

## DIRECTORAS

M<sup>a</sup> Cristina Aguilar González  
M<sup>a</sup> José Cervilla Garzón  
Carmen Ferradans Caramés

Thais Guerrero Padrón  
M<sup>a</sup> Camen Jover Ramírez  
Isabel Ribes Moreno

## COORDINADORAS

Eva Garrido Pérez

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

# PROTECCIÓN SOCIAL EN ESPAÑA, EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL

## AUTORES

Carlos García de Cortázar Nebreda  
Victoria Rodríguez-Rico Roldán  
Eva López Terrada  
Francisco Miguel Ortiz González-Conde  
Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado  
Esperanza Macarena Sierra Benítez  
Xosé Manuel Carril Vázquez  
Olga Fotinopoulou Basurko  
María Salas Porras  
María Isabel Ribes Moreno  
Francisca Bernal Santamaría  
Jesús Barceló Fernández  
M<sup>a</sup> Cristina Aguilar González  
José Antonio González Martínez  
Francisco Vila Tierno  
Juan Carlos Álvarez Cortés  
Elena Lasaosa Irigoyen

Borja Suárez Corujo  
Fernando Moreno de Vega y Lomo  
M<sup>a</sup> José Cervilla Garzón  
Nora M. Martínez Yáñez  
Miguel Ángel Gómez Salado  
Edison Bórquez Rabe  
Thais Guerrero Padrón  
Antonino Imbesi  
Carmen Moreno del Toro  
Leopoldo Gamarra Vílchez  
Miguel Ángel Almendros González  
Luis Ángel Triguero Martínez  
Juan Antonio Maldonado Molina  
Esther Carrizosa Prieto  
Martina Vincieri  
Helmut Weber

Con la colaboración de:





# PROTECCIÓN SOCIAL EN ESPAÑA, EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL

## *Directoras*

---

M<sup>a</sup> Cristina Aguilar González  
M<sup>a</sup> José Cervilla Garzón  
Carmen Ferradans Caramés

Thais Guerrero Padrón  
M<sup>a</sup> Camen Jover Ramírez  
Isabel Ribes Moreno

## *Coordinadoras*

---

Eva Garrido Pérez

Cristina Sánchez-Rodas Navarro



Esta monografía ha sido financiada con cargo al VI Plan Propio de Investigación de la Universidad de Sevilla en la modalidad ayuda a proyectos de investigación precompetitivos.

La publicación de esta monografía se enmarca dentro de las actividades científicas, formativas y divulgativas de la Red de Excelencia “Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamérica” (DER2015-69364).

Este trabajo forma parte de los trabajos preliminares del Subproyecto I+D coordinado “La Seguridad Social Internacional y Comunitaria. Conflictos de Leyes y Protección Social” (DER 2017-83040-C4-3-R).



Ediciones Laborum

Francisco Ortiz Castillo  
*Director editorial*

Comité científico:

Antonio Ojeda Avilés  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

Carlos García de Cortázar y Nebreda  
*Subdirector general de Asuntos Sociales, Educativos, Culturales, Sanidad, Consumo y Deportes.  
Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación*

Miguel Cardenal Carro  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

Andrés Rodríguez Benot  
*Catedrático de Derecho Internacional Privado*

Daniel I. García San José  
*Profesor Titular de Derecho Internacional Público*

1.<sup>a</sup> Edición Ediciones Laborum S.L. 2017  
Copyright © de la edición, Ediciones Laborum, 2017  
Copyright © del texto, sus respectivos autores, 2017

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

ISBN: 978-84-947064-3-1  
Depósito Legal: MU 1281-2017

Impreso en España - Printed in Spain

*Mientras se recuerden sus gestas no caerán  
en el olvido los defensores del Derecho:  
Lorenzo Lebrón de Quiñones, primer Oidor  
de la Audiencia de Guadalajara de la  
Galicia de la Nueva España*



# ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN .....</b>	<b>11</b>
<b>I. BREXIT Y SEGURIDAD SOCIAL ¿JAQUE MATE O AUTOJAQUE MATE?. 13</b> <i>Carlos García de Cortázar Nebreda</i>	
<b>II. SOSTENIBILIDAD VERSUS SOLIDARIDAD: LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN LA EUROPA DEL BREXIT .....</b>	<b>23</b>
<i>Victoria Rodríguez-Rico Roldán</i>	
<b>III. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN LOS CASOS DE INTERNACIONALIZACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DE TRABAJADORES ESPAÑOLES.....</b>	<b>35</b>
<i>Eva López Terrada</i>	
<b>IV. EL ÁMBITO SUBJETIVO EN LA COORDINACIÓN DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL .....</b>	<b>53</b>
<i>Francisco Miguel Ortiz González-Conde</i>	
<b>V. EL IMPACTO DEL BREXIT EN EL SISTEMA PÚBLICO DE SALUD: LA SOSTENIBILIDAD DE LAS RELACIONES ENTRE ESPAÑA Y REINO UNIDO.....</b>	<b>69</b>
<i>Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado</i>	
<b>VI. CUESTIONES RELATIVAS AL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO Y MATERIAL DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL .....</b>	<b>83</b>
<i>Esperanza Macarena Sierra Benítez</i>	
<b>VII. LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL A LOS TRABAJADORES DEL MAR DE ACUERDO CON LAS NORMAS INTERNACIONALES DE APLICACIÓN A LOS MISMOS.....</b>	<b>99</b>
<i>Xosé Manuel Carril Vázquez</i> <i>Olga Fotinopoulou Basurko</i>	
<b>VIII. EL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR NÁUTICO DE RECREO .....</b>	<b>117</b>
<i>María Salas Porras</i>	
<b>IX. LA INCIDENCIA DEL SALARIO “A LA PARTE” SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL.....</b>	<b>133</b>
<i>María Isabel Ribes Moreno</i>	
<b>X. LA CONFIGURACIÓN DEL ABANDONO DE LA GENTE DE MAR EN EL MARCO ESPAÑOL: ELEMENTOS CONFIGURADORES Y NUEVAS OPORTUNIDADES.....</b>	<b>149</b>
<i>Francisca Bernal Santamaría</i>	

<b>XI.</b>	<b>EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO Y CESE DE ACTIVIDAD EN ESPAÑA Y SU COORDINACIÓN EN EL REGLAMENTO 883/2004.....</b>	<b>165</b>
	<i>Jesús Barceló Fernández</i>	
<b>XII.</b>	<b>FILOSOFÍA DEL PRINCIPIO DE ACTIVACIÓN EN POLÍTICA DE EMPLEO Y SU INCIDENCIA EN EL ESTADO DE DESEMPLEADO EN LA UNIÓN EUROPEA.....</b>	<b>209</b>
	<i>M<sup>a</sup> Cristina Aguilar González</i>	
<b>XIII.</b>	<b>PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN EL TRABAJADOR TRANSFRONTERIZO .....</b>	<b>231</b>
	<i>José Antonio González Martínez</i>	
<b>XIV.</b>	<b>CAPITALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN EL MARCO DEL REGLAMENTO 883/2004.....</b>	<b>245</b>
	<i>Francisco Vila Tierno</i>	
<b>XV.</b>	<b>LA TOTALIZACIÓN DE PERÍODOS DE SEGURO DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS COMUNITARIOS PARA EL ACCESO A LA PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD EN ESPAÑA.....</b>	<b>259</b>
	<i>Juan Carlos Álvarez Cortés</i>	
<b>XVI.</b>	<b>APLICABILIDAD DE LAS REGLAS DE COORDINACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO A LA PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD PARA TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN ESPAÑA .....</b>	<b>275</b>
	<i>Elena Lasaosa Irigoyen</i>	
<b>XVII.</b>	<b>SOSTENIBILIDAD DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA Y EN LA UNIÓN EUROPEA .....</b>	<b>285</b>
	<i>Borja Suárez Corujo</i>	
<b>XVIII.</b>	<b>LA CAUSA DE LA PENSIÓN Y LA ESTRUCTURA DEL MODELO EN EL PUNTO DE MIRA DE LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL .....</b>	<b>315</b>
	<i>Fernando Moreno de Vega y Lomo</i>	
<b>XIX.</b>	<b>VISIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO COMO FACTOR PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SISTEMAS DE PENSIONES Y ALGÚN APUNTE SOBRE SU TRASLACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL.....</b>	<b>327</b>
	<i>M<sup>a</sup> José Cervilla Garzón</i>	
<b>XX.</b>	<b>EL IMPULSO EUROPEO DE LOS PLANES DE PENSIONES: ¿HACIA LA SOSTENIBILIDAD O LA REGRESIÓN DE LOS SISTEMAS PÚBLICOS? ..</b>	<b>345</b>
	<i>Nora M. Martínez Yáñez</i>	
<b>XXI.</b>	<b>EL IMPACTO DE LA ROBOTIZACIÓN EN EL EMPLEO Y EL SOSTENIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL.....</b>	<b>361</b>
	<i>Miguel Ángel Gómez Salado</i>	

