenios internacionales del trabajo (art. 2).

³⁰CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo*, OIT, Ginebra, 2009, p. 9.

Insta a tomar dos tipos de medidas respecto a las condiciones en la relación laboral: unas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial reciban la misma protección de que gozan los trabajadores a tiempo completo en situación comparable, en lo relativo al derecho de sindicación, de negociación colectiva y al derecho de actuar en calidad de representantes de los trabajadores, a la seguridad y la salud en el trabajo, así como a la discriminación en materia de empleo y ocupación; y otras para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial perciban la misma remuneración en su parte proporcional que los trabajadores a tiempo completo comparable (arts. 4 y 5).

En lo que se refiere a los regímenes de seguridad social establecidos por ley, estos deberán adaptarse de forma que los trabajadores a tiempo parcial gocen de condiciones equivalentes a las de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable, en los casos de maternidad, terminación de relación de trabajo, vacaciones, festivos, y licencia de enfermedad, determinándose proporcionalmente a la duración del tiempo de trabajo, a las cotizaciones efectuadas o mediante métodos conforme a la legislación y prácticas propias de cada estado (arts. 6 y 7).

El hecho de que haya sido ratificado por 14 países, se justifica porque en las legislaciones de muchos países ya recogían en sus propios regímenes laborales la categoría del empleo a tiempo parcial y por lo tanto, hace innecesaria la instrumentalización de la misma por la vía de un tratado internacional³¹.

Su contenido se desarrolla ampliamente en la Recomendación sobre el trabajo a tiempo parcial (núm. 182), adoptada en Ginebra, en la 81ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 24 de junio de 1994, concretándose aspectos relevantes y cuyas disposiciones deben considerarse conjuntamente con las del Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial de 1994.

2. RECOMENDACIÓN SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL (NÚM. 182)

A efectos de esta Recomendación, se concreta la expresión de trabajador a tiempo parcial como “todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable” [artículo 2, apartado a)], pudiendo calcularse esta duración normal de la actividad laboral, semanalmente o promediándose durante un período de empleo determinado [artículo 2, apartado b)], concretándose la expresión “trabajador a tiempo completo en situación comparable”, como la de aquel trabajador a tiempo completo que tenga el mismo tipo de relación laboral, efectúe o ejerza un tipo de trabajo o de profesión idéntico o similar, y esté empleado en el mismo establecimiento o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en ese establecimiento, en la misma empresa o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en esa empresa, en la misma rama de actividad, que el trabajador a tiempo parcial de que se trate [art.2, apartado c)].

³¹A fecha de 31 de julio de 2017, la OIT indica que los países que han ratificado el Convenio 175 de la OIT son: Albania, Australia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Chipre, Eslovenia, Finlandia, Guyana, Hungría, Italia, Luxemburgo, Mauricio, Países Bajos, Portugal, Rusia y Suecia.

Quedan fuera del ámbito de aplicación del trabajo a tiempo parcial, los trabajadores a tiempo completo que se encuentren en situación de desempleo parcial [art.2, apartado d)]. De la forma por la que se informe a los trabajadores a tiempo parcial sobre las condiciones específicas de empleo, deberá ser por escrito o por cualquier otro medio conforme con la legislación y la práctica nacionales, de igual manera que se informa a los trabajadores a tiempo completo (art.5).

En cuanto a los regímenes de seguridad social establecidos por ley que estén ligados al ejercicio de una actividad profesional, señala que deberán adaptarse de forma que los trabajadores a tiempo parcial gocen de condiciones equivalentes a las de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable, y que las modificaciones deberían tender a rebajar progresivamente, cuando sea apropiado, los requisitos relativos a los límites mínimos de ingresos o de duración del tiempo de trabajo que determinan el acceso a dichos regímenes³².

De esta forma, alienta a asegurar a los trabajadores a tiempo parcial, según sea apropiado, el beneficio de las prestaciones mínimas o de monto fijo previstas, especialmente las prestaciones de vejez, de enfermedad, de invalidez y de maternidad, así como las asignaciones familiares; a admitir, en principio, que los trabajadores a tiempo parcial cuya relación de trabajo ha terminado o ha sido interrumpida y que sólo buscan un empleo a tiempo parcial, cumplen con la condición de disponibilidad para el trabajo exigida para la concesión de prestaciones de desempleo; así como a reducir el riesgo de que los trabajadores a tiempo parcial sean perjudicados por regímenes de seguridad social que condicionan el derecho a las prestaciones a un período determinado de cotización, de seguro o de servicio durante un plazo de referencia determinado, o fijan el monto de las prestaciones basándose a la vez en el promedio de los ingresos anteriores y en la duración de los períodos de cotización, de seguro o de servicio (art.6).

Para una inclusión más efectiva de los trabajadores a tiempo parcial en el régimen de la seguridad social establecidos por ley que están ligados al ejercicio de una actividad profesional, y esta no se vea afectada por los límites mínimos de ingresos y duración del tiempo de trabajo a tiempo parcial³³, se propicia la rebaja progresiva de los mismos (art. 8), debiéndose tener en cuenta en caso de que los trabajadores a tiempo parcial tuviesen más de un empleo, el total de sus horas de trabajo, cotizaciones o ingresos para determinar si satisfacen estos requisitos de los límites mínimos prescritos en los regímenes de seguridad social (art.9).

En esta Recomendación, también se contempla una adaptación de las disposiciones de los regímenes de seguridad social establecidos por ley y ligados al ejercicio de una actividad profesional que desalienten el recurso al trabajo a tiempo parcial o la aceptación de trabajos de esa índole, cuando, en virtud de tales disposiciones: se deban pagar cotizaciones proporcionalmente más elevadas en el caso de los trabajadores a tiempo parcial, salvo que estén justificadas por prestaciones correspondientes que sean proporcionalmente más elevadas; disminuyan considerablemente, sin motivos razonables, las prestaciones de desempleo a que tengan derecho los desempleados que acepten con carácter temporal un trabajo a tiempo parcial; y se dé demasiada

³²Art. 4 del Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm. 175).

³³*Idem*, art. 8.

importancia, a efectos del cálculo de las prestaciones de vejez, a la reducción de los ingresos debida al trabajo a tiempo parcial efectuado únicamente durante el período previo a la jubilación (art.16).

Equitativamente, los trabajadores a tiempo parcial deberían percibir las mismas compensaciones pecuniarias adicionales al salario básico que reciben los trabajadores a tiempo completo en situación comparable (art.10); tener acceso, en condiciones equivalentes, a todas las formas de licencia otorgadas a los trabajadores a tiempo completo en situación comparable, y en particular la licencia pagada de estudios, la licencia parental y la licencia en caso de enfermedad de un hijo o de otro miembro de la familia directa del trabajador (art.13); a las mismas reglas relativas a la programación de las vacaciones anuales y al trabajo realizado en días de descanso habituales o en días feriados que a los trabajadores a tiempo completo en situación comparable (art.14).

Asimismo, se promueve la promoción en la organización de la empresas mediante la adopción de medidas para superar los problemas específicos con que tropiezan los trabajadores a tiempo parcial para acceder a la formación y a la movilidad profesionales, y tener perspectivas de carrera (art.15), así como para facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial en todos los niveles de la empresa, incluidos, cuando sea apropiado, los puestos de trabajo cualificados y los puestos de dirección (art.17).

En lo que se refiere a la contabilización del número de trabajadores a tiempo parcial, cuando las obligaciones de los empleadores estén condicionadas por el número de trabajadores que empleen, si estas obligaciones en cuestión se refieran a la adopción de medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial reciban la misma protección de que gozan los trabajadores a tiempo completo en situación comparable en lo relativo: al derecho de sindicación, al derecho de negociación colectiva y al derecho de actuar en calidad de representantes de los trabajadores; a la seguridad y la salud en el trabajo y a la discriminación en materia de empleo y ocupación, los trabajadores a tiempo parcial deberán ser contados como trabajadores a tiempo completo³⁴. Sin embargo, cuando fuere apropiado, los trabajadores a tiempo parcial podrían ser contados en proporción a la duración de su tiempo de trabajo (art.21).

IV. REFERENTES EN EL ORDENAMIENTO EUROPEO

Al igual que en el ámbito internacional, en el marco europeo, los principios universales de igualdad y no discriminación, también están reconocidos expresamente en diferentes documentos declarativos y disposiciones europeas, entre las que se encuentran: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 4 de octubre de 1950 (art. 17), y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea³⁵ promulgada en Niza el 7 de diciembre de 2000, que proclama la igualdad ante la ley, la no discriminación, la diversidad cultural, religiosa y lingüística,

³⁴*Idem*, art. 4.

³⁵(2000/C 364/01) Es un documento que contiene provisiones de derechos humanos, y refuerza la seguridad jurídica por lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales, protección que desde 1969 se garantizaba mediante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y con la actual redacción del art. 6 del TUE.

la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos del menor, de las personas mayores, y la integración de las personas discapacitadas (arts. 20, 21 y 23)³⁶.

Asimismo, en el Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), se realiza una proclamación formal de los valores superiores de la Unión, entre los que se encuentran la igualdad y la no discriminación. La igualdad aparece doblemente mencionada, primero de modo genérico (art. 2) y, posteriormente, en su dimensión de igualdad entre mujeres y hombres (art.6). La promoción de igualdad entre hombres y mujeres también se recoge en los arts. 18, 19 y 157 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

Años más tarde, gracias a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el 1 de mayo de 1999, las instituciones europeas adquieren competencias para regular la igualdad de trato en el acceso al empleo, la formación y la promoción profesional, así como a las condiciones de trabajo, con algunas modificaciones realizadas en las disposiciones que se contemplan en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCCE), refuerza la lucha contra la discriminación:

El artículo 12 (a. art. 6) se complementa con el artículo 13, prohibiendo toda discriminación por razón de nacionalidad, de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, pudiendo adoptar medidas para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados.

Del mismo modo, el artículo 141 (a. art. 119), uno de los más utilizados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)³⁷, subraya el principio de igualdad de trato para hombres y mujeres, aunque únicamente para el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, entendiendo por retribución, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo, y especificando que la igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida, y que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo³⁸.

³⁶Contenidos en el Título III (Igualdad) de los siete que consta la Carta de los Derechos Fundamentales, en donde se reafirma el principio de igualdad y no discriminación, así como el respeto de la diversidad cultural, religiosa y lingüística; también protege concretamente los derechos del niño, las personas mayores y las personas discapacitadas.

³⁷Un ejemplo es la STJUE, Asunto C-184/89, de 7 de febrero de 1991, por la que, “los miembros del grupo menos favorecido como consecuencia de dicha discriminación deben ser tratados de la misma manera y se les debe aplicar el mismo régimen que a los demás trabajadores, régimen que sigue siendo el único sistema de referencia válido en caso de aplicación incorrecta del artículo 119 del Tratado CEE”.

³⁸Así lo dictamina la STJUE, Asunto 96/80, de 31 de marzo de 1981, por la que “el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado y que, en lo sucesivo, se denominará "principio de igualdad de retribución", implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo”. Añadiendo además que “cuando existe una diferencia en el salario por hora en relación con el número total de horas trabajadas por semana, el artículo 119 del Tratado exige que el empresario demuestre que la diferencia está

Con objeto de garantizar, en la práctica, la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

En este contexto, una referencia relevante es el Libro Verde presentado por la Comisión en 2002, cuyo objetivo era fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, apelando en general, a las prácticas correctas en materia de aprendizaje permanente, organización del trabajo, igualdad de oportunidades, inclusión social y desarrollo sostenible, y en particular, en la gestión de recursos humanos, a la igualdad de retribución y de perspectivas profesionales para las mujeres, a la igualdad de oportunidades, a la participación en los beneficios o en el accionariado de la empresa y la consideración de la capacidad de inserción profesional y a la seguridad en el lugar de trabajo³⁹.

Con estos antecedentes, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en 2004⁴⁰, proclama que “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres” (art. I-2).

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009, además de introducirse ciertas previsiones que afectaban de forma específica al ámbito de la protección social en el espacio comunitario, que incidieron sobre la propia articulación de la protección social que en este ámbito recogían los Tratados constitutivos afectados -TUE y TCCE-, se reforzaron las competencias de la UE en el ámbito de la igualdad de trato y la no discriminación. En el Consejo de la UE, se encuentra en fase de negociación, una propuesta de Directiva por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas, independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, que presentó la Comisión Europea el 2 de julio de 2008 y fue informada favorablemente por el Parlamento Europeo.

A. DISPOSICIONES NORMATIVAS DE DERECHO COMUNITARIO

Dentro de este orden europeo, algunos de los actos legislativos que forman parte del Derecho derivado de la Unión Europea (en adelante, UE), donde los principios de igualdad y no discriminación están reconocidos expresamente, son las siguientes Directivas:

justificada por razones objetivas no vinculadas a discriminación alguna por razón de sexo”. Concluyendo que “el artículo 119 tiene efecto directo en los Estados miembros, en el sentido de que confiere a los justiciables derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger”.

³⁹Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde-Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas-*, Bruselas, 2001, p. 9.

⁴⁰Firmada en Roma, el 29 de octubre de 2004 por los jefes de gobierno de los países que formaban la Unión Europea.

- Directiva del Consejo 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, que prohíbe cualquier discriminación por motivos de sexo en materia de remuneración, abriendo la vía jurisdiccional a las personas que se han visto perjudicadas por no respetarse el principio de igualdad de retribución y protegiendo a quienes reclamen frente a la reacción de los empleadores.

También invita a los Estados miembros a erradicar cualquier discriminación consagrada en las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y a informar a los trabajadores de las medidas adoptadas en aplicación de la Directiva⁴¹.

- Directiva del Consejo 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo⁴².

- Directiva del Consejo 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 Social⁴³.

⁴¹Así lo confirma la STJUE, Asunto C-360/90, de 4 de junio de 1992, sobre discriminación retributiva de trabajadores a tiempo parcial respecto a los de tiempo completo, cuando la mayoría del personal empleado a tiempo parcial son mujeres, y por la que “el artículo 119 del Tratado CEE y la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, se oponen a la aplicación de una disposición legislativa nacional que deniega a los trabajadores a tiempo parcial, miembros de un Comité de Empresa, que participan en cursos de formación de duración superior a su jornada de trabajo que contribuyen a permitirles desempeñar con eficacia sus funciones, toda compensación en permisos retribuidos o en complementos salariales, en los límites de la jornada laboral vigente en la misma empresa para los empleados que trabajan en jornada completa, cuando un número considerablemente mayor de mujeres que de hombres ocupan estos empleos de trabajadores a tiempo parcial, a menos que el Estado miembro pruebe que dicha legislación está justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón del sexo”.

⁴²Incorporada al ordenamiento español por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, junto a la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

⁴³Cuya aplicación se plasma en muchos pronunciamientos judiciales, entre los que cabe destacar la STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno, que dictamina que la legislación española en materia de pensión de jubilación contributiva de los trabajadores/as a tiempo parcial es discriminatoria, y al exigir un periodo de cotización proporcionalmente más elevado para trabajadores/as a tiempo parcial (en su mayor parte mujeres) instaura una diferencia de trato.

Es preciso citar en este punto que, en sintonía con los argumentos de la STJUE, sobre la interpretación del Derecho Comunitario, en relación con la Directiva 79/7/CEE, la STC 61/2013, de 14 de marzo de 2013 (Cuestión de inconstitucionalidad 5862-2003), estimando la cuestión de inconstitucionalidad planteada, declara inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la DA 7ª de la LGSS (actualmente contemplada 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), relativa a los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las distintas prestaciones de la Seguridad Social por parte de los trabajadores a tiempo parcial, porque la Sala considera que vulnera el art. 14 CE, “tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo” (FJ 6 c.).

- Directiva del Consejo 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social.

- Directiva del Consejo 86/613/CEE, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrarias, así como sobre la protección de la maternidad.

- Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)⁴⁴.

- Directiva del Consejo 96/97/CEE, de 20 de diciembre de 1996, por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social.

- Directiva del Consejo 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

- Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

A consecuencia de este fallo del Alto Tribunal, mediante el 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, se realiza la última adaptación de la fórmula legal relativa a la acción protectora de la Seguridad Social en España de los trabajadores a tiempo parcial, contenida en la DA 7ª (actualmente contemplada en los artículos 245 a 248 LGSS 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).

En este sentido, también las STC 71/2013, de 8 de abril de 2013 (Rec. de amparo 5560-2007), STC 72/2013, de 8 de abril de 2013 (Rec. de amparo 154-2008), STC 116/2013, de 20 de mayo de 2013 (Rec. de amparo 1827-2009) y STC 117/2013, de 20 de mayo de 2013 (Rec. de amparo 4146-2009).

En todas ellas, al igual que ocurre en la STC 61/2013, el Tribunal Constitucional se alude a la doctrina que en su día estableció la STC 253/2004, de 22 de diciembre de 2004, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 2045/1998 (Rec.2045/98) en cuanto a la protección social de una trabajadora a tiempo parcial, y en la que se pronunció sobre la constitucionalidad del art. 12.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, declarando inconstitucional y nulo el párrafo segundo del citado artículo, en cuanto establecía que, para determinar los periodos de cotización exigidos a los trabajadores a tiempo parcial, para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, “se computarán exclusivamente las horas trabajadas” (FJ 9), en vez de considerar, como en el caso de los trabajadores a tiempo completo, cada día trabajado como un día cotizado, considerando que se vulnera el art. 14 CE desde la perspectiva del derecho a la no discriminación, al generar una discriminación indirecta por razón de sexo.