<b>XXII.</b>	<b>LA CONSIDERACIÓN DEL RIESGO DURADERO DE ENFERMEDAD PROFESIONAL EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS.....</b>	<b>387</b>
	<i>Edison Bórquez Rabe</i>	
<b>XXIII.</b>	<b>CAMBIOS ESTRUCTURALES LABORALES DERIVADOS DE LA INMIGRACIÓN MASIVA: NUEVOS RETOS PARA LA SEGURIDAD SOCIAL.....</b>	<b>395</b>
	<i>Thais Guerrero Padrón</i>	
<b>XXIV.</b>	<b>LA IMPORTANCIA DE LA CLASE MEDIA EN LOS ACTUALES SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA Y LOS PELIGROS DE SU DESAPARICIÓN .....</b>	<b>411</b>
	<i>Antonino Imbesi</i>	
<b>XXV.</b>	<b>LA JUBILACIÓN EN IBEROAMÉRICA: SITUACIÓN ACTUAL, PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS.....</b>	<b>423</b>
	<i>Carmen Moreno del Toro</i> <i>Leopoldo Gamarra Vílchez</i>	
<b>XXVI.</b>	<b>RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES EN ESPAÑA Y SU COORDINACIÓN EN EL REGLAMENTO CE 883/2004 ...</b>	<b>439</b>
	<i>Miguel Ángel Almendros González</i>	
<b>XXVII.</b>	<b>RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN POR CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE: CUESTIONES DE POLÍTICA DEL DERECHO .....</b>	<b>471</b>
	<i>Luis Ángel Triguero Martínez</i>	
<b>XXVIII.</b>	<b>EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES ESPAÑOLAS NO CONTRIBUTIVAS DE JUBILACIÓN E INVALIDEZ Y SU COORDINACIÓN EN EL REGLAMENTO 883/2004.....</b>	<b>487</b>
	<i>Juan Antonio Maldonado Molina</i>	
<b>XXIX.</b>	<b>LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CIUDADANOS ESPAÑOLES (NO ACTIVOS) DESPLAZADOS TEMPORALMENTE EN TERRITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA .....</b>	<b>517</b>
	<i>Esther Carrizosa Prieto</i>	
<b>XXX.</b>	<b>LA LEGISLACIÓN ITALIANA SOBRE EL CONTRASTE DE LA POBREZA Y DE LA EXCLUSIÓN SOCIAL.....</b>	<b>531</b>
	<i>Martina Vincieri</i>	
<b>XXXI.</b>	<b>THE EUROPEAN PILLAR OF SOCIAL RIGHTS.....</b>	<b>543</b>
	<i>Helmut Weber</i>	



# PRESENTACIÓN

En primer lugar deseo agradecer muy sinceramente a la Universidad de Sevilla que haya financiado esta obra con cargo a su VI Plan Propio de Investigación, en la modalidad ayuda a proyectos de investigación precompetitivos. La ayuda concedida lo ha sido con la finalidad de concurrir a la convocatoria de Proyectos I+D del Ministerio de Economía y Competitividad 2017 con el Subproyecto coordinado “La Seguridad Social Internacional y Comunitaria. Conflictos de Leyes y Protección Social” (DER 2017-83040-C4-3-R).

Asimismo, esta obra colectiva es deudora de las actividades científicas, formativas y divulgativas de la Red de Excelencia “Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamérica” (DER 2015-69364) y del congreso organizado por la citada Red en Cádiz los días 17-19 de julio de 2017 con el título “La Coordinación de Sistemas de Seguridad Social desde la Perspectiva del Pilar Europeo de Derechos Sociales”.

Tanto el Subproyecto (DER 2017-83040-C4-3-R) como la Red de Excelencia (DER 2015-69364) tienen entre sus objetivos la investigación y divulgación de la normativa y jurisprudencia en materia de Seguridad Social, tanto a nivel de Derecho nacional, de la Unión Europea y de Derecho Internacional.

Otra de sus metas es fomentar la divulgación de los resultados obtenidos por el equipo investigador a través de monografías como la presente y que, a fin de resultar accesible a todos los operadores jurídicos interesados, es posible descargarla gratuitamente a través de internet. De esta manera se garantiza la transferencia a la sociedad de los avances en el estado del Derecho y la jurisprudencia.

La investigación de calidad precisa del establecimiento de sinergias entre investigadores de distintas universidades y disciplinas, es por ello motivo de orgullo el gran número de investigadores que han querido sumarse a esta monografía aportando sus valiosas contribuciones. Especial mención merecen las Directoras de este libro, las Doctoras D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Cristina Aguilar González, D<sup>a</sup> María José Cervilla Garzón, D<sup>a</sup> Carmen Ferradans Caramés, D<sup>a</sup> Thais Guerrero Padrón, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Camen Jover Ramírez y D<sup>a</sup> Isabel Ribes Moreno, por la eficacia con la que han desarrollado su cometido.

Y por último, pero no menos importante, agradecer a la editorial Laborum S.L. la confianza depositada y su generosidad al autorizar el acceso on line al contenido íntegro de esta obra.

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

Hotel Playa Victoria, 17 de Julio de 2017



# I. BREXIT Y SEGURIDAD SOCIAL ¿JAQUE MATE O AUTOJAQUE MATE?

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDA  
*Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.*<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Dos frases emblemáticas pueden sintetizar las reacciones sobre el Brexit cuando el 23 de Junio de 2016 se anunciaron los resultados de la consulta popular que otorgaba la victoria a los partidarios de la salida del Reino Unido de la Unión Europea: “*Los británicos han recuperado su país*” (Donald Trump) “*Victoria de la libertad*” (Marine Le Pen). A partir de entonces comienza una cascada de dimisiones de los políticos que directa o indirectamente promovieron el referéndum y contribuyeron al ¿éxito? final entre las que destacan la de David Cameron y la de Nigel Farage (líder del UKIP). Sin embargo, las secuelas Brexit no terminaron allí y en las elecciones del 8 de Junio de 2017, el Partido Conservador, defensor de una ruptura dura con el Continente, perdió la mayoría absoluta y el UKIP todos sus parlamentarios. Asimismo, también dentro del Partido Laborista se han producido graves disensiones por la postura tibia de Jeremy Corbyn en relación con Europa. Y es que el Brexit sigue devorando a sus promotores y ejecutores hasta tal punto que la Europa acobardada y despreciada por el Reino Unido está lanzando mensajes de auxilio a la prepotente Theresa May entre los que cabe destacar “*Sería una buena idea que Reino Unido se quedara. La UE nunca la ha empujado a salir*”<sup>2</sup> “*La puerta siempre seguirá abierta*”<sup>3</sup> “*La puerta está abierta cuando vean que las consecuencias*”<sup>4</sup> “*Es un referéndum que nunca debió hacerse*”<sup>5</sup>. No obstante, también existen líderes europeos que consideran que el Reino Unido ha irritado a muchas capitales que están hartas de los múltiples desplantes recibidos. Además se está constatando que el Brexit ha unido más que nunca a los 27 y que puede aprovecharse esta situación para buscar la integración deseada que es el verdadero objetivo al que todos deben aspirar. En consecuencia, muchos mandatarios no desean poner puentes de plata al Reino Unido hasta estar seguros de que los británicos son amigos o enemigos en una hipotética huida o en un posible retorno.

Las tornas han cambiado. Ahora es una Europa más fuerte la que puede imponer condiciones, constatado que el virus de la desintegración se ha diluido con los éxitos electorales pro europeos en Países Bajos y Francia y que el tan temido efecto contagio ha creado, al contrario de lo que se temía, una Unión más fuerte y cohesionada.

## 2. LA POSICION BRITANICA ANTE LA UNION EUROPEA. EL BREXIT.

Debe reconocerse que la actitud del Reino Unido desde su adhesión en 1973 no ha contribuido precisamente al proceso de construcción europea. De hecho la

---

<sup>1</sup> Las opiniones que se emiten en este artículo se realizan a título personal y solamente comprometen al autor.

<sup>2</sup> Antonio Tajani Presidente de la Eurocámara.

<sup>3</sup> Leo Varadkar, Primer ministro irlandés.

<sup>4</sup> Xavier Bettel, Primer Ministro de Luxemburgo.

<sup>5</sup> Andrej Plenkovic, Primer Ministro de Croacia.

Administración británica siempre intentó ralentizar al máximo los posibles avances en aquellos campos que pudieran implicar un salto político que convirtiese a la Unión Europea en una estructura política federalista. Y es que la presencia del Reino Unido en la Unión se ha caracterizado por un manifiesto o soterrado bloqueo a las iniciativas más innovadoras, intentando boicotear, con éxito dispar, los posibles progresos de estos últimos 40 años. Así, solo a título de ejemplo, deben destacarse el rechazo al Sistema Monetario Europeo, el cheque británico de Margaret Thatcher, la exclusión del euro, la no participación en el Area Schengen o su status especial en las políticas de emigración.

Desde la perspectiva sociolaboral, debe resaltarse que el Reino Unido se negó a Ratificar el Acuerdo sobre Política Social del Tratado de Maastricht de 7 de Febrero de 1992, debiéndose esperar al gobierno laborista de Tony Blair para que en el Tratado de Ámsterdam de 2 de Octubre de 1997, se eliminase la excepción británica (opting out) y las políticas sociales pudiera ser aplicables por todos los Estados Miembros.

Realmente, el peligro del Brexit ha estado siempre planeando y se ha utilizado, en múltiples ocasiones, como amenaza encubierta. Sin embargo, nadie esperaba que un día la salida del Reino Unido se convirtiese en una realidad.

Probablemente, para entender mejor las razones que dieron lugar al Brexit, convendría recordar que Reino Unido fue el primer Estado de la Europa Occidental que aceptó la libre circulación de los trabajadores de los nuevos Estados<sup>6</sup> que se adhirieron a la Unión Europea en el año 2004. En cambio, muchos otros Estados mantuvieron las restricciones y limitaciones laborales hasta el final del 2011 (especialmente Alemania). Esto trajo como consecuencia un incremento notabilísimo de ciudadanos de Europa del Este en las Islas Británicas lo que pudo provocar inquietud entre parte de la sociedad británica ante el peligro de una “*invasión laboral*”<sup>7</sup> que podría perjudicar a los trabajadores auctótonos ante una presunta competencia salarial desleal.

Por otra parte, debe recordarse que aunque los trabajadores de Bulgaria, Rumanía<sup>8</sup> no disfrutaron en las Islas Británicas de la libre circulación de trabajadores hasta el fin del período transitorio, la libre circulación de ciudadanos<sup>9</sup> nunca estuvo sometida a periodos transitorios<sup>10</sup> y si bien estaba condicionada al cumplimiento de ciertas condiciones<sup>11</sup>, el control de estancia temporales o residencia legal resulta de gran dificultad, máxime en países, como el Reino Unido, en donde no existe un Documento Nacional de Identidad como tal, por lo que en muchas ocasiones no se distingue, a la hora de reconocimiento de algunas prestaciones sociales, entre nacionales y extranjeros.

---

<sup>6</sup> Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa y Chipre.

<sup>7</sup> A título de ejemplo, actualmente residen en Reino Unido aproximadamente 800.000 ciudadanos polacos.

<sup>8</sup> Adhesión el 1 de Enero de 2007.

<sup>9</sup> Artículo 21 del TFUE “*Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación*”.

<sup>10</sup> Aproximadamente 250.000 ciudadanos rumanos viven en el Reino Unido.

<sup>11</sup> Ver Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros

Por todo ello, el tradicional euroescepticismo británico se fue convirtiendo entre ciertos colectivos sociales en eurofobia, creándose un campo de cultivo para que los políticos del Partido Conservador tentaran el destino y se apuntaran al juego de la ruleta rusa.

Remontémonos al 23 de enero de 2013, en que David Cameron anuncia que convocará un plebiscito sobre la permanencia del país en la UE y al 28 de Noviembre de 2014, fecha en que el premier británico pronuncia su famoso discurso sobre la problemática migratoria, reclamando limitaciones a la libre circulación de trabajadores.

El fraude y el abuso en la utilización de los servicios de Seguridad Social por los ciudadanos extranjeros fue uno de los elementos fundamentales del discurso de Cameron de 28 de Noviembre del 2014, del que destacamos algunas frases. *“controlar quien tiene derecho a recibir prestaciones de seguridad social... máxime cuando contamos con un generoso sistema de bienestar no contributivo... porque no se puede entender que personas que nunca hayan cotizado puedan recibir inmediatamente prestaciones...los demandantes de empleo que nunca han contribuido no deberían recibir nada del Estado del bienestar...debe decirse que nuestro sistema del bienestar debería ser como un club nacional. Se ha construido con las aportaciones de los trabajadores británicos que pagan impuestos; millones de personas contribuyendo generación tras generación y no puede ser que los migrantes puedan reclamar derechos totales y la pertenencia al club nada más llegar”*.

De todos modos, el peligro del turismo social se ha visto magnificado por los defensores del Brexit que encontraron en él un método muy eficaz para asustar a sectores de la ciudadanía británica con la posibilidad de quiebra de su sistema de seguridad social. Y sin embargo, los datos desapasionados sobre los efectos de la migración en los sistemas de protección social podrían haber coadyuvado a eliminar una preocupación exagerada y no acorde con la realidad. En efecto, el Centro de Investigación y Análisis de Migración de la UCL (CReAM en inglés) de Londres<sup>12</sup> publicó un estudio que demuestra que la inmigración procedente de la UE tiene un impacto económico positivo en el Reino Unido. El análisis, escrito por dos investigadores especializados en las repercusiones de la migración en la economía, destaca que los inmigrantes europeos contribuyeron entre 2001 y 2011 con más de 20.000 millones de libras (unos 25.000 millones de euros) a las finanzas públicas. Asimismo, con respecto a la percepción de prestaciones, la publicación destaca que los inmigrantes que llegaron desde el año 2000 tienen un 43 % menos de posibilidades que los nativos de recibir beneficios sociales y exenciones fiscales. A este respecto, sus posibilidades de acceder a viviendas sociales son también menores en un 7 %. Durante el período de 2001 a 2011, los inmigrantes europeos de la UE-15 aportaron el 64 % más en impuestos de lo que recibieron en beneficios. Los inmigrantes de los países del Este de Europa y Europa Central contribuyeron un 12 % más de lo que les fue abonado. En cambio, en su conjunto, los ciudadanos británicos gastaron aproximadamente 800.000 millones de euros más de lo que tributaron en ese período de tiempo. En consecuencia, podría plantearse si la relación inmigración / prestaciones de Seguridad Social fue realmente una causa real del Brexit o simplemente el chivo expiatorio utilizado para conseguir el fin que se pretendía.

<sup>12</sup> Prof. Christian Dustman Dr. Tommaso Frattini Yes. *EU immigrants do have a positive impact on public finances* Publication date: Nov 05, 2014

Volvamos a los pronunciamientos de Cameron y adentrémonos, centrándonos esta vez, en concreto, en la Seguridad Social. Una de las exigencias del premier británico fue la introducción de un periodo de espera de cuatro años para que los trabajadores migrantes pudieran tener derecho a las prestaciones sociales. Con ello, se estaba postulando la diferencia de trato directa o indirecta entre nacionales británicos (ningún período de espera) y ciudadanos europeos (cuatro años), contraria, en principio, al espíritu de los Tratados Fundacionales<sup>13</sup>. Para ultimar su línea de suspicacia frente a la migración europea, Cameron lanzó una nueva propuesta exigiendo que los hijos de los trabajadores europeos tuvieran que residir en el Reino Unido a los efectos de percibir las prestaciones familiares.

Lamentablemente, el dibujo que ofreció Cameron de que los extranjeros esquilmasen las arcas de la Seguridad Social británica, caló en el electorado que finalmente se pronunció por la salida del Reino Unido de la Unión Europea, creando un escenario de incertidumbre entre los 3 millones de europeos que viven en el Reino Unido y el millón doscientos mil británicos que residen en territorio de la Unión.<sup>14</sup>

### 3. EL NUEVO MARCO DE RELACIONES DESPUES DEL BREXIT EN EL AMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La salida del Reino Unido de la Unión Europea implica un cataclismo político del que se desconocen todas las consecuencias. El ciudadano de a pie puede preguntarse si, a partir de ahora, se inicia, a menor escala, una reedición de la guerra fría entre Reino Unido y el Continente o si simplemente se trata de un mero cambio formal que no va suponer cambios cualitativos de calado. No hay respuesta a día de hoy pero la desconfianza mutua generada no augura nada bueno. Y es que, con independencia de que el mercado interior tenga que ser reestructurado, se abre un escenario de incertidumbre para los trabajadores, miembros de la familia, pensionistas o simples residentes que se van a ver afectados por un nuevo marco de relaciones interestatales que repercutirá negativamente en el status de los ciudadanos de la Unión y de los nacionales británicos.

De especial relevancia son los derechos de seguridad social que afectan a un gran número de personas, con derechos, hasta ayer, teóricamente consolidados o en curso de adquisición. En este sentido deben examinarse los distintos escenarios a los que puede dar lugar la negociación del Brexit, sin descartar que la ruptura Reino Unido-Unión Europea sea traumática.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la reciprocidad, aunque juegue un papel importante, no va ser absoluta. De hecho, la situación de los ciudadanos británicos en el Continente, con negociación o ruptura, ya cuenta con unas garantías que no tienen por qué extenderse a los ciudadanos europeos en el Reino Unido. En efecto, la Unión Europea ha regulado los derechos de seguridad social para los nacionales de terceros

<sup>13</sup> Artículo 18 del TFUE.

*“En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones”.*

<sup>14</sup> Polonia 916 mil; Irlanda 260 mil; Rumania 220 mil, Portugal 210 mil; Italia 190 mil;. Las cifras de los británicos en la Unión Europea son más reducidas: 308 mil en España; 157 mil en Francia; 112 mil en Irlanda; 96 mil en Alemania.

Estados a través de una serie de Directivas de emigración que serían aplicables a los ciudadanos británicos, como nacionales de terceros Estados. Así, en el artículo 12 de la Directiva 2011/98/UE de 13 de diciembre de 2011<sup>15</sup> (permiso único) se establece “*Los trabajadores de terceros países gozarán de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en el Estado miembro en que residan en lo que se refiere a: e) ramas de la seguridad social, según lo definido en el Reglamento (CE) no 883/2004.*” Además el apartado 4 del referido precepto se señala: “*Los trabajadores de terceros países que se trasladen a un tercer país, o sus supérstites que residan en terceros países y sean titulares de derechos generados por esos trabajadores recibirán las pensiones legales por vejez, invalidez o fallecimiento derivadas del empleo anterior de tales trabajadores y adquiridas con arreglo a la legislación mencionada en el artículo 3 del Reglamento (CE) no 883/2004, en las mismas condiciones y en las mismas cuantías que los nacionales de los Estados miembros de que se trate cuando se trasladan a un tercer país*”. Sin embargo, la situación de los ciudadanos europeos en el Reino Unido puede ser muy distinta ya que va a depender de las decisiones del legislador británico quien puede no reconocer la igualdad de trato a los ciudadanos de la Unión y actuar de forma discrecional en el ámbito de la Seguridad Social, máxime teniendo en cuenta que ya en el discurso de Cameron mencionado en párrafos precedentes, se proponían una serie de medidas discriminatorias que pueden ser aplicables mucho más fácilmente por un Reino Unido fuera de la Unión Europea.

Además, los ciudadanos británicos, en defensa de sus derechos reconocidos como nacionales de terceros Estados por el Derecho de la Unión podrán acudir al Tribunal de Justicia y solicitar el correspondiente amparo. En cambio los ciudadanos de la Unión van a estar únicamente sujetos a unas normas británicas que en todo momento pueden verse alteradas sin control alguno por parte del Tribunal de Luxemburgo.