⁴⁴Directiva transpuesta e incorporada por España con la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y el RD 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

- Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁴⁵.

- Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo.

- Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

- Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006 (Refundición), relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación⁴⁶.

Esta Directiva, una de las más importantes, contiene disposiciones destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, las condiciones de trabajo, la retribución, y los regímenes profesionales de seguridad social.

Además, contiene disposiciones para garantizar que dicha aplicación sea más eficaz mediante el establecimiento de los procedimientos adecuados, porque “aunque afortunadamente en el acceso al empleo cada vez son menos frecuentes las discriminaciones directas a la mujer”⁴⁷, es preciso resaltar que “los atentados a la igualdad de trato, mayoritariamente revisten la forma de discriminaciones encubiertas o indirectas”⁴⁸, con tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, consecuencias desiguales perjudiciales a los trabajadores de uno u otro sexo a causa de la diferencia de sexo⁴⁹.

- Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

⁴⁵En España, se contempla la prohibición de la discriminación directa e indirecta en las relaciones laborales en los arts. 4.2.c) y 17.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; en los mismos términos, las referencias contenidas en las Directivas 76/207/CEE, 2002/73/CE y 2006/54/CE.

⁴⁶Directiva también aludida en el pronunciamiento de la STJUE, Asunto C-385/11, de 22 de noviembre de 2012, en la que se dictamina que la legislación española en materia de pensión de jubilación contributiva de los trabajadores/as a tiempo parcial es discriminatoria, y al exigir un periodo de cotización proporcionalmente más elevado para trabajadores/as a tiempo parcial (en su mayor parte mujeres) insta una diferencia de trato.

⁴⁷Purcalla Bonilla, M.A., “Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminación (en especial, por razón de sexo)”, en *Aranzadi Social*, Nº 5, 2004, pp. 931 y ss.

⁴⁸Sáez de Lara, C., “Mujer y trabajo”, en *Fundación Alternativas*, Nº 37, 2003, p. 13.

⁴⁹Tal como señala la STC 145/1991, de 1 de julio.

B. APLICACIÓN DEL ACUERDO MARCO SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

En lo que al trabajo a tiempo parcial se refiere, los principios de igualdad y no discriminación se contemplan, concretamente, en la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, cuya transposición como acto adoptado por los Estados miembros, consiste en la aprobación de medidas nacionales destinadas a ajustarse a los resultados fijados por esta, y que tendrá “eficacia vertical, por ser invocable frente al Estado, y horizontal, por serlo frente a los particulares”⁵⁰.

Esta Directiva, aplica incorporando al derecho de la UE, el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado el 6 de junio de 1997 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general, la Unión de Confederaciones de la Industria y de Organizaciones Empresariales (UNICE), la Confederación Europea de Sindicatos (CES), y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP)⁵¹; Acuerdo Marco que presta una atención prioritaria a esta forma de trabajo, siendo una contribución fundamental a la Estrategia Europea general a favor del empleo, en lo que al trabajo a tiempo parcial se refiere⁵².

En este Acuerdo Marco, además de enunciar en el Preámbulo, los principios generales y requisitos mínimos relativos al trabajo a tiempo parcial, se plasma la voluntad de los interlocutores sociales 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 tanto para los empresarios como para los trabajadores, disponiendo que las disposiciones legales,

⁵⁰Alzaga Ruiz, I., *La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral*, Civitas, Madrid, 2009, p.55.

⁵¹Porque gracias al Acuerdo del 31 de octubre del 1991 firmado en Bruselas por los interlocutores sociales e integrado en el Protocolo sobre la Política Social del Tratado de Maastricht (arts. 2.4, 3 y 4), e incorporado también al Tratado de Amsterdam, se permitió finalmente aplicar un marco único al diálogo social en la Unión Europea, reconociéndose el derecho de los interlocutores sociales a negociar acuerdos marco europeos vinculantes, dotándolos por lo tanto de efectos jurídicos directos.

Esa facultad fue incorporada a Tratados posteriores (arts. 138 y 139) y comprende las materias de empleo y de los asuntos sociales enumerados en el art.137. El Diálogo social puede iniciarse de forma autónoma por los interlocutores sociales (art 139) o derivado de la consulta obligatoria que, sobre las propuestas sociales, debe iniciar la Comisión (art. 138).

De conformidad con el artículo 154 del TFUE, la Comisión debe consultar a los interlocutores sociales antes de presentar propuestas en el ámbito de la política social. En este contexto, los interlocutores sociales pueden decidir negociar entre ellos un acuerdo sobre el objeto de la consulta y frenar la iniciativa de la Comisión.

Los primeros resultados interprofesionales de este proceso fueron además de la adopción del acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, el de permiso parental (1995), y el del trabajo de duración determinada (1999), que fueron aplicados mediante directivas del Consejo.

El resultado es una interacción efectiva entre los interlocutores sociales y los órganos comunitarios, ya que si el conjunto de los interlocutores sociales formado por representantes de todas las organizaciones relacionadas con CES, UNICE y CEEP llegan a un acuerdo sobre un tema que se le presente, la Comisión aprobará su texto y lo propondrá al Consejo como directiva.

⁵²Quintanilla Navarro, R. Y., “La adaptación del ordenamiento interno español al Derecho comunitario en materia de contratos a tiempo parcial”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 18, 1999, p.77.

reglamentarias y administrativas, o los acuerdos interconfederales oportunos, deberán entrar en vigor a más tardar el 20 de enero de 2000⁵³.

En su cláusula 4, cuyo enunciado es “Principio de no discriminación”, se prohíbe expresamente tratar a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas, por lo que al tiempo que se promueve el principio de no discriminación como regla general, mediante la supresión de las discriminaciones contra trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial por el trato de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, se puntualiza una excepción, el que se justifique un trato diferente por razones objetivas (cláusula 4.1)⁵⁴.

Se concreta además, que de existir esas razones objetivas, los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, podrán subordinar el acceso a condiciones de empleo particulares, a un período de antigüedad, una duración del trabajo o condiciones salariales.

Con esta disposición derivada de un acuerdo entre los interlocutores sociales, se han clarificado y mejorado los derechos del contrato a tiempo parcial, ya que garantiza además de la igualdad de trato y no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial en relación con los trabajadores a tiempo completo, el principio de voluntariedad en el acceso al trabajo a tiempo parcial, que incorpora el derecho del trabajador a no ser despedido por negarse a ser transferido desde un empleo a tiempo completo a otro a tiempo parcial, además del acceso efectivo a la protección social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, dejando a los Estados miembros la aplicación de disposiciones más favorables⁵⁵.

⁵³Art. 2 de la Directiva 97/81/CE.

⁵⁴Uno de los pronunciamientos más relevantes en este sentido, es la STJUE, Asunto C-385/11, de 22 de noviembre de 2012, apuntada anteriormente, que dictamina que la legislación española en materia de pensión de jubilación contributiva de los trabajadores/as a tiempo parcial es discriminatoria, y al exigir un periodo de cotización proporcionalmente más elevado para trabajadores/as a tiempo parcial (en su mayor parte mujeres) instaura una diferencia de trato.

⁵⁵En España, tras la transposición de la Directiva 97/81/CE, mediante el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo, en relación con el trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad, se reformulan aspectos esenciales en la regulación del contrato a tiempo parcial, acomodándose de esta manera, además de a los compromisos establecidos a nivel europeo en el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, a los contenidos tanto en el Acuerdo de Racionalización y Consolidación del Sistema de la Seguridad Social de 1996, como en el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo de 1997.

De esta manera, se configura un nuevo marco jurídico, por el que “los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado” [art.12.4. d)] del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en el que quedan plasmados los principios básicos de igualdad y proporcionalidad.

V. CONCLUSIONES

Los principios de igualdad y no discriminación circunscritos en el marco de referencia de las relaciones laborales, cuya invocación es una constante en el grueso de demandas que llegan a los Tribunales, están reconocidos y amparados en diversos documentos declarativos, tratados internacionales y diferentes disposiciones europeas, que dotados de eficacia vinculante para todos los Estados que los ratifican, son considerados, en muchas ocasiones, como referentes en la interpretación y argumentación del proceso discursivo jurisdiccional.

La consagración de estos principios en los términos previstos en los ordenamientos internacional y comunitario, obliga a los poderes públicos a respetarlos, y, vetando la utilización de aquellos elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonables, de acuerdo a criterios y juicios de valor generalmente aceptados, se limitan aquellos resultados que resulten desproporcionados, si su consecuencia es el menoscabo de las condiciones laborales y la protección social de los trabajadores.

En este contexto, los instrumentos jurídicos más relevantes que recogen estos principios informadores respecto a la protección de los trabajadores a tiempo parcial, son el Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm.175), junto a la Recomendación sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm. 182) que lo desarrolla, en el marco internacional, así como el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, incorporado al Derecho de la UE mediante la Directiva 97/81/CE, en el marco europeo.

En su regulación, ambos documentos adoptan una serie de medidas garantistas respecto a la promoción de los trabajadores a tiempo parcial, y, haciendo especial hincapié en las necesidades de los colectivos en los que la utilización de esta forma contractual es más habitual, equiparan sus derechos con los de los trabajadores a tiempo completo, reivindicando para ello, las revisiones oportunas de las disposiciones legislativas que dificulten su aplicación.

Recibido: 13.07.2017. Aceptado: 20.01.2017.

**LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD DE LAS PROFESIONALES
COLEGIADAS: DIFERENCIAS ENTRE AUTÓNOMAS
INTEGRADAS EN EL RETA O EN UNA MUTUALIDAD
ALTERNATIVA**

MATERNITY PROTECTION OF PROFESSIONALS COLLEGIATE:
REGIME APPLICABLE TO THOSE INTEGRATED IN RETA AND
THOSE WHO ARE INCLUDED IN AN ALTERNATIVE MUTUALITY

BELÉN GARCÍA ROMERO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Murcia

RESUMEN

El presente trabajo estudia el régimen jurídico de la prestación por maternidad biológica de las trabajadoras autónomas, en especial, de las profesionales liberales colegiadas incluidas en una Mutualidad de Previsión Social alternativa al RETA. Con ello se ponen de relieve las diferencias en materia de derechos y obligaciones de uno y otro colectivo de trabajadoras por cuenta propia, así como la reducida aplicabilidad del derecho de cesión al padre del disfrute del período de descanso por maternidad en el supuesto de profesionales colegiadas, tras la fijación de un nivel mínimo de cobertura y prestaciones por la Ley 27/2011. En particular, se analiza el modo en que las Mutualidades Alternativas al RETA cumplen con las exigencias legales de asegurar una protección mínima frente a determinadas contingencias, entre las que se encuentra la de maternidad, y si ello vacía o no de contenido la previsión relativa al derecho de cesión a favor del padre.

PALABRAS CLAVE: trabajadoras autónomas, prestación de maternidad, Régimen Especial de la Seguridad Social, Mutualidades.

ABSTRACT

This paper studies the legal status of biological maternity allowance for self-employed, especially of liberal professionals collegiate included in a Social Security Mutual alternative to RETA. This highlights the differences in the rights and obligations of both collective of self-employed, as well as the reduced applicability of the right to transfer to the father of the enjoyment of the period of maternity leave in the course of professional collegiate after setting a minimum level of coverage and benefits by Law 27/2011. In particular, it is analysed the way that the Alternatives Mutual to RETA meet the legal requirements to ensure minimum protection against certain contingencies, among which is that of motherhood, and if it empties of content the right of transfer in parent's favour.

KEYWORDS: self-employed, maternity leave, Social Security for Independent Workers, Social Protection Mutual.

SUMARIO

I. CRITERIOS DE INTEGRACIÓN EN LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS PROFESIONALES COLEGIADOS.

II. MUTUALIDADES ALTERNATIVAS AL RETA.

A. OPCIÓN DE COBERTURA Y PECULIARIDADES.

B. NIVEL DE COBERTURA Y PRESTACIONES DE LOS MUTUALISTAS: HACIA LA EQUIPARACIÓN CON EL RETA.

III. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD BIOLÓGICA DE LAS TRABAJADORAS AUTÓNOMAS.

A. DIFERENCIAS ENTRE AUTÓNOMAS INCLUIDAS EN EL RETA Y EN UNA MUTUALIDAD ALTERNATIVA.

B. SOBRE LA CESIÓN DEL DERECHO AL DESCANSO AL OTRO PROGENITOR.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1. CESIÓN DEL DERECHO EN EL SUPUESTO DE TRABAJADORAS AUTÓNOMAS INCLUIDAS EN EL RETA.

2. DERECHO DE CESIÓN EN EL CASO DE PROFESIONALES COLEGIADAS INCLUIDAS EN UNA DE LAS MUTUALIDADES ALTERNATIVAS AL RETA

a) SITUACIÓN PREVIA A LA LEY 27/2011 Y SU POSTERIOR DESARROLLO POR LGSS DE 2015 (DA 19ª).

b) LA LIMITADA APLICABILIDAD DE LA MEDIDA AL AMPARO DE LA REGULACIÓN VIGENTE.

D. VISIÓN PANORÁMICA DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD DE TRABAJADORAS AUTÓNOMAS Y PROFESIONALES LIBERALES EN OTROS PAÍSES EUROPEOS.

IV. REFLEXIONES FINALES.

I. CRITERIOS DE INTEGRACIÓN EN LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS PROFESIONALES COLEGIADOS

Desde la creación del RETA, por Decreto 2530/1970, de 20 agosto (BOE de 15 de septiembre), el proceso de encuadramiento en la Seguridad Social de los profesionales liberales que, para ejercer su actividad, requerían necesariamente su previa colegiación en un Colegio o Asociación ha atravesado tres fases diferenciadas: un periodo inicial de prohibición, que terminó en 1981¹, una segunda fase, de incorporación colectiva y voluntaria, y otra tercera etapa, de encuadramiento individual y obligatorio, aunque con excepciones.

Durante la segunda fase (1981 a 1995), el art. 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, estableció un régimen peculiar de encuadramiento de carácter colectivo y voluntario para todos los profesionales de la misma actividad, por cuanto se exigía que aquella inclusión se realizara “a solicitud de los órganos superiores de representación de dichas entidades y mediante Orden ministerial”². De no mediar dicha solicitud, la protección social de los interesados quedaba al margen del sistema público de Seguridad Social. El citado régimen constituía una excepción a la regla de inclusión obligatoria en el RETA para el resto de profesionales liberales por cuenta propia que no necesitaran incluirse obligatoriamente en un Colegio o Asociación Profesional, que se llevaba a efecto mediante solicitud individual del propio interesado.

La tercera fase, de inclusión individual y obligatoria, se inicia con la aprobación de la Ley 30/1995, de 30 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP) (BOE de 9 de noviembre), cuya disposición adicional decimoquinta, modificada por Ley 50/1998, declara voluntaria la pertenencia a una Mutualidad de Previsión Social y establece nuevas reglas de incorporación al sistema de los profesionales colegiados, en función de distintas circunstancias (señaladamente, la concreta mutualidad afectada, la fecha de constitución de esta con carácter obligatorio y la de inicio de la actividad profesional por parte del trabajador), lo que daba lugar a una diversidad de situaciones³.

A tenor de lo previsto en la citada DA 15^a LOSSP, los profesionales con pertenencia obligatoria a un Colegio Profesional cuyo colectivo no haya sido integrado en el RETA debían darse obligatoriamente de alta en la Seguridad Social, de forma similar al resto de trabajadores por cuenta propia. Tan solo se exceptuaba de esta obligación a los colegiados que se hubiesen incorporado a la mutualidad de previsión social establecida por el Colegio profesional, siempre que esta cumpliera los requisitos siguientes⁴: estar constituida antes del 10 de noviembre de 1995 al amparo del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por el Real Decreto

¹El RD 2504/1980, de 24 octubre, modifica el art. 3 del Decreto 2530/1970 poniendo fin a esta prohibición, con efectos de 1 de enero 1981, al tiempo que establece el régimen de incorporación colectiva de todos los integrantes del Colegio profesional en cuestión.

²Por esta vía se han incorporado al RETA más de cuarenta profesiones: deportistas de alto nivel, peritos y tasadores de seguros, graduados sociales, ingenieros agrónomos colegiados, ingenieros técnicos, ópticos colegiados, farmacéuticos titulares, veterinarios, vendedores de prensa, religiosos y religiosas de la Iglesia Católica, etc. Luelmo Millán, M.A., “El trabajador autónomo: caracteres generales de su actividad y encuadramiento”, *Actualidad Laboral*, núm. 18, 2002, Ref. XXII, pág. 353, Editorial LA LEY, LA LEY 2025/2002, p. 5.

³Lopez Anierte, M.C., “El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: un proceso inacabado”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, p. 68.

2615/1985, de 4 de diciembre y tener un mecanismo de adscripción obligatoria⁵. Al objeto de dar cumplimiento a dicha obligación de aseguramiento individual los interesados podían optar por solicitar la afiliación y/o el alta en dicho Régimen Especial o incorporarse a la Mutuality que tenga establecida dicho Colegio Profesional.

Sin embargo, la DA 18ª LGSS (RD Legislativo 8/2015, 30 octubre; BOE de 31 de octubre)- vigente desde 2 enero 2016- ha supuesto la derogación de la anterior regulación relativa al encuadramiento de los profesionales colegiados. A partir de ahora, quienes ejerzan su actividad por cuenta propia que requiera la incorporación a un colegio profesional cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el RETA, se entenderán incluidos en el campo de aplicación del mismo, debiendo solicitar, en su caso, la afiliación y, en todo caso, el alta en dicho régimen especial en los términos establecidos reglamentariamente.

No obstante, la DA 18ª LGSS contempla varios supuestos de exención de la obligación de alta en el RETA, en los que se reconoce el derecho de opción entre darse de alta en el RETA o en la Mutuality de previsión social alternativa.

En cualquiera de los supuestos contemplados en los apartados 1 y 2 de la DA 18ª LGSS, la inclusión en el citado régimen especial se llevará a cabo sin necesidad de mediar solicitud previa de los órganos superiores de representación de los respectivos colegios profesionales.

II. MUTUALIDADES ALTERNATIVAS AL RETA

A. OPCIÓN DE COBERTURA Y PECULIARIDADES

La DA 18ª LGSS establece, desde el 2 de enero de 2016, la obligatoriedad de la inclusión en el RETA de los profesionales colegiados, aunque se mantiene la exención de la obligación de alta en este Régimen Especial para los colegiados que opten o hubieren optado por incorporarse a la mutuality de previsión social que pudiera tener establecida el correspondiente colegio profesional, siempre que la citada mutuality sea alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por el Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre (BOE de 15 de enero de 1986). Si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la mutuality correspondiente, no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad.

Asimismo, se contempla la exención de encuadramiento obligatorio en el RETA para quienes iniciaran su actividad antes del 10 de noviembre de 1995 y estuvieran integrados en tal fecha en la Mutuality de Previsión Social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional, que no se hubiera integrado en el RETA, quienes podrán elegir entre solicitar el alta en dicho régimen especial o permanecer incorporados a la Mutuality correspondiente en el momento en que se produzca el cambio.

⁵La TGSS, mediante Circular de 15 de febrero de 1999, determinó las mutualidades que debían considerarse como alternativas al RETA (a ellas este grupo se incorporó en 2006 el colectivo de médicos) y aquellas otras mutualidades obligatorias en fecha de 10 de noviembre de 1995 que no se eran alternativas (Mutuality del Cuerpo de Corredores de Comercio Colegiados o la del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos).

Las Mutualidades que pueden ser una alternativa al RETA, de acuerdo con la legislación vigente son las diez siguientes: a) Alter Mutua⁶; b) Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores (HNA), que absorbió a Mutualidad General de Previsión Social de Químicos Españoles; c) Previsión Mutua Aparejadores y Arquitectos Técnicos (PREMAAT); d) Mutualidad de Previsión Social de Procuradores de los Tribunales de España; e) Asociación Mutualista Ingeniería Civil (AMIC); f) Mutual Médica; g) Mutua de Ingenieros Industriales; h) Mutualidad de Gestores Administrativos; i) M.P.S. Peritos Ingenieros Técnicos Industriales (MUPITI); j) Mutualidad de la Abogacía.

En consecuencia, determinados profesionales liberales que ejercen su actividad por cuenta propia como los abogados, médicos, arquitectos, aparejadores, procuradores, gestores administrativos e ingenieros, no están obligados a instar su encuadramiento en la Seguridad Social, ya que, para estos colectivos, existe el derecho de opción entre su incorporación en el RETA o en alguna de las citadas Mutualidades de Previsión Social específicas para su profesión.

La opción que se les plantea es la de poder acogerse exclusivamente a un sistema de capitalización individual de aportación definida o a un sistema de Seguridad Social financiado por reparto o, incluso, la de incorporarse de forma voluntaria en el RETA y mantener su inclusión en tales sistemas privados de previsión social, que tendrían entonces un carácter complementario del sistema público de Seguridad Social.

Dicha posibilidad de opción entre sistema de previsión privado como alternativo al público, y la de mantener ambos de forma complementaria, constituye un privilegio insólito y difícilmente justificable, salvo por razones históricas o por la existencia de una fuerte “presión” procedente de ciertos Colegios profesionales reacios a renunciar a sus prerrogativas⁷.

Entre otras ventajas, las cuotas son más reducidas que las del RETA, aunque se ha establecido una aportación mínima obligatoria, y además, comparativamente, tienen un mejor tratamiento fiscal, ya que las primas o cuotas abonadas a la Mutualidad en su condición de alternativas, en la parte que tenga por objeto la cobertura de las contingencias cubiertas por el mismo, tienen la consideración de gasto deducible de los ingresos de la actividad profesional, con el límite del 100 por 100 de la cuota máxima

⁶Orden EHA/1984/2009, de 6 de mayo, autorizando a la entidad Alter Mutua para el ejercicio de la actividad aseguradora como mutua de previsión social en todo el territorio español para la profesión de abogado; y el Oficio de 8 de octubre de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo e Inmigración por el que se reconoce a Alter Mutua la condición de alternativa a la de alta en el RETA en todo el territorio del Estado.

⁷Para algunos autores, más que a razones de puro escapismo del sistema público, la regulación pretende dar continuidad a la función supletoria que ciertas Mutualidades cumplieron en el pasado con respecto a colectivos que, por decisión de sus respectivos colegios profesionales, permanecieron excluidos del sistema e incorporados en aquellas con carácter obligatorio; de ahí la doble exigencia de su “antigüedad” y de su “obligatoriedad” que se establece para su conceptualización como “alternativas”. Tejerina Alonso, J.I., “La Seguridad Social de los profesionales colegiados”, *Revista Actuarios*, nº 22, 2004, p. 2 (<http://www.actuarios.org/esp/revista22/ss.htm>). Por el contrario, para otros, este sistema de opción es inaceptable por discriminatorio y por suponer una ruptura del principio de extensión del ámbito aplicativo del RETA a colectivos completos. En este sentido, López Anierte, M.C. “Los profesionales colegiados y la Seguridad Social. El lento y complejo camino hacia su completa integración en el sistema”, *Relaciones Laborales*, nº 21, 1997, (LA LEY 5971/2002), pág. 11.

por contingencias comunes que esté establecida en cada ejercicio económico para el RETA (DA. 19ª, apartado 3 LGSS)⁸.

De otro lado, en supuestos de pluriactividad, al estar encuadrados en el sistema por razón del trabajo por cuenta ajena, la permanencia en la Mutualidad les permite evitar duplicar cotizaciones al sistema público, duplicidad de cotizaciones que sin embargo sufren irremediamente la generalidad de los autónomos que también trabajan por cuenta ajena.

B. NIVEL DE COBERTURA Y PRESTACIONES DE LOS MUTUALISTAS: HACIA LA EQUIPARACIÓN CON EL RETA

La consideración de determinadas mutualidades de previsión social como alternativas al RETA presentaba el riesgo de que estas no ofrecieran un nivel de protección adecuado dentro del marco estatal, debido a que la LOSSP no establecía ni el tipo ni la cuantía de las prestaciones que deben garantizar a sus afiliados. De hecho, un importante déficit de cobertura se planteaba, por ejemplo, en relación con la contingencia de maternidad.

Sin embargo, en los últimos tiempos esta fórmula de protección social de base mutualista está recibiendo un fuerte respaldo por medio de reformas legales que tratan de mejorar la cobertura que ofrece a los profesionales colegiados para equipararla a la de los cotizantes como autónomos.

Manifestación de esta tendencia es, por ejemplo, la admisión de la capitalización del desempleo para el pago de las cuotas a la mutualidad, tal y como se puede hacer en el caso de autoempleo con las cuotas de autónomos.

Mayor trascendencia tiene sin duda el reconocimiento, mediante RD 1192/2012, de 3 de agosto (BOE de 4 de agosto), por el que se regula la condición de asegurado y beneficiario de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos en España, del derecho a la sanidad pública a los profesionales acogidos a sus mutualidades de previsión social alternativas en las mismas condiciones que los afiliados, sin necesidad de cotizar a la Seguridad Social, mediante la suscripción de un convenio especial (aunque limitado a aquellos mutualistas con ingresos inferiores a los 100 mil euros anuales). Es obvio que, con esta equiparación, se elimina uno de los inconvenientes que tenía la opción por la Mutualidad del colegio profesional. Ahora bien, al desaparecer la necesidad de darse de alta en el RETA o de suscribir un convenio especial para poder tener acceso a la sanidad pública, se están restando recursos económicos al sistema de Seguridad Social procedentes de las cuotas de los profesionales colegiados.

Por último, en desarrollo del mandato contenido en la Disposición Adicional 46ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (BOE de 2 de agosto), se han fijado, a partir de 2013, unos niveles mínimos de cobertura de contingencias cubiertas y prestaciones que deben necesariamente ofrecer las mutualidades para poder ser consideradas alternativas al alta en el RETA, los cuales han sido actualizados mediante la Disposición Adicional 19ª de la vigente LGSS.

Así, de un lado, en lo que se refiere a las contingencias cubiertas, el apartado 1 de la DA 19ª LGSS, establece que “dichas mutualidades deberán ofrecer a sus afiliados, mediante

⁸ En 2016, el límite deducible es de 13.067,52 euros. Además, si el mutualista desea hacer una aportación mayor, este exceso se podrá deducir de la base imponible general del IRPF. Jiménez González, J., “Previsión Social y seguros personales: Mutualidades alternativas a Autónomos. Luces y sombras”, (<http://mutualidades.blogspot.com.es/2015/03/mutualidades-alternativas-autonomos.html>; consultado el 08/02/2016), pág. 2.

el sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora bajo los que operan, de forma obligatoria, las coberturas de jubilación; incapacidad permanente; incapacidad temporal, incluyendo maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo; y fallecimiento que pueda dar lugar a viudedad y orfandad”.

Si comparamos el ámbito obligatorio de cobertura exigido a las Mutualidades de previsión social alternativas con el definido en el art. 314 LGSS para los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETA⁹, se observa que únicamente se dejan fuera del ámbito de protección de dichas mutualidades las contingencias de riesgo durante la lactancia natural, por cese de la actividad y la de cuidado de menores con cáncer u otra enfermedad grave.

De otro lado, en relación con el nivel de protección, se establecen también unas coberturas mínimas que deben necesariamente ofrecer las mutualidades alternativas al RETA. Tales niveles mínimos de cobertura se fijan en función de dos criterios alternativos: bien sea el importe de la prestación a satisfacer por la citada mutualidad, o bien, el importe de la cuota a abonar por el mutualista.

Así, en primer lugar, el apartado 2 de la DA 19ª LGSS, en su primer párrafo, establece que “las prestaciones que se otorguen por las mutualidades en su condición de alternativas al citado régimen especial, cuando adopten la forma de renta, habrán de alcanzar en el momento de producirse cualquiera de las contingencias cubiertas a que se refiere el apartado anterior, un importe no inferior al 60 por ciento de la cuantía mínima inicial que para la respectiva clase de pensión rija en el sistema de la Seguridad Social o, si resultara superior, el importe establecido para las pensiones no contributivas de la Seguridad Social. Si tales prestaciones adoptaran la forma de capital, este no podrá ser inferior al importe capitalizado de la cuantía mínima establecida para caso de renta”.

En relación a este primer criterio, cabe hacer varias observaciones:

1ª. Dicho criterio únicamente sirve para conocer si la cuantía de las pensiones que ofrecen las Mutualidades (jubilación, incapacidad permanente, viudedad y orfandad) es o no adecuada, puesto que son las pensiones las que tienen garantizadas cuantías mínimas en el Sistema de la Seguridad Social.

2ª. La cuantía mínima de las pensiones que oferte la Mutualidad correspondiente no podrá ser inferior al 60 por ciento de la cuantía mínima inicial que para la respectiva clase de pensión rija en el sistema de la Seguridad Social. Ello significa que habrá que atender a la concreta clase de pensión – de jubilación, incapacidad permanente contributiva, viudedad u orfandad- y también a los demás elementos que, en su caso, inciden en la cuantía mínima de la pensión de

⁹El art. 42 LGSS dispone que la acción protectora del sistema de Seguridad Social comprenderá: “Las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; incapacidad permanente contributiva e invalidez no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; protección por cese de actividad; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por real decreto, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social”. Por su parte, el art. 314 LGSS establece que la acción protectora en el RETA “será la definida en el art. 42 LGSS, con excepción de la protección por desempleo y las prestaciones no contributivas”.

que se trate (edad del pensionista, si tiene o no cónyuge a cargo o es una unidad unipersonal, grado de discapacidad, la existencia de hijos a cargo, etc.)¹⁰.

3ª. El requisito de que la cuantía de la pensión ofertada por la Mutua del Colegio profesional sea equivalente, como mínimo, al 60 por ciento de la correspondiente pensión mínima del sistema de la Seguridad Social no se aplicará si resulta superior al importe de la pensión no contributiva¹¹. Este segundo límite corrector se aplicará en relación con la mayoría de las pensiones, puesto que el 60 por ciento de las correspondientes cuantías mínimas resulta superior a la pensión no contributiva. Así, sucede con la pensión de jubilación para beneficiarios con 65 años (salvo en el supuesto de que tenga cónyuge no a cargo), y para beneficiarios menores de 65 años (aunque únicamente cuando tenga cónyuge a cargo); también en caso de pensionistas de gran invalidez, para incapacidad permanente absoluta y total cuyos beneficiarios tengan 65 años o entre 60 y 64 años (salvo en el supuesto de que tenga cónyuge no a cargo o cuando se trate de pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común siendo menores de 60 años); finalmente, tampoco se aplicaría para la pensión de viudedad (salvo para beneficiarios menores de 65 años sin cargas familiares ni discapacidad en grado igual o superior al 65 por ciento).

4ª.- La cuantía mínima establecida para el caso de renta sirve también para determinar el nivel mínimo de las prestaciones que adopten la forma de capital, que no podrá ser inferior al importe capitalizado de la referida cuantía mínima.

5ª.- El criterio examinado permite un amplio margen para la cobertura de las contingencias cubiertas, por lo que puede considerarse vigente la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (STS 16 mayo 20101; Recurso núm. 1455/2000; TJ 2001, 5216), conforme a la cual las Mutualidades no están obligadas a ofrecer el mismo nivel de protección que el sistema público de Seguridad Social, ni por tanto, no cabe exigirles que garanticen la cuantía mínima de las pensiones que el Estado garantiza cada año a las pensiones públicas¹².

6ª.- El criterio no permite determinar el nivel mínimo de cobertura de las prestaciones de carácter temporal, como incapacidad temporal, maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo, al no tener estas señaladas cuantías mínimas. Aunque el legislador podía haber fijado un nivel mínimo de cobertura de estas prestaciones, situándolo por ejemplo, en un concreto porcentaje de la base mínima de cotización, lo cierto es que, no se sabe si por olvido o conscientemente, no es esta la solución prevista. En consecuencia, la valoración

¹⁰Las cuantías de las pensiones mínimas para 2016 se regulan en el Anexo del RD 1170/2015, 29 diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la seguridad Social. A título de ejemplo, si se trata de una pensión de orfandad, dado que la cuantía mínima por beneficiario en 2016 es igual a 194,30 euros/mensuales, respecto de la pensión de orfandad que oferte una Mutualidad de Previsión Social alternativa al RETA, se considerará que su importe mínimo es adecuado si es igual al 60 por ciento de dicha cantidad, esto es, 116,58 euros mensuales.

¹¹Por lo tanto, en 2016, la cuantía mínima de las pensiones de la mutualidad no podrá ser superior a 367,90 euros mensuales (5.150,60 euros anuales).

¹²Ferrando García, F.M., "Las Mutualidades de Previsión Social: complemento y alternativa al sistema público de Seguridad Social", en AAVV. (Mª. Mar Andreu Martí, Dir. y Coord.), *La empresa social y su organización jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 274.

del nivel de cobertura de estas prestaciones deberá realizarse conforme al segundo criterio.

La misma Disposición adicional 19ª LGSS (apartado 2, segundo párrafo), prevé un segundo criterio para determinar la cobertura mínima obligatoria, que vincula el importe de las cuotas a ingresar por los mutualistas a las que se abonan en el sistema público, y lo hace en los siguientes términos: “se considerará, asimismo, que se cumple con la obligación de cuantía mínima de la prestación, si las cuotas a satisfacer por el mutualista, cualesquiera que sean las contingencias contratadas con la mutualidad alternativa, de entre las obligatorias a que se refiere el apartado 1, equivalen al 80 por ciento de la cuota mínima que haya de satisfacerse con carácter general en este régimen especial”¹³.

Esta exigencia produce un efecto doble. De un lado, se evita que se abonen unas cuotas irrisorias que impidan a las Mutualidades ofrecer el nivel de protección que se estima adecuado para que pueda considerarse alternativas al sistema público de Seguridad Social, lo que supone una mejora de la protección para los mutualistas. Pero, de otro lado, con la subida de las cuotas a satisfacer a las Mutualidades y acercarlas a la del RETA, parece que se está forzando a los profesionales colegiados a optar por darse de alta en este Régimen Especial, y quedar así encuadrados en un sistema público de Seguridad Social, con un ámbito objetivo de cobertura más extenso, de mayor intensidad protectora y mayores garantías de pervivencia futura.

III. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD BIOLÓGICA DE LAS TRABAJADORAS AUTÓNOMAS

A. DIFERENCIAS ENTRE AUTÓNOMAS INCLUIDAS EN EL RETA Y EN UNA MUTUALIDAD ALTERNATIVA

El régimen jurídico de las prestaciones por maternidad biológica de las trabajadoras autónomas difiere según estén integradas en el RETA o en la Mutualidad del Colegio Profesional.

En efecto, mientras que respecto de las primeras, existe una equiparación casi plena con las trabajadoras por cuenta ajena, en cambio, en el caso de las profesionales colegiadas no incluidas en el RETA, el derecho a la prestación por maternidad se reconoce- desde 2013- en las condiciones que establezca la mutualidad y con diverso alcance y contenido que en el sistema de la Seguridad Social.

En relación con los trabajadores autónomos encuadrados en el RETA, el art. 318 del vigente TRLGSS, declara aplicables a este régimen especial, en materia de maternidad y paternidad lo dispuesto en los capítulos VI y VII del título II, respectivamente (que regulan las prestaciones de maternidad y paternidad en el Régimen General de la Seguridad Social). Este mismo precepto, señala que “Los períodos durante los que el trabajador por cuenta propia tendrá derecho a percibir los subsidios por maternidad y paternidad serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, pudiendo dar comienzo el abono del subsidio por paternidad a partir del momento del

¹³Según la Orden de cotización para 2016 (Orden ESS 70/2016, 29 enero), este la base mínima de cotización de los autónomos, que es por la que cotiza el 86% del colectivo, se sitúa en 2016 en 893,10 euros y el tipo a aplicar, incluida la incapacidad temporal y financiación de prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia, sería el 29,90 % de 893,10 euros, lo que conlleva, una cuota mínima mensual de 267,04 euros con carácter general. Por tanto, el 80 por ciento de dicha cuota equivale a 213,63 euros mensuales.

nacimiento del hijo. Los trabajadores de este régimen especial podrán igualmente percibir los subsidios por maternidad y paternidad en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente”.

Por lo tanto, la protección por maternidad en el RETA es idéntica a la prevista en el RGSS en lo referente a situaciones protegidas, carencia exigida, cuantía y duración. Tan solo existen tres peculiaridades relacionadas con la naturaleza autónoma de la actividad desarrollada. Dos ellas se refieren a la exigencia de dos requisitos adicionales de acceso a las prestaciones (la necesidad de estar al corriente en el pago de las cuotas y la de presentación de declaración de situación de actividad) y, la tercera, está relacionada con el disfrute del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, regulado en el apartado 8 de la Disposición Adicional Primera del RD 295/2009, de 6 de marzo (BOE de 21 de marzo)¹⁴.

La situación es muy distinta en lo que concierne a las profesionales colegiadas incluidas en una Mutualidad alternativa, pues, hasta enero de 2013, aquellas no protegían esta contingencia con carácter obligatorio. La única posibilidad que tenían tales mutualistas consistía en contratar un seguro privado, que en cualquier caso, exigía un elevado período de carencia previa¹⁵.

Sin embargo, a partir de 2013, para mantener su carácter de alternativas al RETA, las citadas Mutualidades de Previsión Social ha tenido que incorporar obligatoriamente la contingencia de maternidad y garantizar un nivel mínimo de cobertura.

B. SOBRE LA CESIÓN DEL DERECHO AL DESCANSO AL OTRO PROGENITOR.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En supuestos de parto, nuestra legislación sigue configurando a la madre trabajadora por cuenta ajena como titular del derecho a la suspensión del contrato por maternidad.

Con el fin de favorecer la igualdad de trato en el trabajo, la Ley 3/1989, de 3 marzo (BOE de 8 de marzo), introdujo la posibilidad de disfrute paterno del descanso por maternidad biológica por fallecimiento de la madre o por cesión de esta, y, la LO 3/2007, de 22 de marzo (BOE de 23 de marzo), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (art. 44), añadió también el supuesto de cesión por ausencia de derecho de la madre (nuevo párrafo adicionado al art. 48.4 ET). Desde entonces, la cuestión del disfrute de dicho permiso por el otro progenitor ha suscitado una no desdeñable litigiosidad¹⁶.

¹⁴López Aniorte, M.C. Y Rodríguez Egío, M.M., “¿Favorece el emprendimiento femenino el vigente régimen jurídico de la protección por maternidad biológica?”, *Revista Derecho Social*, núm. 70 2015, pp. 85-92.

¹⁵Así, por ejemplo, en la Mutualidad de la Abogacía, a partir de 2005 se contempló la protección por maternidad con el requisito de un periodo previo de carencia de suscripción voluntaria de un seguro privado, que garantizaba el pago de una indemnización cuando la profesional de la abogacía se viera obligada a interrumpir totalmente su actividad por razón de maternidad. Este sistema voluntario se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley 27/2011 (DA 46ª).

¹⁶Lousada Arochena, J.F., “El reglamento de las prestaciones por maternidad y paternidad: puntos críticos”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, Nº 24, 2009, p. 51.

Con relación a este tema, la jurisprudencia ha hecho tradicionalmente una interpretación restrictiva de la norma al exigir que ambos progenitores trabajen, teniendo que reunir cada uno de ellos los requisitos de afiliación, alta y carencia como trabajadores con vinculación de naturaleza laboral y que estén incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social (u otro que incluya trabajadores por cuenta ajena), o funcionarios o asimilados.

Ahora bien, con respecto a las trabajadoras autónomas encuadradas en el RETA, la referida doctrina debe considerarse superada a tenor de lo dispuesto en el art. 1 del RD 295/2009, de 6 de marzo, que extiende la normativa sobre la opción a favor del otro progenitor a todos los regímenes del sistema¹⁷. En cambio, habría que considerar que no pueden transmitir el derecho del que carecen al otro progenitor las profesionales liberales incorporadas a la Mutualidad del Colegio Profesional, al estar excluidas del sistema de la Seguridad Social.

1. DERECHO DE CESIÓN EN EL SUPUESTO DE TRABAJADORAS AUTÓNOMAS INCLUIDAS EN EL RETA

A pesar de que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Igualdad, el fundamento del derecho de cesión de la autónoma integrada en el sistema al otro progenitor podría encontrarse en la Disposición Adicional Undécima bis de la LGSS de 1994 (RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio; BOE de 29 de junio)¹⁸, sorprendentemente, el Tribunal Supremo ha venido considerando que únicamente las trabajadoras por cuenta ajena vinculadas mediante contrato de trabajo tienen reconocido el derecho a ceder al otro progenitor parte del descanso y del correspondiente subsidio, denegando a las trabajadoras por cuenta propia la posibilidad de hacerlo¹⁹.

Siguiendo la doctrina de unificación de la Sala IV del Tribunal Supremo, así lo entiende, también, el TSJ del País Vasco (Social) en sus Sentencias de 20 de febrero de 2001 (AS 2001, 4346), y 27 de marzo de 2001 (JUR 2001, 300567) en relación a dos trabajadoras no incluidas en el sistema de la Seguridad Social, estando la segunda de dichas Sentencias referida a abogada afiliada a la Mutualidad General de la Abogacía. Idéntica postura denegatoria del derecho del padre -trabajador por cuenta ajena- a la prestación por maternidad en supuestos de madre trabajadora por cuenta propia afiliada al RETA mantienen, entre otras, las STSJ del País Vasco, de 16 de abril de 2002 (JUR 2002, 221391) y también STSJ Andalucía/Granada, de 18 diciembre 2000 (AS 2001, 970), STSJ Murcia, de 30 septiembre 2002 (AS 2002, 3004), y STSJ Madrid, de 26 febrero 2003 (AS 2002, 3015)²⁰.

Sin embargo, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de igualdad, en 2007, esta sólida doctrina judicial contraria al reconocimiento del derecho de cesión a la autónoma integrada en el sistema empieza a debilitarse a medida que surge una nueva línea interpretativa de los tribunales de suplicación (sin que el TS haya dictado una

¹⁷Dicho precepto establece: “las disposiciones establecidas en los capítulos II, III, IV y V de este Real Decreto serán de aplicación a todos los regímenes del sistema de la Seguridad Social, sin más particularidades que las que expresamente se indican”.

¹⁸López Anierte, M.C. Y Rodríguez Egío, M.M., “¿Favorece el emprendimiento femenino el vigente régimen jurídico de la protección por maternidad biológica?”, *est. cit.*, p. 96.

¹⁹SSTS 20 noviembre 2001 (RJ 2002/360) y 28 diciembre de 2000 (RJ 2001/1882), recaídas ambas en RCUD.

²⁰Nuñez Cortés-Contreras, P. y Cebrián Carrillo, A., *El reflejo en la jurisprudencia de las medidas de conciliación de vida laboral y personal*, Consejería de Empleo y Mujer, Comunidad de Madrid, Madrid, 2006, p. 35.

doctrina unificada)- encabezada por la STSJ País Vasco de 2 de diciembre de 2008 (JUR 2009/305865)- que admite ese derecho de cesión, por entender que las trabajadoras por el hecho de serlo en cuanto encuadradas en los distintos regímenes de la Seguridad Social, tienen reconocido el derecho a la prestación de maternidad con igual extensión, y poseen iguales motivos para optar a que sea el otro progenitor el que disfrute el permiso²¹.

Esta nueva corriente interpretativa, unida a lo dispuesto en el art. 318 de la vigente LGSS y a la previsión del art. 1 del RD 295/2009- en la que se extiende el derecho de opción al otro progenitor a todos los regímenes del sistema-, permite considerar resuelto el dilema y afirmar que las trabajadoras autónomas tienen reconocido este derecho de conciliación de la vida laboral y familiar en igualdad de condiciones que las mujeres por cuenta ajena²².

2. DERECHO DE CESIÓN EN EL CASO DE PROFESIONALES COLEGIADAS INCLUIDAS EN UNA DE LAS MUTUALIDADES ALTERNATIVAS AL RETA

a) SITUACIÓN PREVIA A LA LEY 27/2011 Y SU POSTERIOR DESARROLLO POR LGSS DE 2015 (DA 19ª)

Hasta la aprobación de la Ley 27/2011 (DA 46ª) y su reciente concreción por la DA 19ª del nuevo TRLGSS, las Mutualidades de los colegios profesionales, pese a su naturaleza de alternativas al RETA, presentaban un grave déficit de cobertura en lo que se refiere específicamente a la contingencia de maternidad, ya que no reconocían ninguna prestación económica que permitiera compatibilizar el ejercicio de la profesión durante los primeros meses posteriores al parto. Esta carencia se ha ido haciendo cada vez más visible a medida que se ha ido incrementando en los últimos años la colegiación de mujeres jóvenes y, por tanto en edad fértil.

Ante la ausencia de derecho de la trabajadora autónoma colegiada, el RD 295/2009 reconoce, en su art. 3.4, un derecho directo al otro progenitor, quien podrá percibir el subsidio contributivo por maternidad que hubiera correspondido a la madre, si reúne todos los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente período de descanso, que será, además, compatible con el disfrute de la prestación por paternidad.

b) LA LIMITADA APLICABILIDAD DE LA MEDIDA AL AMPARO DE LA REGULACIÓN VIGENTE

De acuerdo con el art. 3.4 del RD 295/2009, en el caso de las profesionales colegiadas incorporadas a la Mutualidad como alternativa al RETA, la cesión al otro progenitor únicamente podrá tener lugar cuando aquella “no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad”, situación a la que se equiparan los supuestos en que “la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional”.

²¹Sentencia comentada por Olarte Encabo, S., “Transferencia de la prestación por maternidad de las trabajadoras autónomas: la equiparación plena con las trabajadoras por cuenta ajena”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 57, 2000.

²²López Anierte, M.C. y Rodríguez Egío, M.M., “¿Favorece el emprendimiento femenino...”, *est. cit.*, p. 97.

Sin embargo, la norma reglamentaria niega al otro progenitor el derecho a lucrar el subsidio en el sistema de la Seguridad Social en caso de que “la madre tuviese derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión derivado de su actividad profesional, independientemente de su duración o de su cuantía, o cuando no alcanzara este derecho por no haber incluido voluntariamente la cobertura de esta prestación”.

En consecuencia, tras la fijación de un nivel mínimo de cobertura y prestaciones por la Ley 27/2011 (DA 46^a), concretado en la DA 19^a LGSS, surge la duda de la aplicabilidad del derecho del padre al disfrute del período de descanso por maternidad *ex art.* 48.4 ET y art. 3.4 RD 295/2009, en el supuesto de profesionales colegiadas, toda vez que, por mandato legal, las Mutualidades de los Colegios reconocen, desde el 1 de enero de 2013, el derecho a la prestación por maternidad.

La respuesta debe ser negativa cuando la madre tiene derecho a la protección por maternidad en el ámbito de cobertura de su colegio profesional, siendo irrelevante su cuantía y duración y/o la forma de la prestación y de que esta dicha prestación se incardine dentro de la “incapacidad temporal profesional”, pues ello no le hace perder su autonomía en el ámbito de la acción protectora [STSJ País Vasco (Social), de 17 julio 2014 (REC 1259/2001), STSJ de Asturias (Social), de 13 de junio de 2014 (LA LEY 80231/2014)²³, y STSJ Castilla León/Burgos (Social), de 8 abril 2015 (LA LEY 38776/2015)].

Todas las mutualidades alternativas se han adaptado a las exigencias de nivel mínimo de cobertura obligatoria, tanto de carácter cualitativo (contingencias cubiertas) como de carácter cuantitativo (cuantía mínima de las pensiones o de las cuotas). Ahora bien, cada una de dichas entidades de seguro establecen distintos requisitos de acceso, cuantía y duración de la prestación, aunque, en general, esta consiste en un pago único. Así, a título de ejemplo, desde enero de 2013, la Mutualidad de la Abogacía reconoce una prestación de maternidad o adopción consistente en un pago único, equivalente a 60 días del capital suscrito. Con carácter general, la prestación por maternidad será de 1.800 euros (equivalente a 30 días), que se percibe además sin necesidad de cursar baja por descanso. En el caso de la Mutualidad de los Ingenieros (AMIC), se reconoce el derecho a la prestación por maternidad consistente en un pago único por hijo equivalente a 400 euros. Por su parte, la Mutualidad para profesionales de la arquitectura técnica (PREMAAT) reconoce el derecho a un pago único en concepto de maternidad biológica de 1.000 euros.

Para los tribunales, aunque la prestación no consista, como en el caso del RETA o del RGSS en un subsidio del 100 por 100 de la base reguladora a abonar durante 16 semanas de descanso, sino en una indemnización a tanto alzado por parto, puede considerarse cubierta dicha contingencia en la medida que cumpla con las garantías establecidas actualmente en la DA 19 LGSS²⁴. En este caso, el nivel mínimo debe

²³Así, la STSJ de Asturias (Social), de 13 de junio de 2014 (LA LEY 80231/2014), considera que no se da el presupuesto de cesión en el supuesto de abogada incluida en la Mutualidad General de la Abogacía, por cuanto esta otorgaba en concepto de maternidad por parto -previo al cumplimiento de un periodo de carencia de 300 días (diez meses) desde la fecha de efectos hasta el inicio del periodo de gestación- una cantidad a tanto alzado de 450 euros con independencia de que la madre se halle o no abocada a guardar descanso. Además, en el momento del hecho causante del caso enjuiciado no se encontraban vigentes las garantías de cobertura mínima establecidas en la DA 46^a Ley 27/2011.

²⁴La STS Aragón (Social), de 29 abril 2015 – Sentencia número 263/2015 (LA LEY 52478/2015) - declara que la función que cumple la prestación dispensada por la Mutualidad es la de sustituir las rentas dejadas de percibir por la madre durante los sesenta días siguientes al parto, aunque se abone en un único pago, siendo la misma que cumple el subsidio de maternidad del sistema de la Seguridad Social, aun con

considerarse garantizado, con independencia de la cuantía de la prestación, si las cuotas a abonar a la respectiva Mutualidad son del 80 por ciento de la cuota mínima a abonar en el RETA.

Por lo tanto, únicamente será aplicable cuando “la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional”. Así sucederá cuando no reúna la carencia establecida en la correspondiente Mutualidad para lucrar dichas prestaciones²⁵.

D. VISIÓN PANORÁMICA DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD DE TRABAJADORAS AUTÓNOMAS Y PROFESIONALES LIBERALES EN OTROS PAÍSES EUROPEOS

A título meramente ilustrativo se ofrecen unas pinceladas del modo en que queda configurado el derecho a la prestación por maternidad de las profesionales liberales en tres países de la Unión Europea como es el caso de Francia, Italia y Bélgica.

En Francia, las mujeres profesionales liberales están incluidas dentro del régimen de la maternidad de profesionales autónomos, debiendo cotizar al Régimen Social de los Independientes (RSI). En virtud del decreto nº 2008-1410, 19 de diciembre de 2008, aquellas tienen derecho a una ampliación de la duración mínima del descanso por maternidad establecida en cuarenta y cuatro días consecutivos, de los cuales, 14 días debe tomarse antes de parto. Este período podrá ser prorrogado a solicitud del interesado por uno o dos períodos de quince días consecutivos²⁶.