Por otra parte, el paradigma de las Normas de Coordinación, es decir el Reglamento 883/04, también puede presentar una curiosa paradoja. Así, los ciudadanos británicos que hubieran realizado su actividad laboral en algunos Estados de la Unión Europea quedarán protegidos por el Reglamento No 1231/2010 de 24 de noviembre de 2010 por el que se extiende la aplicación del Reglamento (CE) no 883/2004 y el Reglamento (CE) nº 987/2009 a los nacionales de terceros países<sup>16</sup>. Bien es verdad que la protección que ofrece este Instrumento es parcial e incompleta ya que solamente cubriría los períodos de seguro y de residencia de los ciudadanos británicos en el territorio de la Unión (en consecuencia no serán tenidos en cuenta los períodos en virtud de la legislación del Reino Unido). Sin embargo, aparece nuevamente aquí una geometría variable y una situación desigual.

En este sentido, no debe olvidarse que la reciprocidad es conveniente, deseable pero no exigible. Ergo, antes de iniciar las negociaciones, nos encontramos con que el *acquis communautaire* ya ofrece una protección a los ciudadanos británicos aunque el Reino

<sup>15</sup> DIRECTIVA 2011/98/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de diciembre de 2011 por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. Diario Oficial de la Unión Europea L 343/1 de 23.12.2011

<sup>16</sup> DOUE L 344/1 DE 29/12 /2010

Unido se encuentre fuera de la Unión europea sin que, a cambio, pueda exigirse reciprocidad idéntica en relación con los ciudadanos europeos en el Reino Unido.

#### 4. LA NEGOCIACION SOBRE EL BREXIT

Con fecha 29 de marzo la Premier británica, Theresa May, notificó la intención del Reino Unido de abandonar la Unión Europea e iniciar la aplicación del art. 50 del Tratado<sup>17</sup>. En esa misma fecha en Consejo Europeo declaró que por parte de la Unión Europea la primera medida consistirá en la adopción de directrices para las negociaciones. Posteriormente, el Consejo Europeo celebrado el 29 de Abril de 2017 aprobó dichas Directrices, estableciéndose como prioridad, el mantenimiento de los derechos y la protección de los ciudadanos británicos y de la Unión Europea una vez que el Brexit se haya materializado.

La negociación oficial se inició el 19 de Junio de 2017 y deberá estar terminada el 29 de Marzo de 2019.

El 12 de Junio de 2017 la Unión Europea hizo pública su posición con respecto a los derechos de los ciudadanos<sup>18</sup> que se podría resumir, en palabras del Presidente del Consejo Europeo Donald Tusk: “*Queremos garantizar los plenos derechos de los ciudadanos de la UE y del Reino Unido tras el Brexit*” porque “*el impacto del 'Brexit' en los derechos de los ciudadanos es negativo*”.

El 26 de Junio de 2017 el Gobierno británico presentó, a su vez, a su Parlamento un documento<sup>19</sup> que contenía la propuesta del Reino Unido en este ámbito y que despeja algunas dudas (teóricamente) sobre las futuras relaciones entre la Unión Europea y el Reino Unido en el campo de la Seguridad Social. Así, se propone la exportabilidad de las pensiones públicas a los Estados Miembros de la Unión Europea, la totalización de períodos de seguro y de residencia cubiertos ante de una determinada fecha que probablemente será la de 29 de Marzo de 2019, la continuidad de la exportación de prestaciones familiares a trabajadores que venían disfrutando de este derecho y el mantenimiento de un documento similar a la tarjeta Sanitaria Europea. Sin embargo, solo se garantiza la igualdad de trato con los ciudadanos británicos a los europeos que lleven al menos cinco años residiendo en Reino Unido por lo que se abre un escenario de incertidumbre para el resto. Además tampoco se detalla que pasará con los períodos de seguro o residencia (totalización) cubiertos con posterioridad a 29 de Marzo de 2019.

<sup>17</sup> Artículo 50 “1. *Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión.* 2. *El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo.* 3. *Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación a que se refiere el apartado 2, salvo si el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo*”.

<sup>18</sup> “Essential Principles on Citizens Rights European Commission, Task Force for the Preparation and Conduct of the Negotiations with the United Kingdom under Article 50 TEU”

<sup>19</sup> The United Kingdom’s Exit from the European Union Safeguarding the Position of EU Citizens Living in the UK and UK Nationals Living in the EU.

En consecuencia, aunque ya existe un poco más de claridad, las posiciones de la Unión Europea y del Reino Unido son todavía muy distantes. Por ello, la reacción de los líderes europeos ha sido clara y directa: *“el plan de May sobre los derechos de los europeos está por debajo de las expectativas de Bruselas”* (Donald Tusk); *“Necesitamos más ambición, claridad y garantías que las que hay hoy en la posición del Reino Unido”* (Michel Barnier, negociador por parte de la Unión Europea).

## 5. EL ESCENARIO DE RUPTURA TOTAL (CLIFF EDGE)

No es descartable, aunque no deseable, que las negociaciones que se han iniciado el 19 de Junio terminen por encallar, máxime teniendo en cuenta que parte de la opinión pública británica está defendiendo una ruptura total o un Brexit duro. Asimismo, la posición de Theresa May, después de las elecciones pasada está muy debilitada por lo que podría optar por la huida hacia adelante, agitando el nacionalismo e intentando medidas de fuerza ante la Unión Europea. Por ello, antes de examinar otras opciones y posibilidades de futuro, deberíamos plantear, en el ámbito de la Seguridad Social, un primer escenario de ruptura total sin acuerdo alguno. En este sentido, ésta sería la opción más peligrosa y la menos favorable para los ciudadanos. No obstante, no es totalmente improbable, teniendo en cuenta los vaivenes de los políticos británicos. Varias serían las consecuencias entre las que podemos destacar las siguientes:

- Los ciudadanos británicos en la Unión y los ciudadanos de la Unión en el Reino Unido, serían considerados como nacionales de terceros Estados. Las autoridades británicas aplicarían sus normas que a su vez serían interpretadas por sus Tribunales. Solamente deberían tener en cuenta los instrumentos internacionales que hubieran ratificado al respecto. En cambio los ciudadanos británicos en la Unión Europea estarían protegidos por el conjunto de derechos que se han otorgado a los nacionales de terceros Estados y podrían acudir, en el supuesto de estos no se respetasen, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- El Reglamento 883/04 y 987/09 no regularían las relaciones de coordinación entre el Reino Unido y la Unión Europea. Las pensiones causadas por los ciudadanos de la Unión en virtud de la legislación de seguridad social del Reino Unido estarían sujetas y condicionadas a la normativa nacional británica que podría restringir el abono de las pensiones fuera de su territorio nacional. En cambio los ciudadanos británicos se verían amparados por la Directiva 2011/98/UE de 13 de diciembre de 2011, tal como se ha señalado en párrafos precedentes.
- Los derechos en curso de adquisición podrían desaparecer ya que la totalización de períodos, al no aplicarse los Reglamentos de coordinación, no podría ser exigible. Esto afectaría a muchos trabajadores que todavía no han causado derecho a pensión. Tampoco se aplicaría la totalización para el acceso a otras prestaciones (dependencia, desempleo, incapacidad temporal etc.).
- Las prestaciones familiares por miembros de la familia residentes fuera del territorio del Reino Unido podrían dejarse de reconocer.
- Las prestaciones de desempleo ya no serían exportables entre el Reino Unido y el Continente.

- Las prestaciones de asistencia sanitaria no serían servidas a los asegurados británicos en el Continente ni a los asegurados de los 27 Estados Miembros en el Reino Unido.

Por tanto, este escenario, caracterizado por una falta de proporción y de equilibrio, perjudicaría a todos, si bien incidiría más desfavorablemente en los ciudadanos de la Unión. Esperemos que finalmente se llegue a un acuerdo favorable para las dos partes.

## 6. EL MEJOR ESCENARIO

Si en el número anterior se ha analizado la peor de las opciones, toca ahora examinar lo que podría ser el escenario más tranquilizador y, desde una visión optimista, el que, por supuesto con matizaciones, parece el más factible. Se trataría de mantener el Reglamento 883/04 como la mejor manera de regular los derechos adquiridos y expectativas de derechos en materia de seguridad social.

Con independencia de que en el Acuerdo General del Brexit se alcanzase este objetivo y quedara plasmado en una cláusula que detallase que ambas Partes continuarían aplicando los Reglamentos de Coordinación como hasta ahora (con ciertos ajustes técnicos necesarios), siempre cabría, otra fórmula jurídica: La UE y el Reino Unido podrían negociar un Instrumento similar a los Reglamentos 883/04 y 987/09 en base al artículo 216 del Tratado de Funcionamiento de la UE, que establece:

*“La Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas. Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros”.*

Habría que consensuar un texto que fuera dinámico y adaptable para cubrir la eventualidad de que en el futuro los Reglamentos de coordinación sufrieran alteraciones o cambios. Precisamente, para evitar que a medio y a largo plazo el texto del referido Instrumento y el de los Reglamentos se fueran separando, convendría una renegociación periódica del Acuerdo en cuestión.

Sin embargo, aunque el Acuerdo sería muy similar a los Reglamentos de coordinación, diferiría fundamentalmente en su base ya que estos últimos están basados en la libre circulación de trabajadores y personas y en cambio es muy dudoso que estas libertades sigan siendo aplicables en el futuro por el Reino Unido.