Sin embargo, las profesionales liberales, que pertenecen al colectivo de practicantes y asistentes médicos, vinculadas mediante convenio con la Seguridad Social, tienen derecho a partir del Decreto 2006-644, del 1 de junio de 2006, a un período de descanso por maternidad igual al de trabajadores por cuenta ajena. Tales trabajadoras percibirán prestaciones a tanto alzado de descanso maternal destinadas a compensar parcialmente la disminución de la actividad, que se abonan en dos pagos por un importe equivalente al tope máximo establecido por la seguridad Social en caso de nacimiento y a la mitad en caso de adopción. En el supuesto de interrupción total de la actividad, tienen derecho

una duración superior y un modo de pago diferente. Por ello niega al padre el derecho al disfrute del subsidio por maternidad del sistema Público.

²⁵En la Mutualidad de la Abogacía, en el supuesto de maternidad el período de carencia dependerá del sistema en el que está contratada la cobertura. En el Sistema de Previsión Profesional no se considerarán períodos de carencia cuando el alta a efectos de la cobertura de la contingencia en el sistema como alternativo coincida con el alta en el sistema. En el resto de sistemas, el período de carencia es de 24 meses desde la contratación hasta el inicio del período de gestación o de la fecha de la resolución por la que se constituye la adopción. Igualmente, para la cobertura de la maternidad, adopción legal y/o enfermedades derivadas o agravadas por embarazo, aborto o parto, el Sistema de Previsión Personalizado (SPP) de los arquitectos por cuenta propia exige un período de carencia de 24 meses. Sin embargo, hay pronunciamientos en sentido contrario que estiman que el pago único no tienen la naturaleza de prestación sustitutoria [STS Asturias nº 1284/2014, de 13 de junio (La LEY 80231/2014); STSJ Andalucía/Sevilla nº 1875/2014, de 2 de julio (La LEY 123874/2014), entre otras]. Asimismo, la Resolución de los Servicios Centrales del INSS de 16 de junio de 2009 rechazó atribuir la naturaleza de subsidio por maternidad al exiguo pago de 150,25 euros que, por dicho concepto, abonaba la Mutua de Aparejadores y Arquitectos Técnicos.

²⁶<http://droit-finances.commentcamarche.net/faq/5804-professions-liberales-et-conge-maternite>
http://www.cdomk21.org/cms/images/stories/pdf_cdo21/CONGE_LIBERAL_DE.pdf.

a una prestación diaria equivalente a 1/60 parte del tope máximo establecido por la Seguridad Social.

De otro lado, en Italia, la protección por maternidad de las trabajadoras autónomas y profesionales liberales, se regula, respectivamente en los capítulos XI (arts. 66-69) y XII (arts. 70 y ss.) del Decreto legislativo de 26 de marzo de 2001, núm. 151²⁷. De acuerdo con lo previsto en el art. 70, a los profesionales liberales encuadrados en el sistema de Seguridad Social a través del Instituto Nacional de Previsión Social (INPS), se les abonará un subsidio de maternidad durante dos meses antes del nacimiento y tres meses posteriores al mismo. La cuantía de la prestación equivale a un porcentaje de los ingresos profesionales declarados a efectos fiscales como ingresos en el segundo año anterior al hecho causante, si bien dicho importe está sujeto a unos límites mínimos y máximos.

Por último, en Bélgica, la duración máxima del descanso por maternidad para los trabajadores por cuenta propia es de ocho semanas -frente a las quince reconocidas a los trabajadores por cuenta ajena-, de las cuales tres deben disfrutarse obligatoriamente antes del parto y dos semanas posteriores al parto (los asalariados pueden disfrutar seis semanas previas al parto, de las cuales cinco son facultativas y pueden ser trasladadas al periodo posterior al parto, pero una es de descanso obligatorio anterior al parto). En cuanto a la cuantía, a diferencia de los trabajadores por cuenta ajena para quienes el importe de la prestación es igual a un porcentaje del salario bruto (del 82 % durante los primeros 30 días y del 75% a partir del día 31, con un máximo de 98,70 euros/día), para los autónomos, la cuantía es igual a un pago único equivalente a 440,50 euros por cada semana de descanso²⁸.

IV. REFLEXIONES FINALES

El encuadramiento de los profesionales colegiados se regula, desde enero de 2016, en la Disposición adicional 18ª del Texto refundido de la LGSS (aprobado por RD Leg. 8/2015, de 30 de octubre). Como la anterior regulación, tras declarar la inclusión individual y obligatoria de estos en el RETA, admite, a continuación, varias exenciones. En consecuencia, la normativa vigente sigue reconociendo la posibilidad de opción entre sistema de previsión privado como alternativo al público. Ello constituye un privilegio insólito y difícilmente justificable, por cuanto contradice el principio de encuadramiento obligatorio en el sistema de Seguridad Social.

La consideración de determinadas mutualidades de previsión social como alternativas al RETA presentaba el riesgo de que estas no ofrecieran un nivel de protección adecuado dentro del marco estatal. De hecho, un importante déficit de cobertura se planteaba, por ejemplo, en relación con la contingencia de maternidad. Sin embargo, en los últimos tiempos esta fórmula de protección social de base mutualista está recibiendo un fuerte respaldo mediante reformas que han mejorado la protección de los mutualistas. Un claro ejemplo de ello es el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria del sistema nacional de salud, sin necesidad de suscribir un convenio especial.

²⁷El mencionado Decreto desarrolla la Ley de 29 de diciembre de 1987, en lo que concierne a las trabajadoras autónomas y la Ley 11 diciembre de 1990, nº 379, en el caso de las profesionales liberales [<http://www.inps.it/portale/default.aspx?sID=%3B0%3B5673%3B5689%3B&lastMenu=5689&iMenu=1&iNodo=5689&p4=2>]

²⁸ MISSOC [ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1102&langId=en&intPagelId=2391]

Por otro lado, las reformas acometidas a partir de 2013, en aplicación de la Ley 27/2011, al establecer coberturas mínimas, pueden provocar el efecto contrario y forzar la incorporación al RETA de los nuevos profesionales colegiados, quienes- como consecuencia de la subida de las cuotas a satisfacer a la Mutualidad correspondiente-, pueden preferir su encuadramiento en el sistema público de Seguridad Social, que ofrece mejores prestaciones y mayores garantías de pervivencia.

En efecto, en lo que se refiere específicamente a la prestación por maternidad, mientras que las trabajadoras autónomas incluidas en el RETA tienen derecho a la prestación por maternidad en los mismos términos y condiciones que los trabajadores por cuenta ajena, incluido el derecho de cesión a favor del otro progenitor, las profesionales colegiadas han tenido hasta ahora un gran déficit de cobertura en este ámbito.

A partir de la Ley de Igualdad, dicha laguna se cubrió reconociendo al otro progenitor un derecho originario a la prestación (art. 3.4 del RD 295/2009). Ahora bien, en aplicación de la Ley 27/2011 (DA 46^a), las Mutualidades de previsión social, para mantener su condición de “alternativas” al RETA, se han visto obligadas a reconocer a sus mutualistas protección frente a determinadas contingencias, entre las que se encuentra la maternidad. Con la inclusión en su ámbito de cobertura de la prestación por maternidad, aunque se abonen en un único pago, desaparece el presupuesto del derecho atribuido al otro progenitor *ex* art. 3.4 del RD 295/2009. Así lo están declarando los tribunales de suplicación, por entender que la finalidad de dicho pago es la misma que cumple el subsidio de maternidad del sistema de la Seguridad Social, aun con una duración superior y un modo de pago diferente, y, sobre todo, teniendo en cuenta que estos trabajadores tienen abierta la posibilidad de darse de alta en el Sistema de Seguridad Social.

Recibido: 23.06.2017. Aceptado: 02.10.2017.

EL IMPACTO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN EN LA SALUD DE LOS TRABAJADORES: EL TECNOESTRÉS

THE IMPACT OF INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES ON WORKERS' HEALTH: TECHNOESTRÉS

LUCÍA ARAGÜEZ VALENZUELA¹

Universidad de Málaga

¹Personal Investigador en Formación. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga. Facultad de Derecho. Bulevar Louis Pasteur, 26, 29071, Málaga (Campus Teatinos).

RESUMEN

El uso de las tecnologías se ha introducido con rapidez en la sociedad, formando parte irreversiblemente de nuestras vidas cotidianas. En el mundo laboral, su uso –y abuso– ha generado diversas formas de trabajo y de organización empresarial, primando la prestación de servicios mediante la utilización de sistemas informáticos.

Sin embargo, las tecnologías pueden crear unas exigencias para el trabajador que, en ocasiones, es incapaz de asumir –bien sea por falta de formación, adaptación o por el uso inadecuado de las mismas–, dando lugar a nuevos riesgos psicosociales en el trabajo –como es el tecnoestrés–.

Este estudio tratará de analizar la repercusión de las tecnologías en el mundo laboral, teniendo a su vez en cuenta las innumerables ventajas laborales promovidas por su incorporación y manteniendo la idea de que es necesario hacer un uso razonable de las mismas para evitar circunstancias perjudiciales en la salud de los trabajadores.

PALABRAS CLAVE: tecnoestrés, trabajadores, riesgo psicosocial, tecnologías.

ABSTRACT

The use of technologies has been introduced rapidly in society, forming an irreversible part of our daily lives. In the labor world, its use - and abuse - has generated various forms of work and business organization, with the primary provision of services through the use of computer systems.

However, the use of Technology may create requirements that are often unable to assume by some employees, either due to lack of training, lack of adaptation or misuse of them. This creates a situation of psychosocial risk, the so-called technostress, which directly affects their health and undoubtedly makes difficult to balance working life with private life.

This study will analyze the impact of technologies in the world of work, taking into account the innumerable labour advantages promoted by its incorporation and maintaining the idea that it is necessary to make a reasonable use of them to avoid detrimental circumstances in The health of workers.

KEYWORDS: technostress, workers, psychosocial risk, technologies.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA APARICIÓN DE NUEVOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN EL TRABAJO: EL TECNOESTRÉS

III. POSIBLES MEDIDAS PREVENTIVAS DEL TECNOESTRÉS

IV. AUSENCIA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA Y ANÁLISIS DEL DERECHO A DESCONECTARSE

V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El uso de las tecnologías de la información y de la comunicación -también conocidas como TIC²- forman parte de la vida cotidiana de forma indeleble. El paradigma digital está imponiendo transformaciones abruptas y disruptivas en todos los escenarios de la vida en sociedad; sin embargo, la intensidad de tales cambios se aumenta entre los escenarios y actores protagonistas de dichas modificaciones³: los trabajadores.

Las TIC han evolucionado de forma vertiginosa⁴ en el mundo del trabajo, pasando de ser utilizadas por un pequeño número de trabajadores, a generalizarse su uso; tanto es así que desde mediados de los noventa hasta la actualidad, las tecnologías han abarcado ámbitos sociales, culturales, económicos, docentes y, por supuesto, laborales⁵. Concretamente, la Unión Europea (UE) acuñó el término Sociedad de la Información a partir del Informe BANGEMANN como una estrategia de incorporación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en la Europa del futuro⁶, fomentando la utilización de dichos medios informáticos como un proceso de evolución.

Debido a estos nuevos modelos con implicaciones digitales y propensos a la incorporación de las tecnologías en casi todos los escenarios de la vida en sociedad, el mundo del trabajo se concierne de forma distinta, creando estructuras productivas flexibles, modificando la propia relación laboral; e incluso, llegando a cuestionar conceptos clásicos del derecho del trabajo. Así, cada vez un mayor número de empresas desarrollan su actividad laboral mediante la utilización de plataformas virtuales o a través de la incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación en el trabajo. Este protagonismo tecnológico se debe a una forma empresarial de reducir costes, mejorar la efectividad y obtener beneficios económicos para ser consideradas en el mercado como empresas más competitivas⁷

²Se consideran TIC's al conjunto de tecnologías, tales como: software, soportes, canales, herramientas, etc., que permiten al usuario acceder, almacenar, transmitir y procesar la información.

³Alemán Páez, F.; *El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la LOU Travail nº 2016-1088*. Ponencia del IV Congreso Iberoamericano y Europeo sobre *Nuevas formas de trabajo y su regulación. Incidencia de las migraciones laborales en la seguridad social*. Cuenca. 2016.

⁴Manzano Santamaría, N.; *Las tecnologías de la comunicación y la información (TIC's) y las nuevas formas de organización del trabajo: factores psicosociales de riesgo*. Anuario Internacional sobre prevención de Riesgos Psicosociales y calidad de vida en el trabajo. 2016. Pág. 29-55. Disponible en el siguiente enlace: <http://www.ugt.es/Publicaciones/Anuario2016%20WEB.pdf>

⁵El Plan de Acción e Europe 2002 e INFO XXI fueron programas impulsores del proceso de creación de una cibernación tecnificada con objetivos tales como: el estímulo del uso de Internet de forma generalizada, la inversión en personas y en su formación en lo que al uso de las tecnologías se refiere, la mejora de Internet haciéndolo más rápido y seguro, entre otros

⁶Saiz Álvarez, J. M.; *Nuevas tecnologías y mercado de trabajo: situación actual de la externalización de servicios*. Ponencia para el I Congreso Internacional sobre Tecnología Documental y del Conocimiento por la AHDI. Madrid. 2004. Disponible en el siguiente enlace: <http://eprints.rclis.org/5480/1/Madrid15.pdf>

⁷A su vez, ha surgido un nuevo concepto de práctica laboral, el *eWork* mediante la incorporación de las TIC's en el desempeño del trabajo gracias a la colaboración de equipos de trabajo móviles virtuales. Espacios donde una red internacional de emprendedores y trabajadores pueden relacionarse, colaborar, trabajar y aprender.

Esta situación cambiante en las condiciones de trabajo, ha dado lugar a que los trabajadores tengan que readaptarse al uso de las tecnologías y también formarse en esta materia, mediante el aprendizaje de estos soportes electrónicos, como por ejemplo: el uso del correo electrónico, la firma electrónica, de Internet, la posible vigilancia y control por parte del empresario a la hora de desarrollar su actividad laboral (cámaras de videovigilancia, sistemas de escucha, GPS, redes sociales, etc.), el tratamiento automatizado de datos, entre otros.

Ante esta nueva realidad laboral es necesario, de un lado, que los trabajadores tengan una actitud predispuesta al cambio mediante la adaptación de las tecnologías a la reestructuración de la profesión, logrando un enfoque integrado que asocie la introducción de nuevas tecnologías con la educación, el aprendizaje y los cambios organizacionales en la empresa; y de otro lado, que el legislador vea la necesidad de regular la materia -en cualquiera de sus formas⁸- para evitar abusos en los derechos básicos y fundamentales de los trabajadores.

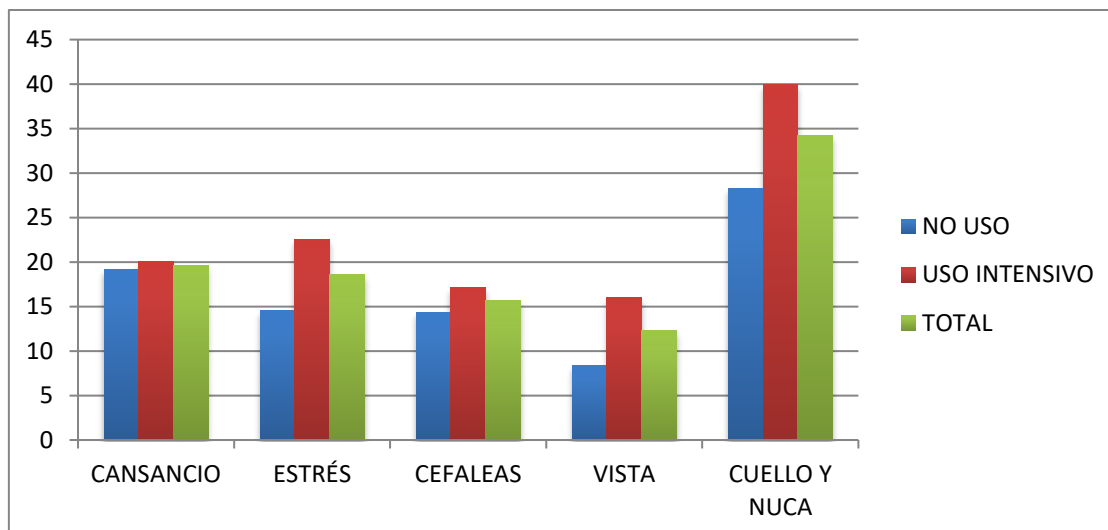
Aquellos trabajadores que se han adaptado a la perfección a los cambios tecnológicos en el puesto de trabajo, son considerados como: empleados 3.0, los cuales tratan de conseguir el máximo beneficio para la empresa mediante la utilización de los medios tecnológicos de forma equilibrada y adecuada, maximizando los recursos que las TIC ofrecen al trabajo (la comunicación sincrónica, el acceso, la obtención y la utilización de información, la movilidad de contenidos, el abaratamiento físico laboral, espacios de *coworking*⁹, etc.). Sin embargo, en la mayoría de los casos, los trabajadores tienen una mala adaptación al uso de las tecnologías -bien sea por defecto o bien por exceso-, dando lugar a situaciones estresantes en su puesto de trabajo.

II. LA APARICIÓN DE NUEVOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN EL TRABAJO: EL TECNOESTRÉS

Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral¹⁰ hacen referencia a aquellas circunstancias perjudiciales en la salud mental, física y social de los trabajadores, ocasionados por las condiciones de trabajo y por los factores organizacionales y relacionales susceptibles de interactuar con el funcionamiento mental.

⁸Regulación legal, reglamentaria, por negociación colectiva, por contrato de trabajo individual, o por convenio.

¹⁰ Pueden consultarse en la Nota Técnica de Prevención 926 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT, 2012) y en el documento del European Framework for Psycho social Risk Management (PRIMA-EF, 2008).



Fuente: Anuario Internacional sobre prevención de Riesgos Psicosociales y calidad de vida en el trabajo 2016

Actualmente, la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CNSST) ha considerado estas nuevas –y no tan nuevas- enfermedades de trabajo como causas motivadoras de incapacidad laboral en los trabajadores. Concretamente en este estudio, vamos a analizar el estrés laboral¹¹ -o más bien el tecnoestrés- como trastorno protagonista en la actualidad tras la incorporación de las tecnologías de la información y de la comunicación en las condiciones de trabajo.

Concretamente, la flexibilidad laboral, la deslocalización, el aumento de competitividad en el mercado y el uso de las TIC en el mercado laboral, están propiciando la generación de riesgos emergentes de carácter psicosocial:¹²



En la actualidad, existen dos tipos de trastornos derivados por la incorporación inadecuada de las TIC en el trabajo: la tecnofobia y la tecnoadicción, siendo ambas consideradas como elementos motivadores del estrés en el trabajo.

¹¹El estrés es una respuesta del organismo que puede afectar gravemente a la salud, el bienestar y la calidad de vida del que lo padece y de los que le rodean. Tiene consecuencias psicológicas y fisiológicas. En efecto es un factor de riesgo de tres de las principales causa de muerte de las sociedades actuales: cáncer, enfermedades cardíacas y accidentes cerebro vasculares.

¹²Manzano Santamaría, N.; *Las tecnologías de la comunicación y la información (TIC's) y las nuevas formas de organización del trabajo: factores psicosociales...op. cit.*

De un lado, la tecnofobia¹³ es considerada como aquella enfermedad en la que los trabajadores sienten un rechazo frontal al uso de las nuevas tecnologías en el trabajo, es decir, se consideran tecnófobos aquellas personas que presentan una actitud general en contra a las nuevas tecnologías. Los primeros tecnófobos reconocidos por la historia fueron los luditas o ludistas que conformaron un violento movimiento contra la revolución industrial que surgió en Inglaterra a comienzos del siglo XIX¹⁴. Los ludistas eran antiguos artesanos tejedores que veían amenazada su subsistencia por los telares mecánicos y por la mano de obra barata que se contrataba. Sin embargo, hoy en día el concepto de tecnófobo ha cambiado, pero continúa manteniendo su esencia en lo que respecta al rechazo del elemento tecnológico tanto en su vida cotidiana como en el trabajo.

Los grupos más sensibles a este tipo de trastornos son generalmente los trabajadores de edad media o avanzada (a partir de cuarenta años de edad). El motivo fundamental consiste en que les resulta bastante complejo reaprender una nueva forma de trabajo a través de sistemas electrónicos o informáticos. Sin embargo, es cierto que dicho colectivo—denominado: trabajadores maduros— no únicamente se inmiscuyen en este tipo de trastorno, sino que se puede ampliar también a trabajadores de diferentes edades que sienten miedo a lo desconocido y a sentirse amenazados o atacados por cualquier tipo de innovación tecnológica¹⁵.

El trastorno de la tecnofilia -o el miedo a las tecnologías- encuentra su razón de ser, de entre otros muchos escenarios, a la escasa formación de los trabajadores en la materia, fundamentalmente de aquellos que no se encuentran relacionados con las TIC en su vida cotidiana, haciéndose muy complicada la adaptación mental a su nuevo puesto de trabajo.

De otro lado, nos podemos encontrar con trabajadores que mantienen una adicción al uso de las nuevas tecnologías y no únicamente en su vida cotidiana, sino también en su propio puesto de trabajo. Antes de adentrarnos en esto, debemos tener claro una serie de conceptos. La OMS (Organización Mundial de la Salud) en 1989 definió la adicción en términos de dependencia, esto es, el uso de algo debido al alivio, confort o estimulación que se consigue con su utilización. Según ECHEBURÚA y CORRAL¹⁶ cualquier

¹³Elizabeth Luque, L.; *Tecnofobia: estudio sobre la ansiedad ante y la aversión hacia las herramientas de tecnología digital, en sujetos adultos argentinos*. Interpsiquis. 2006. Disponible en el siguiente enlace: <http://www.psiquiatria.com/bibliopsiquis/assetstore/13/07/22/130722528898996331609185534899922208778>. Según la doctora, la tecnofobia se basa en los dos siguientes aspectos: “1) La incorporación y el incremento de herramientas de tecnologías digitales (HTD) en la vida cotidiana caracterizado básicamente por la ansiedad antes las HD y los comportamientos de aversión consecuentes. 2) los tecnofóbicos evitan, en la medida de lo posible, la interacción con las HTD pero cuando se ven forzados al uso de éstas por sus actividades laborales o académicas, tardan más tiempo, cometen más errores y se desempeñan más pobremente que los no-fóbicos”

¹⁴Martínez Selva, J.M.; *Tecnoestrés: ansiedad y adaptación a las nuevas tecnologías en la era digital* Grupo Planeta. 2011. Pág. 15.

¹⁵ Sócrates, según narra Platón en *Fedro*, desconfiaba de la escritura porque podría provocar en las personas la merca en la facultad de la memoria.

¹⁶ Madrid López, R. I.; *Adicción a internet: Conceptualización y Mecanismos explicativos*. PSQUIATRIA.COM. 2000. Pág. 2. Véase en el siguiente enlace: <http://www.psiquiatria.com/revistas/index.php/psiquiatriacom/article/viewFile/542/520>.

conducta normal placentera es susceptible de convertirse en un comportamiento adictivo.

Cuando un trabajador mantiene cierta adicción a la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación en su puesto de trabajo, se considera que tiene un determinado trastorno: la tecnofilia¹⁷, que no es más que aquella clásica adicción pero circunscrita al ámbito de las tecnologías de la información y de la comunicación. Los tecnófobos por excelencia son los jóvenes, es decir, aquellos trabajadores que han nacido a partir de 1980 los cuales se encuentran intrínsecamente relacionados con la utilización de tecnologías de la información y de la comunicación, siendo considerados propensos a generar tecno-adicciones por el manejo con facilidad de dichos medios.

En el ámbito concreto de las tecnologías, su uso -y abuso- puede llevar a desarrollar un patrón conductual adictivo a las mismas que, si directamente se relaciona con el trabajo, puede entenderse adicción a ambas (tecnologías y trabajo). El patrón adictivo en el caso de los adictos a Internet se denomina: desorden de adicción a Internet –Internet Addiction Disorder (IAD)–, uso compulsivo de Internet, o uso patológico de Internet – Pathological Internet Use (PIU)–.

En el caso de la tecnofilia, y a diferencia de la tecnofobia, los trabajadores no han tenido que aprender la utilización de dichos medios en el trabajo, sino que forma parte de su vida cotidiana. Tal es el grado de utilización compulsiva de dichos medios que incluso, en ocasiones, les dificulta la concepción de trabajo sin la utilización de dichos medios electrónicos en el desempeño de su actividad.

Estos dos extremos (tecnofobia y tecnofilia) tienen indiscutiblemente efectos negativos para la salud de los trabajadores y también para la posible conciliación de su vida personal, familiar y laboral. De un lado, la tecnofobia puede generar un riesgo psicosocial denominado: tecnoestrés, que no es más que un tipo específico de estrés laboral promovido por la falta de capacidad de adaptación a las nuevas tecnologías en el trabajo, entre otros aspectos. De otro lado, también puede generar situaciones tecnoestresantes e impidiendo el disfrute pleno de la vida personal y familiar del trabajador por estar constantemente conectado a su trabajo. Así, el trabajo no termina cuando acaba la jornada laboral, sino que resulta una característica usual que los adictos se lleven trabajo a casa, trabajen los fines de semana, durante las vacaciones e incluso estando enfermos¹⁸.

Muchas son las clasificaciones posibles de los factores de riesgos psicosociales que existen en la actualidad. Concretamente en este estudio se tendrá en cuenta la clasificación del Colegio de Expertos sobre el Seguimiento de los Riesgos Psicosociales en el Trabajo de Francia, el cual señala:

- A. Intensidad del trabajo y tiempo de trabajo. La intensidad del trabajo es una noción muy utilizada pero difícil de definir. Se podría considerar la

¹⁷La tecnofilia se trata de afición a la tecnología, existiendo distintos grados de tecnofilia dependiendo de la atracción o dependencia que el tecnófilo tenga hacia las tecnologías.

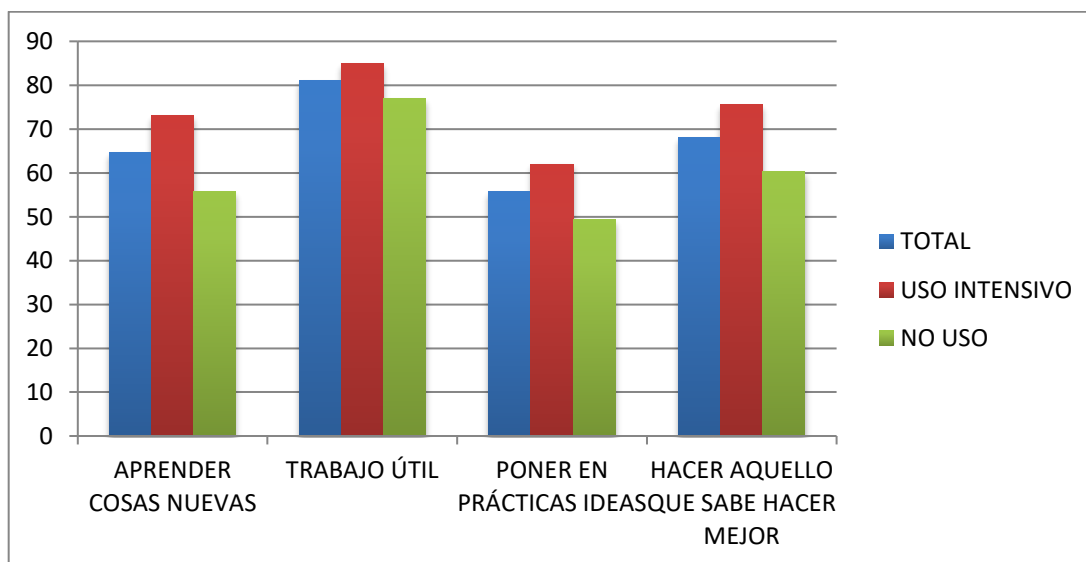
¹⁸Salanova Soria, M.; *Nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales en el trabajo*, RevistaDigital de Seguridad y Salud en el Trabajo, N 1, 2007. Pág.14.

intensidad como aquella complejidad del trabajo digital, al ser menos homogéneo¹⁹.

La utilización de las tecnologías es un factor que puede dar lugar a un aumento en la intensidad en el trabajo, principalmente con respecto a su duración, organización del tiempo, extensión de la disponibilidad horaria del trabajador, existencia casi permanente del teletrabajo –además del trabajo normal–, vínculo casi permanente con la empresa, horarios irregulares, mayores exigencias emocionales, etc. (tecnofilia).

- B. Exigencias emocionales: sentimiento de miedo o rechazo a la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en las condiciones de su puesto de trabajo. Lo cual, además, puede desencadenar un menor contacto interpersonal con sus compañeros, clientes, empresario, y relación con el público en general (tecnofobia).
- C. Inseguridad en el trabajo: inseguridad a la hora de efectuar el desarrollo de la actividad laboral por la incorporación de las tecnologías en el puesto de trabajo; inseguridad a su vez en el sentido de no verse compensado las horas de trabajo efectivo incluso fuera de su horario laboral; e igualmente inseguridad con respecto a la escasa formación e inadaptación a los cambios en la propia persona del trabajador.

La clave para evitar estos riesgos estriba en la generalización de una sociedad del aprendizaje²⁰ que suponga un cambio de cultura social tendente a la digitalización, y ocasionando a los trabajadores un continuo esfuerzo adaptativo respecto a los códigos y los ritmos del “tecnoglobalismo”.

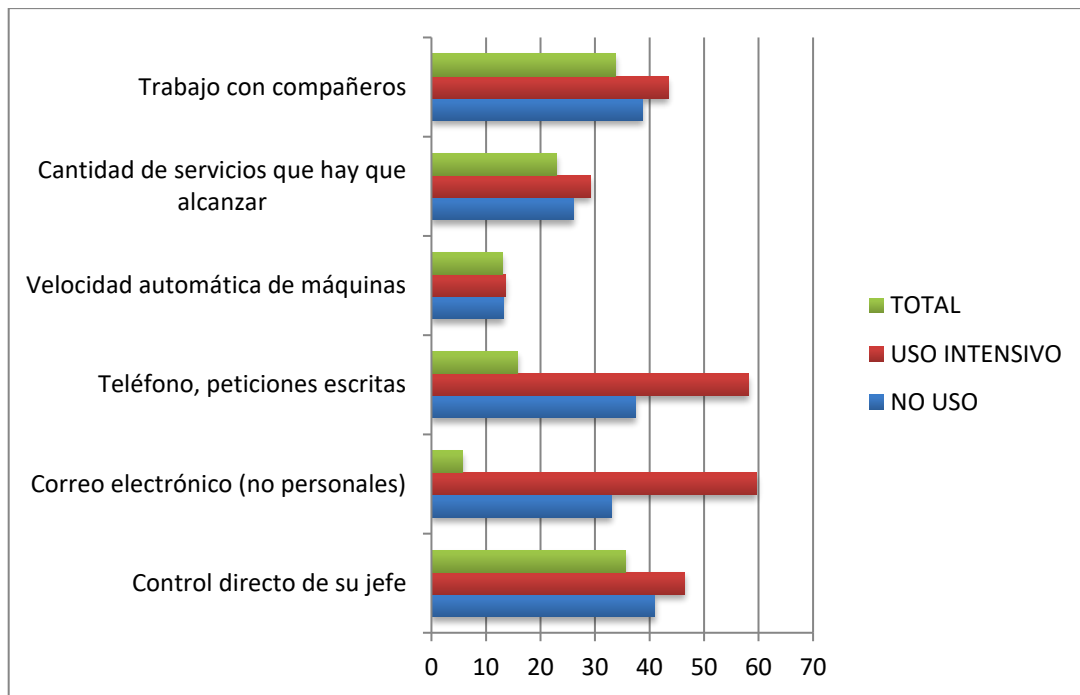


¹⁹Por ejemplo puede hacer que varíe un puesto de trabajo a otro, o incluso dentro del mismo puesto de trabajo que se produzcan modificaciones.

²⁰Marina Torres, J.A.; *Despertar al diádoco. Una conspiración educativa para transformar la escuela y todo lo demás*. Ed. Ariel, Barcelona, 2015.

Fuente: Anuario Internacional sobre prevención de Riesgos Psicosociales y calidad de vida en el trabajo 2016

Las TIC imponen conductas obligacionales, tanto de auto-exploración como de hetero-exploración y, en general, suponen más trabajo fuera del horario estrictamente laboral al diluir los códigos de espacio-tiempo durante la jornada de trabajo, pues normalizan su uso durante las veinticuatro horas a escala planetaria; y además, las fórmulas de “trabajo a proyecto”, “laboro agile” o “trabajo a cliente”, o la “autonomización del empleo”²¹.

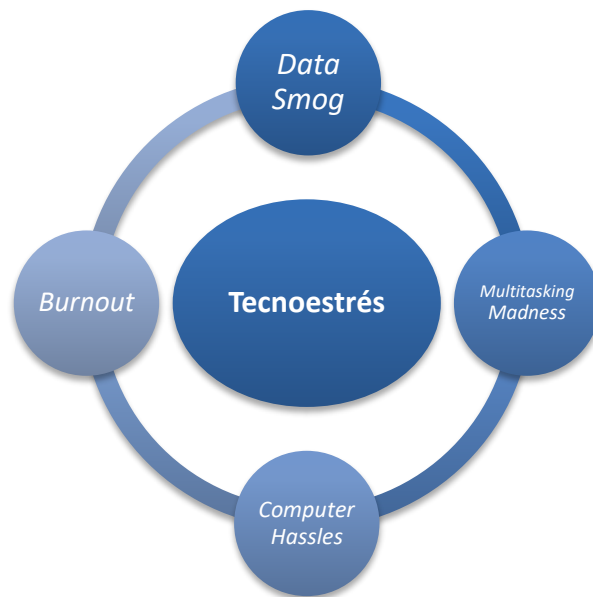


Fuente: Anuario Internacional sobre prevención de Riesgos Psicosociales y calidad de vida en el trabajo 2016

Paralelamente el escenario descrito, también se proyecta un amplio abanico de problematizaciones paralelas. “Cibercansancio”, “tecno-fobia”, “tecno-filia”, “tecno-adicción”, “tecno-ansiedad”, “habeas data”, “esquirolaje tecnológico”, “ciber-vigilancia”, “autodeterminación informativa”, “expectativas de confidencialidad”, o el propio “derecho de desconexión”, que conforman y engloban todos ellos un mapa deletéreo²² de las TIC. En este sentido, BRILLHART distinguió cuatro situaciones distintas que ocasionaban el fenómeno del tecnoestrés al que anteriormente hemos hecho referencia:

²¹Alemán Páez, F.; *El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica...* op. cit.