De todos modos, aun con los pequeños problemas que se han enunciado, la solución del mantenimiento de los Reglamentos de Coordinación, bien directamente bien a través de un Instrumento basado en el artículo 216 del TFUE, sería la más idónea y la que mejor respondería a las expectativas de los ciudadanos europeos y británicos.

## 7. ESPAÑA Y REINO UNIDO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Es esencial comprender que los Reglamentos de Coordinación no solo cubren a los trabajadores sino también a otros colectivos importantes numérica y cualitativamente como miembros de la familia, estudiantes, personas no activas, pensionistas, etc. De

hecho su protección se articula tanto en el presente como en el futuro. En su virtud, se mantienen derechos adquiridos (exportaciones de las pensiones) y expectativas de derechos (totalización de períodos). Es una norma que se extiende en el tiempo y que no permite, so pena de perjuicios graves, cortes abruptos.

Para España el mantenimiento de los Reglamentos en materia de coordinación de seguridad social 883/04 y 987/09 resulta una prioridad por un triple motivo:

- Protege a nuestros ciudadanos en el presente y en el futuro cuando hayan ejercido o ejerzan alguna actividad laboral en el Reino Unido.
- Permite a los residentes en España, nacionales españoles o británicos, la percepción de las pensiones
- Posibilita el reembolso de los gastos de asistencia sanitaria prestada a asegurados británicos.

En este sentido debe tenerse en cuenta que cientos de miles de españoles han trabajado y cotizado en los últimos 40 años en el Reino Unido por lo que muchos de ellos ya están percibiendo pensión o lo harán en el futuro previa totalización de períodos siempre que se apliquen los Reglamentos de Coordinación o Instrumentos similares.

Por otra parte, el Reino Unido exporta aproximadamente 100.000 pensiones a nacionales británicos, españoles o de otras nacionalidades que residen en nuestro país. La ausencia de un instrumento de coordinación de regímenes de Seguridad Social podría implicar la paralización de la exportación de estas pensiones o bien, tal como se hace en algunos casos, la no aplicación de las revalorizaciones correspondientes, congelando su importe

Además, los gastos de asistencia sanitaria originados por los asegurados y pensionistas británicos cuando hacen uso de los servicios sanitarios españoles son reembolsados por el Reino Unido, recibiendo España aproximadamente 300 millones de euros al año. En el supuesto de que no existieran Reglamentos de Coordinación o Acuerdo Reino Unido-UE, estas cantidades reembolsables podrían perderse con grave quebranto para el sistema de Salud español. A este respecto debe tenerse en cuenta que la mayor parte de los pensionistas británicos llevan más de cinco años siendo residentes en España. Esto implicaría que tendría residencia legal en España. Nuestra legislación reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a todos los residentes legales. Pues bien esto conllevaría a que la mayor parte de los pensionistas británico en España tendría derecho gratuito a nuestra asistencia sanitaria. Y todo ello sin reembolso alguno.

Por ello, en el caso de que fracasaran todo tipo de negociaciones y prosperase la tesis del “clif edge”, la posible suscripción de un Convenio bilateral siempre tiene que estar en la recámara. De hecho podría revivirse el Convenio bilateral de Seguridad Social entre España, Reino Unido e Irlanda del Norte<sup>20</sup> a pesar de que ya puede considerarse un instrumento vetusto e incompleto. No obstante, podría ser aplicable (aunque ciertos autores lo consideran derogado) si ninguna de las partes procede a su denuncia. Actuaría como una red de seguridad que lógicamente serviría para cubrir las necesidades más inmediatas pero que dejaría de lado otros campos muy importantes.

<sup>20</sup> Firma 13/974. Vigencia 1475 publicación BOE, 31 marzo 75

## 8. LA SITUACION DE LOS TRABAJADORES FRONTERIZOS DE GIBRALTAR

España consiguió en su día que el Consejo Europeo que trató sobre el Brexit estableciera “*que ningún acuerdo entre la UE y el Reino Unido se aplicara a Gibraltar sin un acuerdo previo entre Reino Unido y España*” o, lo que es lo mismo, que se aceptase el derecho de veto de España sobre la aplicación a Gibraltar de los futuros acuerdos entre la UE y el Reino Unido. En consecuencia, o bien se debe extender el Acuerdo General entre el Reino Unido y La Unión Europea a Gibraltar o bien debe negociarse entre España y el Reino Unido un Acuerdo ad hoc.

Debe tenerse en cuenta en el Acuerdo General o en el Acuerdo específico la situación de los trabajadores fronterizos que desarrollan su actividad laboral en Gibraltar y que residen en España. Su número asciende a 10.000 (7.000 españoles y 3.000 extranjeros aproximadamente). Este colectivo se vería muy afectado si no se mantuvieran sus derechos actuales y no se garantizara su situación transfronteriza en el ámbito laboral y de seguridad social.

Esencialmente, los temas específicos que deben ser tratados prioritariamente son el derecho a la pensión para los españoles que han trabajado o trabajan en la colonia y han cotizado o cotizan allí, la atención sanitaria para los gibraltareños que acuden al sistema de salud español, el reembolso de gastos de asistencia sanitaria prestada por España o nacionales españoles, británicos o de otros Estados asegurados en Gibraltar y el reembolso de las cantidades abonadas por España con motivo del reconocimiento de las correspondientes prestaciones por nuestro sistema de Seguridad Social a los aproximadamente 1000 españoles al año que habiendo trabajado en Gibraltar y residiendo en España<sup>21</sup> quedan desempleados.

## 9. CONCLUSIONES

Probablemente la globalización esté provocando un repliegue de las sociedades a estructuras nacionalistas abandonando las aspiraciones supranacionales. De hecho el miedo a perder la identidad propia está siendo el caldo de cultivo de los partidos eurófobos que culpan a la Unión Europea de una degradación progresiva de las condiciones de vida y trabajo de gran parte de las clases medias y trabajadoras. Por ello, aunque con connotaciones distintas, retorna el slogan de los 80 “*lo pequeño es hermoso*”.

Sin embargo es posible que en futuro, y precisamente como respuesta al Brexit, se produzca un movimiento de cohesión entre los Estados Miembros con lo que la Unión pueda salir fortalecida. Ahora bien, para ello debe darse preeminencia a la dimensión social para atraer a los ciudadanos a un nuevo proyecto europeo más firme, integrador e igualitario.

El Brexit puede ser una catástrofe o una oportunidad. A corto plazo y en el ámbito de la Seguridad Social los efectos serán negativos. Sin embargo habrá que esperar algunos años para valorar si el Brexit fue el comienzo del fin o el inicio de una Europa más justa, solidaria y federalista. Apuesto por lo segundo.

---

<sup>21</sup> Ver artículo 65 del Reglamento 883/04.

## II. SOSTENIBILIDAD VERSUS SOLIDARIDAD: LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN LA EUROPA DEL BREXIT

VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN

*Profesora Ayudante Doctora*

*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Granada*

### 1. LIBRE CIRCULACIÓN Y PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL: TENSIONES EMERGENTES

El derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros constituye la piedra angular de la ciudadanía europea, sin perjuicio de que, según mandato expreso del Derecho originario, debe ser ejercido con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (20.2.a) y 21.1 TFUE). Es la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, la norma que regula el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Y precisamente en el marco de las condiciones recién aludidas, dicha norma establece en su art. 7.1.b) que todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses si dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su periodo de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida. Los términos de “recursos suficientes” o “carga”, conceptos jurídicos indeterminados donde los haya, son continuamente empleados en los debates que giran en torno a la libre movilidad y la sostenibilidad de los sistemas nacionales.

Lo cierto es que (y en estos últimos años se ha hecho más patente) existe una tensión originaria entre la libre circulación en el interior de la Unión y el principio de solidaridad social. Una tensión que se ha acrecentado en la misma medida en que se ha ampliado hasta generalizarse el abanico de potenciales beneficiarios del derecho al acceso transfronterizo a las prestaciones sociales garantizadas por los sistemas nacionales del welfare y que ha alcanzado su grado máximo mediante la proclamación como derechos universales de la libertad de circulación en el territorio de la Unión y la correlativa garantía de igualdad de trato. Es este, sin duda, el gran reto al que se enfrentan los sistemas de protección social de los Estados miembros, un reto a la misma idea de solidaridad europea, a su intensidad y a las formas en las que se realiza en el ordenamiento comunitario<sup>1</sup>.

Se asiste, en este sentido, al enfrentamiento de dos extremos, de siempre presentes por otra parte en el desarrollo mismo de la construcción social europea. De un lado, la libre circulación de personas constituye buena parte del sustento de la Unión en el que

---

<sup>1</sup> Giubboni, S.: *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli social nazionali nello spazio giuridico europeo*. Il Mulino, Bologna, 2012, pág. 139.

se legitima el derecho a acceder a las prestaciones sociales en otro Estado miembro. De otro, este mismo acceso supone un desafío a la sostenibilidad económica de los sistemas nacionales, dados los incuestionables costes añadidos que supone la protección social a personas que no colaboran (sea como cotizantes, sea como contribuyentes) en su mantenimiento. La cuestión no es en modo alguno simple si se tiene en cuenta, como ha apuntado la doctrina<sup>2</sup>, que una interpretación restrictiva que dificulte la movilidad intracomunitaria choca con la idea raíz del proyecto comunitario, la libertad de circulación de personas, mientras que una lectura generosa o expansiva puede suponer una excesiva carga financiera para determinados Estados miembros, desequilibrando sus sistemas, que son nacionales. Y es que no contamos con un sistema común europeo o, como mejor se ha expresado, el “social comunitario” no ha emergido en un “Estado Social Comunitario de Derecho”<sup>3</sup>. De ahí que la coordinación de los sistemas nacionales constituya un instrumento de gran trascendencia para garantizar la libre circulación de personas en el territorio de la Unión<sup>4</sup>. En efecto, los supuestos de transnacionalidad no pueden derivar en una pérdida de derechos de Seguridad Social. En otro caso, se asistiría a un fuerte obstáculo a la libertad de circulación en el territorio de la Unión, que es sin duda la clave de bóveda que articula la regulación comunitaria de la Seguridad Social y la que inspira la lógica de la coordinación de sistemas.