²²Rodríguez Escanciano, S.; *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*. Editorial Tirant lo Blanch, nº 1003. 2015. Valencia.



- A. *Data Smog* o síndrome de fatiga informativa. Internet es un sistema que constantemente se encuentra en funcionamiento, siendo considerado como el principal medio de información y de comunicación en todo el mundo. Sin embargo, el exceso de información recibida por parte de los trabajadores mediante la utilización de estos dispositivos electrónicos –correo electrónico, Internet, sistemas de geolocalización, redes sociales, teléfono móvil, etc.–, puede ocasionar situaciones generadoras de estrés en el trabajo, principalmente motivadas por la sobrecarga de información recibida tras la incorporación de las tecnologías en el mismo.
- B. *Multitasking Madness* o locura multitarea. En ocasiones, los trabajadores pueden no ser capaces de adecuarse al ritmo de trabajo que el uso de las tecnologías requiere para el desarrollo de sus tareas dentro de la relación laboral. En este contexto, se pueden dar lugar a situaciones estresantes derivadas por la dificultad en mantener el ritmo que su puesto exige.
- C. *Computer Hassles* o problemas informáticos. Las tecnologías de la información y de la comunicación pueden dar lugar a una mayor rapidez en el desempeño por parte del trabajador de su actividad laboral; sin embargo, también nos podemos encontrar con sistemas electrónicos caracterizados por su lentitud, por averías en el sistema, virus, informaciones fraudulentas, pérdida de ficheros, etc., que dan lugar a situaciones desesperantes para los trabajadores –principalmente para aquellos problemas que desencadenan pérdidas de datos, documentación o ficheros–. Esta situación origina que los trabajadores tengan que reorganizarse en su puesto con el objetivo de recuperar o repetir aquella información perdida por el uso de las tecnologías, lo cual, indiscutiblemente, provoca un cuadro de situaciones nuevas tecno-estresantes.

D. *Burnout*²³ o síndrome de estar quemado. Esta sintomatología es una de las protagonistas inherentes al tecnoestrés. Fue denominada por vez primera en 1969 como *staffburnout*²⁴. Posteriormente en la década de los 70, se acuñó el término que conocemos hoy en día. En 1986, algunos psicólogos norteamericanos, como C. MASLACH y S. JACKSON, definieron este estado como “un síndrome de cansancio emocional, despersonalización, y una menor realización personal, que se da en aquellos individuos que trabajan en contacto con clientes y usuarios”²⁵. Se considera por tanto la forma más importante de estrés laboral al producirse, por el proceso acumulativo del uso de las TIC, un agotamiento emocional de desgaste, fatiga, irritabilidad, y de respuestas negativas hacia uno mismo²⁶. Su incorporación al mundo laboral es de aplicación reciente.

En síntesis, los estudios en prevención de riesgos laborales subrayan una amplia gama de perjuicios inherentes al cambio tecnológico. De un lado, la digitalización que se inmiscuye en el mundo laboral de una forma mal canalizada para algunos, elevando los niveles de activación atencional y fisiológica (“techo-ansiedad”), produciendo cansancio, agotamiento mental y cognitivo (“techo-fatiga”), e incluso propiciando la compulsión de recibir estímulos conectivos sin solución de continuidad (“techo-adicción”)²⁷.

La taxonomía²⁸ del tecnoestrés identifica una gran diversidad de trastornos, los cuales han sido señalados por el Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales debido a las consecuencias perjudiciales para la salud de los trabajadores²⁹:



²³Sebastián Calderas, M.L.; *Apuntes de Ergonomía. Reflexiones para la práctica de las evaluaciones ergonómicas y psicosociales*, Ed. FUNCOP, Sevilla. 2016. Pág. 127 y ss.

²⁴Se utilizó este concepto para referirse al extraño comportamiento que presentaban algunos oficiales de policía de aquella época.

²⁶El *Burnout* es una experiencia que resulta de situaciones de estrés crónico que se deriva de demandas que exceden los recursos de los empleados y esas demandas se producen con mucha frecuencia en trabajos de servicios. Para más información, puede consultarse el siguiente enlace web: <http://www.estreslaboral.info/sindrome-de-burnout.html>

²⁷Alemán Páez, F.; *El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual...* op. cit.

²⁸Alemán Páez, F.; *El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual...* op. cit.

²⁹Aragüez Valenzuela L.; *El uso de las tecnologías como nueva realidad laboral en transformación: el tecnoestrés*. Póster presentado al el Congreso Inaugural Cielo, sobre *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo*. Oporto.2016

A. Tecnoansiedad: nos referimos a esta situación cuando experimentamos un elevado nivel de actividad fisiológica, así como un incremento de la tensión y el malestar, por el uso de algún sistema o herramienta tecnológica en el trabajo. Es el tipo de tecnoestrés más conocido, donde los trabajadores experimentan altos niveles de activación fisiológica de carácter no placentero y sienten tensión y malestar por el uso, ya sea presente o futuro, de las TIC.

La tecnoansiedad podría ser considerado como un ejemplo claro de tecnofobia, ya que la propia ansiedad de los trabajadores desencadena actitudes escépticas respecto al uso de las tecnologías, ocasionando pensamientos negativos sobre la propia capacidad y competencia de las mismas.

B. Tecnofatiga: se caracteriza por sentimientos de cansancio y agotamiento, tanto de carácter mental como cognitivo, que puede verse incrementado por actitudes de recelo y desconfianza frente a la eficacia de la utilización de las tecnologías en el puesto de trabajo. Este trastorno se encuentra intrínsecamente relacionado con el síndrome de fatiga informativa al que anteriormente hemos hecho referencia, ya que proviene de la sobrecarga de la información que las tecnologías producen a los trabajadores en su uso.

Ciertamente, el desgaste ocupacional y la maximización de los factores (tales como: la iniciativa, la responsabilidad, la autonomía, o la presión por el rendimiento, etc.), se encuentran unidos al sobre-exceso de estímulos informativos y comunicacionales, los cuales desencadenan una fatiga cognitiva y una activación de enfermedades de carácter mental como neuronal.

C. Tecnoadicción: es un fenómeno que se caracteriza por la incontrolable necesidad de hacer frente a un uso continuado, obsesivo y compulsivo de las nuevas tecnologías en todo momento y en todo lugar. Los síntomas en este caso pueden ser: insomnio, depresión, ansiedad, irritabilidad, y soledad. El hecho de pasar mucho tiempo “conectado” a la actividad adictiva (en este caso las tecnologías), hace que se reduzca el tiempo que dedica el adicto a otras actividades tales como: la vida familiar, las relaciones sociales y las aficiones. En el caso de que el trabajador utilice las tecnologías para desarrollar su actividad laboral, puede desencadenar que se produzca una adicción al trabajo por estar constantemente conectado al mismo, dificultando la conciliación de su vida personal y familiar, así como de su salud.

Como podemos observar, queda reflejado que el tecnoestrés es el resultado de un proceso perceptivo de desajustes entre demandas y recursos disponibles, y está caracterizado por dos dimensiones centrales. La primera dimensión hace referencia a los síntomas afectivos o ansiedad relacionada con el alto nivel de activación psicofisiológica del organismo (tecnofilia); y la segunda dimensión recae en el desarrollo de actitudes negativas hacia las TIC³⁰ (tecnofobia).

En síntesis, el tecnoestrés puede dividirse en dos tipos de estrés diferentes en el trabajo.

1. Euestrés: el euestrés o estrés positivo es aquel en el que el organismo respeta la capacidad de respuesta física y psicológica del individuo y actúa como factor motivador que ayuda a superar las dificultades. En este caso, nos encontramos

³⁰Salanova Soria, M.; *Nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales en el trabajo*. op. cit.

con el anteriormente denominado trabajador 3.0—que utiliza de forma positiva la incorporación de las tecnologías con el trabajo y mantiene un equilibrio entre el posible exceso o defecto de la utilización de dichos medios—.

2. Distrés: el distrés o el efecto negativo es aquel en el que la capacidad de la persona resulta insuficiente para hacer frente a la utilización de las tecnologías en el trabajo (tecnofobia) o, por el contrario, utiliza las mismas de forma excesiva creando una modalidad de adicción (tecnofilia).

III. POSIBLES MEDIDAS PREVENTIVAS DEL TECNOESTRÉS

La identificación de los factores de riesgo asociados al tecnoestrés y la evaluación de los mismos cuando se han producido de forma inevitable, requiere la determinación de aquellas medidas preventivas necesarias para evitar o minimizar los daños. En este sentido, es preciso citar que algunos países de la Unión Europea han mostrado su preocupación ante la aparición de nuevos riesgos psicosociales como es el tecnoestrés, ya que cada vez un mayor número de empresas³¹ incorporan el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación en el desarrollo de su actividad. Así, la exposición del trabajador a diversos riesgos psicosociales que hasta entonces no eran tenidos en cuenta está relacionada con el deterioro de la salud³². Sin embargo, todo riesgo debe ir aparejado de una serie de medidas preventivas que eviten o reduzcan las consecuencias negativas del mismo en el trabajo.

De un lado, los recursos laborales de la empresa son totalmente necesarios para reducir el esfuerzo mental y físico de los trabajadores en el desarrollo de su actividad laboral, minimizando por ende los efectos perjudiciales en su salud. La empresa deberá dotar a los trabajadores de los recursos suficientes y necesarios para la utilización de programas informáticos, equipos, plataformas virtuales, etc., con el objetivo de que los trabajadores lleven a cabo un uso de las tecnologías de la información y de la comunicación de forma

³¹Según los datos del Instituto Nacional de Estadística, algunos datos en España muestran que el 98,3% de las empresas de 10 ó más empleados dispone de conexión a Internet en el primer trimestre de 2014. Además, el uso de ordenadores está extendido en la práctica totalidad de estas empresas (99,2%). En el 95,3% de las empresas está implantada la telefonía móvil. Por otro lado, el 75,8% de las empresas con conexión a Internet dispone de sitio/página web. En las de 250 ó más empleados, este porcentaje alcanza el 95,7%.

Estos porcentajes muestran la importancia de las tecnologías en el territorio español, ya que cada vez son más las que intervienen en el uso de las mismas. Por su parte, el 22,9% de empresas invirtieron en formación en TIC durante 2013. En el caso de las empresas de 250 o más empleados, este porcentaje alcanzó el 59,8%, seis puntos más que en el año anterior.

Sin embargo, estos datos en relación a la cantidad de empresas que usan las TICs como fuentes de gestión empresarial es bastante bajo, lo cual hace que numerosos trabajadores no cuenten con la formación suficiente para el puesto de trabajo que están desempeñando. En cuanto a las comunicaciones, el 76,5% de las empresas con menos de 10 empleados usa telefonía móvil, frente al 74,6% del año anterior. Por su parte, el 21,7% utiliza otras tecnologías (GPS, TPV,...).

En enero de 2013, el 27% de las empresas con más de 10 empleados contaban con trabajadores que desempeñaban su actividad fuera de la empresa y se conectaban externamente a ella a través de sistemas TI, 5,2 puntos porcentuales por encima de los valores del año anterior. Continúa la tendencia al alza de los últimos años, pasando del 7% en diciembre de 2002 a más del triple (27%) en enero de 2013.

³²Ortega Ruiz, C., López Ríos, F.; *El burnout o síndrome de estar quemado en los profesionales sanitarios: revisión y perspectivas*. International Journal of Clinical and Health Psychology, 2004, Vol. 4, Nº 1. Almería. Pág. 137-160

razonable y meditada. Para ello, se requiere que la empresa dote a los trabajadores de diversos cursos de formación y aplicabilidad de las tecnologías a su puesto de trabajo, a través del uso de servicios tecnológicos y de software.

De otro lado, el apoyo social a los trabajadores también resulta fundamental como medida preventiva de la posible aparición del tecnoestrés en el trabajo. Esta medida incide a la hora de satisfacer las necesidades de afiliación de los trabajadores, mejorando las condiciones de trabajo adversas. Se debe tratar de evitar o reducir la utilización de las tecnologías de la comunicación para relacionarte con los compañeros en el trabajo, ya que esto puede dar lugar a un aislamiento de la comunicación personal y verbal de entre los mismos. Por ello, se requiere mejorar la comunicación interpersonal de los trabajadores con el objetivo de ayudar a que se sientan parte de un grupo social con proximidad relacional, evitando aquellas condiciones de trabajo que sean amplificadoras de tecnoestrés.

En tercer lugar, resulta fundamental que la empresa informe a los trabajadores de los cambios que va a tener la empresa debido a la incorporación de las nuevas tecnologías, considerando que las mismas van a ser incluidas en el desarrollo de su trabajo, ya sea de forma directa o indirecta. A través de esta información, se les dota a los trabajadores de una mejor adaptación al puesto de trabajo por el hecho de tener un conocimiento previo de aquellos cambios que pueden sufrir en su puesto de trabajo. Esta idea se encuentra igualmente relacionada con la necesidad de implantar programas y planes formativos a los trabajadores, con el fin de que los mismos desarrollen aptitudes, conocimientos y destrezas en la utilización de las tecnologías en su trabajo.

La sobrecarga en el trabajo o el exceso información por el uso de las tecnologías, puede dar lugar a que el trabajador se encuentre colapsado. Así, resultará imprescindible que el empresario desarrolle medidas encaminadas a identificar y evaluar los cambios en los sistemas de trabajo originados por la incorporación de las tecnologías para minimizar o evitar los efectos nocivos de su uso. Para ello, se requiere analizar los factores de riesgo en aquellas situaciones de tecnoestrés que afecten a la salud. Con esta idea, el Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales ha elaborado un estudio donde se agrupan las medidas preventivas a las que anteriormente hemos hecho referencia. En líneas generales son las que a continuación se reflejan:

- A. Medidas sobre aspectos técnicos. Se caracterizan fundamentalmente por el diseño adecuado del puesto de trabajo que viene ocupando el trabajador. El principal objetivo por parte del empresario consiste en incorporar las nuevas tecnologías en el trabajo sin que las mismas se entiendan como estresantes, sino que vayan acompañadas por un plan de adaptabilidad atendiendo a las circunstancias o condiciones de los trabajadores.

La introducción al puesto de trabajo del elemento tecnológico debe hacerse teniendo en cuenta como posibles puntos básicos:

- El diseño adaptado o adaptable de las tecnologías a las características personales del trabajador
- El acceso de forma fácil y comprensible a las herramientas tecnológicas.

- El fomento del trabajador al uso de las tecnologías.

Si por ejemplo un trabajador sufre una serie de dificultades técnicas mediante la utilización de dispositivos o herramientas informáticas que ocasione una sobrecarga de trabajo, ya sea de carácter cuantitativo o de acumulación de tareas, es necesario que la empresa facilite también la correspondiente asistencia al trabajador, y más principalmente cuando su trabajo depende totalmente del uso de las TIC -como ocurre por ejemplo en el caso de los teletrabajadores³³-.

B. Medidas sobre aspectos organizativos. Los aspectos organizativos de la empresa son un punto clave en el bienestar de los trabajadores.

Para ello, es necesario que el empresario desarrolle las siguientes acciones:

- Mejorar el clima de trabajo, ya que puede desincentivar al trabajador, reduciendo su esfuerzo y aumentando sus ganas de dejar la empresa.
- Fomentar el trabajo en equipo.
- Dotar a los trabajadores de un mayor grado de autonomía mediante la creación de sistemas eficaces de comunicación.
- Rediseñar los puestos de trabajo para una mejora en la adaptabilidad;
- Informar a los trabajadores de la incorporación de las tecnologías de la información y de la comunicación en su trabajo, para así evitar sentimientos de miedo o rechazo.
- Adecuar la cantidad y la complejidad del trabajo, los ritmos de trabajo y la cantidad de tiempo necesario para desarrollar la actividad laboral en el puesto de trabajo de cada trabajador, son acciones preventivas imprescindibles para el empresario.
- Incentivar por parte del empresario la colaboración y cooperación entre compañeros de trabajo, ya que dicho apoyo informático promovido por la transmisión de conocimientos puede prevenir la aparición de situaciones estresantes.
- Crear un espacio de interacción e intercambio de información entre los trabajadores—mayoritariamente cuando se encuentran en diferentes edificios u oficinas— a través de canales de comunicación virtual (foros, chats, video llamadas, etc.).

C. Medidas sobre el trabajador. El trabajador debe mostrar una actitud positiva ante la incorporación de las tecnologías de la información y de la comunicación en su puesto de trabajo. Para ello, el empresario debe fomentar la participación de los trabajadores en la elección de las tecnologías e incorporar una serie de encuestas de satisfacción con opciones de recomendación.

³³ Así especialmente viene señalado en el Acuerdo Marco sobre Teletrabajo (art. 7). Disponible en el siguiente enlace: <http://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf>

Para desarrollar estas medidas en el trabajo, se considera imprescindible la inversión en una formación de calidad, diseñando cursos específicos en función de las necesidades de los trabajadores, ajustando sus conocimientos, capacidades y perfiles, y evitando que se consideren ineficaces, ya que cuando una persona está más formada en aquello que realiza, siente menos miedo ante situaciones no controladas por ellos mismos y, a su vez, tendrá una mayor adaptabilidad a los cambios que puedan producirse por las tecnologías.