## 2. FACTORES CONVERGENTES EN LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

Existe consenso en afirmar el tránsito del enfoque inicialmente económico del proceso de integración europea al social actual, en el sentido de que los derechos de protección social y, en particular, su configuración y requisitos de acceso han evolucionado desde su instrumentalización para conseguir un objetivo económico<sup>5</sup>, el de la creación de un mercado común en régimen de libre competencia, a la materialización del principio de solidaridad social<sup>6</sup>. En ese tránsito se articuló una extensión del ámbito subjetivo de reconocimiento del derecho de modo que las razones que motivaran el desplazamiento intracomunitario pasaba a un segundo plano, sin que la libre circulación quedara exclusivamente reservada a los trabajadores migrantes. Tras el Tratado de Maastricht, que instauró la ciudadanía de la Unión, la libertad de circulación de los nacionales de la Unión en el territorio comunitario constituye uno de los elementos esenciales de dicho estatuto.

Sin embargo, en los últimos años, este impulso de la vertiente social del proceso ha retrocedido de manera significativa, siendo varios los factores que han incidido en esta suerte de involución.

<sup>2</sup> Molina Navarrete, C.: “Los sistemas nacionales de dependencia y asistencia sanitaria en el marco del nuevo Reglamento comunitario de coordinación de los sistemas de Seguridad Social”, en AA. VV.: *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, CORREA CARRASCO, M. (Coord.), Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 2008, pág. 358.

<sup>3</sup> *Ibid.*, págs. 337 y 338.

<sup>4</sup> Neframi, E.: “Le rapport entre objectifs et compétences, de la structuration et de l'identité de l'Union européenne”, en AA. VV.: *Objectifs et compétences dans l' Union Européenne*, NEFRAMI, E. (Dir.), Bruylant, Bruxelles, 2013, págs. 5-26.

<sup>5</sup> La orientación económica inicial es la que explica que la titularidad del derecho se hallase en un principio limitada a los agentes económicos activos, esto es, a los encuadrables en el concepto de trabajador.

<sup>6</sup> Al respecto, Sánchez-Urán Azaña, Y.: “Ciudadanía de la Unión y derechos de protección social”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015. BIB 2015\167253.

En primer lugar, los cambios de la situación económica afectan de manera extraordinaria a las realidades sociales y políticas en que se producen. Se puede afirmar, en este sentido, que la crisis protagonista de nuestra más reciente coyuntura económica tiene un notable impacto en toda la sociedad, si bien uno de los colectivos más duramente afectados ha sido la población migrante. El diseño institucional y contenido sustantivo de la política social de este colectivo ha sido objeto de restricciones avaladas, según se tendrá ocasión de analizar más adelante, por el propio TJUE. En la falacia, tantas veces denunciada<sup>7</sup>, de que los derechos sociales son “los que cuestan dinero”, éstos no han quedado ajenos a los recortes paralelos a la crisis económica y el afán por afrontar o paliar sus efectos.

Pero no ha sido la crisis económica el único motivo alegado en la pretendida limitación de la libre circulación en el interior de la Unión Europea. El auge de los nacionalismos y el consiguiente debilitamiento del proyecto europeo también explican las reticencias de algunos Estados a emplear sus propios recursos en la protección social de nacionales de otros. Como se ha indicado<sup>8</sup>, el nacionalismo político y económico se dan en estas circunstancias la mano.

Ciertos países, señaladamente Reino Unido o Alemania, asociaban la libre circulación de trabajadores al fantasma del turismo social, sobre la base de un efecto llamada hacia Estados con un plantel de prestaciones sociales más ventajosas que otros. El turismo social y la lucha contra el mismo ha sido precisamente la excusa empleada para imponer restricciones a la libre circulación de los ciudadanos comunitarios, en concreto, mediante la exclusión de los nacionales otros Estados miembros respecto de prestaciones sociales en el Estado miembro de acogida. Se trataba, así, de salvaguardar todos los esfuerzos de planificación y de racionalización de los sistemas nacionales respecto de personas económicamente inactivas que no contribuyen al sostenimiento de dichos sistemas. Aunque, como se ha apuntado, cualquier reparo hacia una afluencia masiva de personas inactivas potenciales beneficiarias de las prestaciones sociales de un sistema nacional que produzca un desequilibrio financiero parece más teórico que real<sup>9</sup>.

Esta regresión se ha apoyado de manera notoria en la misma amplitud del margen de apreciación con que cuentan los Estados miembros en la configuración del alcance de sus sistemas nacionales de protección social, a lo que coadyuva el empleo por parte de las normas comunitarias sobre ciudadanía de conceptos y expresiones vagos e imprecisos (del tipo de demandante de empleo, residencia, carga excesiva, asistencia social o ventajas sociales)<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Fernández Avilés, J. A.: “Constitución, derechos sociales y tutela del trabajador”, en AA. VV.: Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico: XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, GARRIDO PÉREZ, E. (Coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2013, págs. 82-91.

<sup>8</sup> Pérez del Prado, D.: “¿Quién paga las prestaciones? Reflexiones al hilo del caso Franzen”, en *Revista de Información Laboral*, núm.7, 2015.BIB 2015\2935.

<sup>9</sup> Suárez Corujo, B.: “Ciudadanos de segunda: los obstáculos a la libre circulación de los pobres (trabajadores). A propósito de la STJUE 15 de septiembre de 2015, Alimanovic”, en *Revista de Información Laboral*, núm. 1, 2016.BIB 2016\35.

<sup>10</sup> Sánchez-Urán Azaña, M. Y.: “Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 32, 2015. LALEY 7899/2015.

### 3. DERECHO DE RESIDENCIA Y PRESTACIONES SOCIALES: LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

En el epígrafe anterior ya se ha anunciado la restricción de la libre circulación de personas en la UE a la que se ha asistido en los últimos años. Si entonces se han apuntado algunos de los principales factores del proceso, conviene ahora detenerse en la articulación del mismo. A este respecto ha tenido un papel fundamental, en clave de aval, la doctrina del TJUE, que ha seguido una línea del todo involutiva. Y es que si bien el Tribunal de Luxemburgo había destacado, en el marco de una sólida labor de construcción del Derecho social de la Unión, por una interpretación extensiva de la movilidad europea<sup>11</sup>, en los últimos años ha cedido antes estrategias de restricción de la libre circulación de personas mediante una generosa interpretación de las limitaciones al principio de igualdad de trato.

Basta repasar al efecto, como se hará seguidamente, el elenco de las más recientes sentencias en la materia para constatar la corriente doctrinal que ha permitido un tratamiento menos ventajoso respecto de los ciudadanos económicamente inactivos en el Estado miembro de acogida. Ciertamente, en los últimos años, la tensión entre el ejercicio del derecho a la libre circulación, el derecho de residencia de los ciudadanos económicamente no activos y la solicitud de prestaciones sociales en el Estado de acogida han ocupado buena parte de los pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo. Y lo han hecho a través de una eminente restricción del reconocimiento del derecho a prestaciones sociales a ciudadanos de la UE que se desplazan a otro Estado miembro sin una efectiva pretensión de buscar empleo<sup>12</sup>. El medio utilizado para ejecutar el retroceso es claro: las limitaciones al principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso a las prestaciones sociales de los ciudadanos comunitarios económicamente no activos. Se acepta la validez, de este modo, del rechazo de prestaciones sociales a personas sin recursos económicos, cuando precisamente el fin último de tales prestaciones no es otro que asistir estas situaciones de necesidad. No sin razón se ha llegado a hablar de una "estigmatización de la pobreza"<sup>13</sup>.

Mediante una modificación de su jurisprudencia<sup>14</sup>, sin que el fundamento de dicho cambio haya quedado suficientemente justificado, todo sea dicho, el Tribunal de Justicia ha protagonizado una interpretación más limitada de la libertad de circulación en pro de la salvaguarda de los intereses nacionales de los Estados Miembros, fundamentalmente de aquellos habituales receptores de nacionales de otros Estados. Éstos han tendido a

<sup>11</sup> El TJUE había extendido progresivamente el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad a efectos de libre circulación y de residencia de los ciudadanos comunitarios sobre la base del derecho de acceso a las prestaciones de subsistencia de quienes pueden ser considerados ciudadanos económicamente no activos. Véase Sánchez-Urán Azaña, Y.: "Ciudadanía de la Unión y derechos de protección social", en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015. BIB 2015\167253.

<sup>12</sup> Molina Navarrete, C.: "Libertad de circulación de personas y limitaciones de la acción asistencial: ¿Quovadis modelo de solidaridad europeo?", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 394, 2016, pág. 191.

<sup>13</sup> Suárez Corujo, B.: "Ciudadanos de segunda: los obstáculos a la libre circulación de los pobres (trabajadores). A propósito de la STJUE 15 de septiembre de 2015, Alimanovic", en *Revista de Información Laboral*, núm. 1, 2016. BIB 2016\35.