GRAU GUMBAU, junto con SALANOVA SORIA y PEIRÓ SILLA³⁴, realizaron un estudio cuyo fundamento versa en considerar el control, es decir, la autosuficiencia, como elemento clave del proceso de estrés. Entendían que la mera exposición a estresores con control por parte del sujeto, no tiene efectos adversos; mientras que si, por otro lado, la exposición a los estresores se realizase sin control, si pueden producirse efectos indeseados o nocivos para él. Textualmente señalan que “analizar el rol modulador de la auto eficacia generalizada y la auto eficacia profesional en las relaciones entre determinadas características del trabajo -de la tarea y del ambiente social-“ puede “percibirse como estresores (autonomía en el puesto, clima de apoyo social, rutina en las tareas y conflicto de rol), y sus consecuencias (*burnout* - agotamiento emocional y cinismo-, satisfacción laboral y compromiso organizacional)”.

Los resultados obtenidos en relación con la modulación del *burnout*, son importantes para el diseño de estrategias orientadas a su prevención a partir del rediseño del trabajo. Quizá una forma de prevenirlo podría ser disminuyendo las demandas para prevenir el cinismo y aumentar los recursos (autonomía³⁵) para prevenir el agotamiento emocional.

Lo que se debe poner de manifiesto con este estudio es que el estrés laboral está presente en las organizaciones estudiadas y muchas veces aparece como inevitable -y más concretamente cuando las situaciones estresantes son difíciles de controlar por parte de la organización empresarial³⁶-. En este sentido, mencionan que una estrategia de prevención adecuada podría ser mejorar la autoeficacia de los trabajadores mediante la formación. Sin embargo, lo cierto es que estas situaciones tecnoestresantes son totalmente evaluables, al menos la mayoría de ellas, por parte de la empresa. Esto da lugar a que el empresario tenga la obligación, como cualquier otra situación de riesgo en la salud de los trabajadores, de responder ante los efectos negativos que se produzcan por la utilización de las tecnologías en el trabajo.

Las medidas preventivas citadas pueden resultar ser los primeros pasos para minimizar los daños que la exposición del tecnoestrés puede repercutir en la salud de los trabajadores. Pero a su vez, se considera de suma importancia evaluar por parte del empresario los posibles riesgos en la salud tras la incorporación de las tecnologías en el

³⁴Grau Giumbau, R.M., Salanova Soria, M., Peiró Silla, J.M.; *Efectos moduladores de la autoeficiencia en el estrés*. Dialnet, Vol. 18, Nº1. 2000, págs. 57-75. Disponible en el siguiente enlace: <http://www.apuntesdepsicologia.es/index.php/revista/article/viewFile/414/334>.

³⁵Niveles altos de autonomía en el trabajo no están asociados con un mayor bienestar psicológico de forma directa, sino que esto depende de los niveles de autoeficacia profesional. Así, para trabajadores con baja autoeficacia profesional, una mayor autonomía (que generalmente se relaciona con una mayor responsabilidad y reto profesional) se asocia con un mayor agotamiento emocional. Estos resultados tienen claras implicaciones en el rediseño de trabajo y en la adecuación

³⁶Grau Giumbau, R.M., Salanova Soria, M., Peiró Silla, J.M.; *Efectos moduladores de la autoeficiencia...* op. cit.

puesto de trabajo, para así adoptar diversas medidas preventivas adecuadas a cada puesto de trabajo en concreto, ajustando lo máximo posible cada puesto con las capacidades de los trabajadores.

IV. AUSENCIA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA Y ANÁLISIS DEL DERECHO A DESCONECTARSE

Los empresarios españoles realizan considerables inversiones en adaptar los recursos productivos al entorno empresarial que es cada vez más competitivo³⁷. Así, la utilización de cualquier medio de carácter conectivo –como pueden ser los correos electrónicos, los móviles, las tabletas, los teléfonos inteligentes, los iPads, las redes sociales, etc.–, trasciende de los lugares donde el trabajador desarrolla su actividad laboral normalmente, es decir, las empresas, los centros o los diferentes puestos ocupacionales de trabajo. De este modo, la unidad locativa, donde hasta entonces venía desarrollando su trabajo, se convierte en un lugar movable y multifuncional. Además de ello, el tiempo de trabajo se considera atemporal, debido a que la sociedad de la información y de la comunicación mantiene una conectividad cuasi permanente mediante diversos dispositivos digitales, los cuales facilitan y propician la dilución, la flexibilidad de la jornada de trabajo y los tiempos de ocio y de recuperación.

Sin embargo, y con independencia de que la sociedad avance en el uso de las nuevas tecnologías en el trabajo, nos encontramos con una gran deficiencia legislativa en esta materia, por lo que el problema que se plantea es que, a pesar de que en España exista cada vez más empresas que aplican el uso de las TIC en su gestión empresarial con el objetivo de aumentar su productividad, la escasa (por no decir ausente) regulación específica en la materia, resulta latente y preocupante, no sólo a nivel nacional, sino también en el ámbito comunitario.

A nivel nacional y como regla excepcional, nos podemos encontrar con la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD), que posteriormente fue sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que supone la adaptación de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995. La cual muy próximamente será sustituida por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016. A su vez, completan el elenco con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico y algunas otras escasas directivas comunitarias³⁸.

El desierto de regulación legal específica obliga a los operadores jurídicos y a los tribunales a realizar esfuerzos aplicativos de las normas generales al ámbito laboral. El

³⁷Alfaro de Prado Sagrega, A.; *Nuevas tecnologías y nuevos riesgos laborales: estrés y tecnoestrés*. Revista Digital de Seguridad y Salud en el trabajo de la Universidad de Huelva, nº 1. 2008. Pág. 16

³⁸Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de julio de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección a la intimidad en el sector de las telecomunicaciones; Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

hecho causante de esta situación hace referencia a que el empresario pueda actuar de forma arbitraria, aprovechándose de la falta de legislación y dando lugar a situaciones de abuso a los trabajadores.

Uno de los aspectos más controvertidos que afectan a la forma de organizar el trabajo es el relativo al tiempo a la hora de desempeñar el trabajador su jornada de trabajo, donde, a través de la utilización de medios telemáticos, se ha visto notablemente flexibilizado por una disponibilidad constante e hiperconectividad en cualquier momento e incluso fuera del horario de trabajo de los trabajadores. Esto origina situaciones negativas que directamente recaen en la salud de los trabajadores -al ser generadoras de tecnoestrés- y, a su vez, en la conciliación de su vida personal y familiar por encontrarse conectados al entorno de trabajo de forma interrumpida.

Bajo esta premisa, es necesario decir que los tribunales en España han tenido que recordar a los empresarios lo que se consideran, por poner un ejemplo, horas extraordinarias³⁹, concepto que pareció olvidado tras la aparición de los nuevos instrumentos informáticos y electrónicos de la información y de la comunicación, debido al hecho de que se consideraba que, mediante el uso de las tecnologías, se encontraba efectuando el trabajador su trabajo incluso fuera de su jornada laboral. En un principio, y aunque parezca descabellado, la utilización de las tecnologías en el desarrollo de la actividad laboral fuera del horario de trabajo, no se entendía como horas extraordinarias o al menos en la práctica (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León⁴⁰), por lo que formalmente no eran ni abonadas económicamente ni compensadas.

A partir de esta sentencia, estas horas “virtuales” y fuera de la jornada laboral, se entienden como horas “reales”, mereciendo la consideración de horas extraordinarias. Es cierto que el debate sobre la hora exacta en la que debe finalizar la jornada laboral continúa, pero al menos parece que los tribunales tratan de solventar determinadas situaciones de abuso del poder empresarial por la incorporación de las tecnologías⁴¹ en el

³⁹Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores señala en su artículo 35 lo que se entiende por horas extraordinarias: 1. Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

⁴⁰ STSJ de Castilla y León 198/2016, 3 de febrero de 2016 (Rec. N° 2229/15). “Solamente si la empresa ha establecido pautas claras sobre el tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre la jornada y descansos y si además establece, de acuerdo con el trabajador, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas y su computo como tiempo de trabajo. Pero en ausencia de estas pautas y criterios y de unos mínimos instrumentos de control, no existe razón para no computar las horas dedicadas al trabajo como jornada ni el pago de los excesos como horas extraordinarias”.

⁴¹En una encuesta realizada el año 2010 a los trabajadores del *Huffington Post* para conocer sus hábitos de trabajo, se encontró que el 60% reconocía que sólo se desconectan completamente del correo electrónico dos horas al día y el 20%, menos de media hora.

Otra encuesta realizado por *Cisco Systems* revela que el 45% de los empleados con acceso externo al sistema informático de la empresa trabaja entre dos y tres horas más al día. Una cuarta parte de ellos

trabajo que, hasta día de hoy, continúan quedando fuera del marco legislativo.

Los derechos de desconexión representan una réplica frente a la dilución de los códigos de espacio y tiempo antes descrita. El ordenamiento francés, a diferencia del español, da apertura a un “nuevo derecho” que garantiza las condiciones de descanso, reposo y aislamiento de los trabajadores –salvo casos excepcionalmente justificados–; pero también trata de preservar los derechos de conciliación de la vida personal y familiar en planos paralelos de protección jurídica y la salud de los mismos. De esta forma, se ha regulado por el ordenamiento francés y muy recientemente el conocido: *droit á la déconnexion*⁴² o derecho a desconectarse (categoría ius-tecnológica), en vigor desde el uno de enero del 2017, que enlaza con fines protectores de la salud, el medio ecológico de trabajo y los derechos de conciliación⁴³.

La regulación de este derecho resulta un gran avance en el proceso positivizador de la digitalización laboral, ya que “se instituye entonces un trinomio protector que, por un lado, anude la salvaguarda de los riesgos tecnológicos, la salud laboral y los derechos de conciliación, empero, proyectando a un mismo tiempo una relación con-causal entre dichos anclajes institucionales”⁴⁴. En este análisis se considera el derecho a desconectarse como una medida positiva para paliar el tecnoestrés laboral, encaminada además a un inicio de nuevos cambios para adaptar el derecho del trabajo clásico a la nueva era digital de la información y de las comunicaciones.

El ministro francés de educación nacional, BENOÎTHAMON, señaló textualmente: “Los estudios muestran que hay mucho más estrés relacionado con el trabajo hoy en día que antes y que éste es constante. Los empleados dejan físicamente la oficina pero no dejan su trabajo. Ellos permanecen unidos por una especie de lazo electrónico, como un perro. Los textos, los mensajes y los correos electrónicos colonizan la vida del individuo hasta el punto en que él o ella finamente se rompe”. A raíz de ello, adoptar como medida paliativa clave del tecnoestrés el derecho a desconectarse resulta, sin lugar a dudas, un acierto⁴⁵, ya que se muestra la preocupación por parte ordenamiento jurídico francés de la incontrolable intromisión del trabajo en la vida privada de cada empleado, haciéndose insostenible si no se regula esta cuestión por precepto legal. Este derecho es considerado como una forma de concienciar a la sociedad –y más concretamente a los trabajadores– de que hay que poner límites entre la vida privada y el trabajo, para evitar la aparición de posibles riesgos psicosociales.

Concretamente en el ordenamiento francés goza de un gran protagonismo la

trabaja hasta cuatro horas extras. Un 26% de los empleados que trabajan con TICS cree que el uso de Internet y del móvil aumenta su horario laboral y que esa disponibilidad permanente le genera estrés

⁴²Ley 2016-1088, de 8 de agosto du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. Para visualizar su contenido: Journal Officiel de la République Française (JORF) N° 184 du 9 août 2016 (texte N° 3): http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/loi_no2016-1088_du_8_aout_2016_version_initiale.pdf.

⁴³Alemán Páez, F.; *El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual*,... op. cit.

⁴⁴Alemán Páez, F.; *El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual*,... op. cit.

⁴⁵Muchos otros investigadores, tales como Jon Whittle, señalan que la idea del derecho a desconectarse no es adecuada por el motivo de que los trabajadores se pueden encontrar sobrecargados de trabajo y sentirse abrumados por una avalancha de mensajes al volver por ejemplo de las vacaciones o de unos días de descanso y desconexión. Sin embargo, lo que es cierto es que permanecer conectados constantemente fuera del horario de trabajo y que no se regule esta situación es insostenible.

negociación colectiva debido a que ha dejado en manos de los representantes e intervinientes su contenido sustancial, mediando un sistema de acuerdos. El objetivo de dejar en manos de la negociación la regulación de este derecho es debido a que, de esta manera, se puede definir de mejor modo el ejercicio del derecho a la desconexión en cada puesto de trabajo concreto, fomentando y haciendo prevalecer las acciones de formación –que a lo largo de este estudio hemos observado que son sumamente importante– y de sensibilización respecto al uso de forma razonable y adecuada de los dispositivos digitales en el trabajo.

A pesar de esta escueta legislación en lo que a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación se refiere, la regulación del derecho a desconectarse en el ámbito laboral potencia la negociación de las empresas en las políticas formales y limita la propagación del trabajo y el exceso de conectividad de los trabajadores, mejorando la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores, así como también de su salud.

V. CONCLUSIONES

La incorporación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación al mundo empresarial y laboral, ha dado lugar a que los trabajadores se enfrenten al desafío de una nueva necesidad de adaptación, la cual, a veces, resulta insuficiente por parte de los mismos (capacidad en defecto), dando lugar a situaciones tecnoestresantes (estrés motivado por el uso de las nuevas tecnologías) en el trabajo. Sin embargo, el uso en exceso o el abuso en el manejo de las tecnologías en el trabajo, también puede tener efectos nocivos para el trabajador, pudiendo llegar a ser considerados como tecnoadictos. Esto puede provocar que el tiempo de descanso, de ocio, de relacionarse con otras personas, etc., se encuentre dificultado por estar los trabajadores constantemente “conectados” al mundo laboral, dificultando la conciliación de su vida personal y familiar con el trabajo, y teniendo implicaciones perjudiciales en la salud.

En este contexto, han aparecido nuevos riesgos psicosociales que afectan directamente a la salud de los trabajadores, como es el caso del tecnoestrés. Esta situación debe ser directamente evaluada por los empresarios para proceder a la creación de planes de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, la adopción de medidas preventivas ante situaciones tecnoestresantes no es tarea fácil, y aún más cuando estamos hablando de un teletrabajador que, por ejemplo, tenga su centro de trabajo en su vivienda; sin embargo, por parte del empresario se debe analizar la adaptabilidad de los trabajadores en su puesto de trabajo y las posibles implicaciones negativas del uso de las TIC en su salud (donde la formación goza de gran importancia).

De otro lado, la falta de regulación en la materia, debido a que la Directiva de Tiempo de Trabajo 2003/88/EC no regula nada específico con respecto a los trabajadores móviles ni tan siquiera referente a la teledisponibilidad, parece que da lugar a que toda forma de trabajo considerada diferente a la tradicional, debe quedar circunscrita a los convenios colectivos o a los acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales⁴⁶,

⁴⁶Manzano Santamaría, N.; *Las tecnologías de la comunicación y la información (TIC's) y las nuevas formas de organización del trabajo: factores psicosociales de riesgo*.op. cit

originando un escenario poco favorable para los trabajadores⁴⁷. Así, se hace necesario que por parte del ordenamiento jurídico español se potencie la idea de regular este nuevo escenario laboral y tecnológico para adaptar el derecho del trabajo clásico a la nueva era digitalizada –como ocurre con la nueva “económica colaborativa⁴⁸”–.

Un elemento clave, que a su vez tiene cabida en España como consecuencia del encontrarse estrechamente relacionado con el ordenamiento francés, es el “derecho a desconectarse”. Con esta medida, según hemos visto a lo largo del estudio, se ha abierto una etapa de positivación jurídica que tiene como objetivo la minimización del impacto tecnológico en el trabajador en cuanto a persona, garantizando su descanso, su reposo y, por supuesto, su desconexión cuando finaliza la jornada laboral.

Este tipo de medidas deben ser incluidas en el resto de países de la Unión Europea, con el fin de potenciar la negociación empresarial en la adopción de planes que regulen los nuevos riesgos psicosociales y cambien la cultura tradicional que es considerada con un papel protagonista en los tiempo actuales. Así, se contribuye a crear una mayor y adecuada conciencia empresarial sobre el uso de las nuevas tecnologías en el trabajo, no entendiendo las mismas como herramienta de uso de poder frente a los trabajadores (abusando en su utilización, o quebrantando la privacidad de los trabajadores), sino respetando sus derechos. Sólo de esta forma dejaremos de ver las TIC como una amenaza y tendrán la consideración de clave de éxito a futuro.

⁴⁷El hecho de que el trabajador realice parte de su trabajo fuera de su jornada ocasiona que el empresario espere y asuma como cierto que estará disponible para él en cualquier tipo de horario, perdiendo por ende el trabajador la gestión de la disponibilidad horaria y creándole situaciones de estrés en el ámbito laboral.

⁴⁸Aragüez Valenzuela, L.: *Nuevos modelos de economía compartida: Uber Economy como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales*. ADAPT University Press. 2017. Pág. 167-189. Disponible en el siguiente enlace: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5987918>.