<sup>14</sup> Una pertinente síntesis de la nueva corriente restrictiva en Martín-Pozuelo López, A.: "El "turismo social" en la Unión Europea antes y después del "Brexit". Comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de febrero y 14 de junio de 2016", en *Revista de Información Laboral*, num.3, 2017. BIB 2017\1104.

denegar el acceso a determinadas prestaciones sociales, en los casos en los que los nacionales de otros Estados no realizasen actividad económica o la hubiesen realizado en el pasado, al no ostentar derecho a la residencia legal en el país de acogida<sup>15</sup>. Se trata, en fin, de una lectura generosa de las limitaciones del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso a las prestaciones sociales de los ciudadanos comunitarios económicamente no activos.

Buena parte de los pronunciamientos que se repararán someramente a continuación sirvieron de caldo de cultivo de la Decisión del Consejo Europeo, sobre “Un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea”, de los días 18 y 19 de febrero de 2016, que no llegó a entrar en vigor tras el sí a la salida de Reino Unido de la Unión Europea en el referéndum (coloquialmente denominado Brexit). Esta decisión establecía unos mecanismos de “alerta y garantía” con el fin de ampliar las restricciones en el acceso a las prestaciones sociales de subsistencia tanto a los ciudadanos no activos como a los trabajadores en busca de empleo. En concreto, y empleando los términos del Consejo Europeo, se trataba de responder a situaciones de flujos de entrada de trabajadores procedentes de otros Estados miembros de una magnitud excepcional durante un periodo prolongado. En tales supuestos, y previa aprobación de la Comisión Europea, un Estado miembro podría adoptar medidas restrictivas de la libre circulación de personas<sup>16</sup>. En concreto, señala la Decisión que “el Consejo autorizaría a tal Estado miembro a limitar el acceso a las prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional de los trabajadores de la UE que lleguen por primera vez, durante un periodo total de hasta cuatro años desde el inicio del empleo”.

A continuación se propone un repaso por los más recientes pronunciamientos del TJUE en la materia objeto de estas páginas. Dicha jurisprudencia presenta distintas notas características que han sido sintetizadas en las siguientes<sup>17</sup>: a) la Directiva 2004/38 es plenamente compatible con el Derecho Originario y con el estatuto de Ciudadanía de la Unión; b) las restricciones o exclusiones del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad que establece la Directiva no se contemplan como excepciones de ese derecho, sino como concreciones del mismo; c) asimilación de las prestaciones especiales no contributivas a las prestaciones asistenciales a efectos de libre circulación y de residencia y, en consecuencia, mayor margen para la interpretación limitativa del principio de igualdad frente a la que deriva de la formulación por el Reglamento de coordinación; d) las prestaciones asistenciales con finalidad de acceso al mercado de trabajo deben considerarse que son también prestaciones de subsistencia a estos efectos; e) interpretación restrictiva del concepto de trabajador y limitación del derecho a la libre circulación y residencia, y por tanto, del derecho a las ventajas sociales respecto de quienes acceden a otro Estado miembro como demandantes de empleo para la búsqueda activa del mismo; f) reformulación del principio o criterio de proporcionalidad en aplicación del escrutinio estricto cuando el ciudadano económicamente inactivo se desplaza a otro Estado Miembro, que implica reconocer las exclusiones legales nacionales del derecho de acceso a sus prestaciones

<sup>15</sup> Álvarez Rodríguez, A. y Fernández Fernández, R.: “La exigencia de residencia legal para acceder a las prestaciones de Seguridad Social. ¿Retroceso para la libre circulación de nacionales de la UE?”, en *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8, 2016. BIB 2016\80230.

<sup>16</sup> Machuca, J. C., y Sarmiento, D.: “Brexit: consecuencias jurídicas y empresariales del referéndum”, en *Diario La Ley*, núm. 8784, 2016. LALEY 3995/2016.

<sup>17</sup> Sánchez-Urán Azaña, Y.: “Ciudadanía de la Unión y derechos de protección social”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015. BIB 2015\167253.

sociales en la mayoría de los supuestos en los que no hay vínculo alguno con ese Estado.

### 3.1. EL INICIO DE LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: STJUE DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2014, ASUNTO C-333/13, DANO

Este pronunciamiento supuso el punto de arranque de toda una línea restrictiva, en el marco de la denegación por parte del Estado de acogida de prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de recursos suficientes para optar al derecho de residencia.

Se abordaba en esta sentencia el derecho a las prestaciones económicas por parte de ciudadanos de la Unión que se habían desplazado a Alemania sin intención de trabajar y a los solos efectos de percibir las ayudas sociales. En concreto, el litigio implicaba a dos nacionales rumanos (la Sra. Dano y su hijo) a quienes les fueron denegadas las prestaciones del seguro básico alemán puesto que la Sra. Dano no había ejercido ninguna actividad profesional ni se había desplazado a Alemania para buscar trabajo.

Como consecuencia de la negativa dada por el JocabenterLeipzig, la interesada interpuso recurso ante el Tribunal de lo Social de Leipzig, el cual planteó una cuestión prejudicial al TJUE para determinar si el Derecho alemán resultaba contrario al art. 4 del Reglamento nº 883/2004, el principio general de no discriminación que resulta del art. 18 TFUE y el derecho general de residencia (art. 20 TFUE).

Tras afirmar que el principio de igualdad de trato recogido en el art. 4 del Reglamento 883/2004 es plenamente aplicable al acceso a las “prestaciones especiales en metálico no contributivas” (art. 70 de dicho Reglamento), el Tribunal de Luxemburgo recuerda que el Estado miembro de acogida no está obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social durante los tres primeros meses de residencia (art. 24.2 de la Directiva 2004/38)<sup>18</sup>.

Para poder acceder a determinadas prestaciones sociales, como las del seguro básico alemán, los nacionales de otros Estados miembros solo pueden reclamar la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado miembro de acogida si su estancia en el territorio de dichos Estados cumple los requisitos de la Directiva 2004/38. Tratándose de un periodo de residencia superior a tres meses pero inferior a cinco años, la adquisición del derecho de residencia está supeditada a las condiciones enunciadas en el art. 7.1, de la Directiva, entre los que figura la obligación de que el ciudadano de la Unión que no ejerce una actividad económica disponga, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes. Se trata de evitar que los nacionales de otro Estado miembro se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida o, en otras palabras, que los ciudadanos de la Unión que no ejerzan

<sup>18</sup> Tras enunciar el principio de igualdad de trato en el primer apartado, el art. 24 de la Directiva 2004/38/CE dispone en el segundo que “durante los primeros tres meses de residencia o, si procede, el periodo más largo establecido en la letra b) del apartado 4 del artículo 14, el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias”.

una actividad económica utilicen el sistema asistencial del Estado miembro de acogida para garantizar su subsistencia.

Según se colige, los Estados miembros pueden denegar las prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no desempeñen una actividad económica y ejerzan su libertad de circulación con el único objetivo de percibir la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de recursos suficientes para ser titulares del derecho de residencia. El examen que procede al respecto debe implicar una valoración concreta de la situación económica de cada sujeto con el fin de verificar si se dispone de recursos suficientes para poder disfrutar del derecho de residencia.

En virtud de toda la argumentación anterior, el TJUE concluye que la Directiva 2004/38 y el Reglamento 883/2004 no se oponen a una normativa nacional conforme a la cual los nacionales de otros Estados miembros están excluidos de la percepción de determinadas “prestaciones especiales en metálico no contributivas”, aun cuando éstas se garanticen a los propios nacionales que se encuentren en la misma situación, siempre que esos nacionales de otros Estados miembros no disfruten del derecho de residencia en el Estado miembro de acogida en virtud de la Directiva 2004/38.

### 3.2. UN PASO MÁS: CIUDADANOS DE LA UNIÓN QUE SE DESPLAZAN AL TERRITORIO DE OTRO ESTADO MIEMBRO PARA BUSCAR TRABAJO EN ÉL. STJUE DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2015, ASUNTO C-67/14, ALIMANOVIC.

En este pronunciamiento, el TJUE resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Federal de lo Social alemán relativa a la compatibilidad con el Derecho comunitario de la exclusión que prevé la normativa alemana en el acceso a prestaciones respecto de ciudadanos de la Unión que se desplazan a Alemania para buscar trabajo, habiendo trabajado cierto tiempo en dicho Estado, cuando esas prestaciones se conceden a los nacionales del Estado miembro de acogida que están en la misma situación. En el caso concreto, la autoridad competente, el Jobcenter Berlin Neukölln, denegó el pago de prestaciones de seguro básico (prestaciones de subsistencia para desempleados de larga duración) a la Sra. Alimanovic y sus tres hijos por su condición de demandante de empleo cuyo derecho de residencia únicamente se justificaba por la búsqueda de trabajo.

En el caso concreto, la Sra. Alimanovic, nacida en Bosnia, y sus tres hijos Sonita, Valentina y Valentino, nacidos en Alemania, abandonaron este país para instalarse en Suecia en 1999, volviendo a Alemania en junio de 2010. A su regreso, la Sra. Alimanovic y su hija mayor, Sonita, ocuparon hasta mayo de 2011 varios empleos de corta duración, o no encontraron oportunidades de trabajo por tiempo superior a un año. Desde entonces no ejercieron actividad profesional alguna. Desde el 1 de diciembre de 2011 hasta el 31 de mayo de 2012 se concedieron a la familia Alimanovic prestaciones de seguro básico.

Una vez que el Tribunal estima la consideración de estas prestaciones como “prestaciones de asistencia social” en el sentido del art. 24.2, de la Directiva 2004/38, invoca como punto de partida la doctrina Dano en el sentido de afirmar que un ciudadano de la Unión sólo puede reclamar la igualdad de trato con los nacionales del Estado miembro de acogida si su estancia en el territorio de dicho Estado se ajusta a los requisitos de la Directiva 2004/38. Seguidamente, el Tribunal demarca las dos opciones

para atribuir un derecho de residencia a los demandantes de empleo, como los interesados en este asunto:

- Si el ciudadano de la Unión se encuentra en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, y se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo, la condición de trabajador se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses. Durante ese mismo período el ciudadano de la Unión interesado conserva su derecho de residencia en el Estado miembro de acogida y puede, por tanto, invocar el principio de igualdad de trato.
- Cuando el ciudadano de la Unión aún no ha trabajado en el Estado miembro de acogida, o cuando ha terminado el periodo de seis meses, no puede ser expulsado de ese Estado mientras pueda demostrar que sigue buscando trabajo y que tiene posibilidades reales de ser contratado. Sin embargo, el Estado miembro de acogida puede denegar a ese ciudadano la prestación de asistencia social reclamada, en base a la excepción del art. 24.2 de la Directiva.

Finalmente, si bien la Directiva exige que el Estado miembro considere la situación individual de la persona interesada cuando se disponga a adoptar una medida de expulsión, o a constatar que esa persona se ha convertido en una carga excesiva para la asistencia social, el TJUE concluye no obstante que dicho examen no resulta exigible en este asunto, pues el propio sistema gradual de mantenimiento de la condición de trabajador previsto en la Directiva toma en consideración los diferentes factores que caracterizan la situación individual del solicitante de una prestación social, y en especial la duración del ejercicio de una actividad económica. A su vez, la sentencia concreta que la valoración de la carga excesiva debe hacerse a partir de la suma de todas las solicitudes individuales que se hubieran presentado en el Estado miembro.

Esta solución restrictiva del Tribunal se enmarca en el que se ha dado en calificar como vínculo económico directo y, en consecuencia, revitalización de los derechos de libre circulación y de residencia vinculados a la solvencia económica de los ciudadanos<sup>19</sup>.

### 3.3. PRESTACIONES SOCIALES DURANTE LOS TRES PRIMEROS MESES DE ESTANCIA: STJUE DE 25 DE FEBRERO DE 2016, ASUNTO C-299/14, GARCÍA-NIETO Y OTROS.

El conflicto surgió cuando el Jobcenter alemán denegó las prestaciones de subsistencia al Sr. Joel Peña Cuevas y a su hijo, que llegaron a Alemania algunos meses después de que lo hicieran la Sra. García-Nieto y su hija, respecto de los tres primeros meses de su residencia en el país.

Si bien de conformidad con la Directiva los ciudadanos de la Unión tienen derecho a residir en el territorio de otro Estado miembro por un período de hasta tres meses sin estar sometidos a otra condición o formalidad que la de estar en posesión de un

<sup>19</sup> Sánchez-Urán Azaña, Y.: “Ciudadanía de la Unión y derechos de protección social”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015. BIB 2015\167253.

documento de identidad o pasaporte válidos, ello no impide que el Estado miembro de acogida pueda denegar a dicho ciudadano la prestación de asistencia social solicitada. Dado que los Estados miembros no pueden exigir que los ciudadanos de la Unión posean medios de subsistencia suficientes y una cobertura médica personal cuando realizan una estancia de tres meses de duración como máximo en sus respectivos territorios, es legítimo no obligar a dichos Estados miembros a hacerse cargo de esos ciudadanos durante tal período. En todo caso, el tribunal se cuida de precisar que dicha negativa no exige un examen previo de la situación individual de la persona de que se trate, por las mismas razones aducidas en el asunto Alimanovic, ya reseñadas líneas arriba.

El Tribunal asevera, en definitiva, que la normativa alemana no resulta contraria a la Directiva 2004/38 al excluir de la percepción de determinadas “prestaciones especiales en metálico no contributivas” a los nacionales de otros Estados miembros durante los tres primeros meses de su estancia en el país de acogida.

#### 3.4. PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL: STJUE DE 14 DE JUNIO DE 2016, ASUNTO C-308/14, COMISIÓN/REINO UNIDO.

Este pronunciamiento, que adelantó en solo nueve días el referéndum sobre el Brexit, incorpora novedades en el supuesto de hecho origen del mismo, pues se refiere al acceso a prestaciones de Seguridad Social pasados los tres primeros meses de estancia en el Estado miembro de acogida.

Este caso parte de la recepción por parte de la Comisión de numerosas quejas de ciudadanos de otros Estados miembros residentes en el Reino Unido, en las que denunciaban que las autoridades británicas competentes habían denegado sus solicitudes de prestaciones sociales sobre la base de que no contaban con derecho de residencia en dicho Estado. La Comisión interpuso un recurso por incumplimiento contra el Reino Unido por considerar que la legislación de dicho Estado miembro no se ajustaba a lo dispuesto en el Reglamento, en la medida en que exigía que se comprobase que los solicitantes de determinadas prestaciones sociales (entre ellas, complementos familiares –child benefit– y sobre el crédito fiscal por hijo a cargo –child tax credit–, objeto de este asunto) estuvieran residiendo legalmente en su territorio. A juicio de la Comisión, al requerir a los solicitantes de las prestaciones sociales controvertidas que cumplan el criterio del derecho de residencia para poder ser tratados como residentes habituales en dicho Estado miembro, el Reino Unido ha añadido un requisito adicional que no figura en el Reglamento 883/2004, norma que se refiere únicamente a la residencia habitual del solicitante. Asimismo, al supeditar el derecho a obtener determinadas prestaciones de Seguridad Social a un requisito que sus propios nacionales cumplen automáticamente, como es el criterio del derecho de residencia, la Comisión estima que el Reino Unido ha generado una situación de discriminación directa en perjuicio de los nacionales de otros Estados miembros

En la resolución reseñada, el TJUE se centra en primer lugar en la naturaleza de las prestaciones del asunto en particular para determinar que constituyen prestaciones de Seguridad Social y que, por lo tanto, están incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento de coordinación.

Seguidamente, asevera que el criterio de la residencia habitual al que se refiere el Reglamento comunitario no aspira a determinar los requisitos materiales para que exista

el derecho a las prestaciones de Seguridad Social, sino que consiste en una norma de conflicto destinada a determinar la legislación nacional aplicable a la percepción de las prestaciones y, por tanto, tiene como finalidad evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales e impedir que las personas que hayan decidido trasladarse a otro Estado miembro se vean privadas de protección. Y es que el Reglamento no instituye un régimen común de Seguridad Social, sino que deja subsistir regímenes nacionales distintos. Por tanto, no determina los requisitos materiales para que exista el derecho a las prestaciones, pues corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar tales requisitos. De ahí que el Tribunal de Justicia termine por concluir que observa que nada se opone a que la concesión de prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas esté supeditada a la exigencia de que éstos cumplan los requisitos para gozar del derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida.

A través de la actuación coordinadora, que preserva en todo caso las señas de identidad de cada uno de los sistemas nacionales, se trata de impedir que las personas que opten por desplazarse en el interior de la Unión, o incluso instalarse en uno o varios Estados miembros diferentes al suyo de origen, queden desprotegidos frente a posibles situaciones de necesidad. Se trata de favorecer, en suma, “una movilidad sin riesgos excesivos”<sup>20</sup>.

Asimismo, y en respuesta al motivo subsidiariamente invocado por la Comisión, el Tribunal de Justicia declara que, al imponer la normativa de Reino Unido a los solicitantes de las prestaciones el requisito del derecho de residencia en su territorio, dicha normativa genera una desigualdad de trato entre los nacionales británicos y los nacionales de los restantes Estados miembros, pues tal requisito de residencia es más fácil de cumplir por los propios nacionales, que tienen su residencia habitual con mayor frecuencia en el Reino Unido, que por los nacionales de otros Estados miembros, que suelen residir en un Estado miembro distinto del Reino Unido. Sin embargo, esta diferencia de trato puede estar justificada por un objetivo legítimo, como es la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida. El TJUE aprecia que la comprobación del cumplimiento de los requisitos que la Directiva 2004/38 exige para que exista derecho de residencia no se lleva a cabo sistemáticamente, sino que tan sólo en casos específicos de duda se exige a los solicitantes que aporten la prueba de que gozan efectivamente del derecho de residencia regular en el territorio del Reino Unido. De ello se sirve la sentencia para concluir que la comprobación por las autoridades británicas se atiene al requisito de proporcionalidad, resulta adecuada para garantizar la salvaguardia de las finanzas públicas y no va más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo.

#### 4. CONCLUSIONES

A lo largo de los últimos años, se ha hablado mucho de la crisis económica, pero menos de la crisis de la solidaridad. En esta última ha incidido de forma decisiva el retroceso que ha protagonizado la jurisprudencia del TJUE, que precisamente se había caracterizado por actuar como continuo acicate en la integración europea y, en particular, en la interpretación extensiva de la libre circulación de los ciudadanos de la

<sup>20</sup> Peredo, J. A.: “La política social comunitaria”, en AA. VV.: Política social de las Comunidades Europeas: V Jornadas Nacionales de Estudio del Comité Español para el Bienestar Social, Madrid, ACEBO, 1986, pág. 32.

Unión. Los más recientes pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo dibujan un panorama del todo diferente al avalar la exigencia del derecho de residencia por parte de los Estados de acogida para consentir el acceso a prestaciones sociales por nacionales de otros Estados que sean económicamente inactivos. Desde el asunto Dano hasta el más reciente *Comisión Europea vs. Reino Unido* el TJUE ha acometido una generosa interpretación de las excepciones a la garantía de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso a las prestaciones sociales que proclama el sistema de coordinación del Reglamento 883/2004, de forma que la operatividad de tal principio queda vinculada a la residencia.

El planteamiento jurisprudencial que comenzó circunscrito a las prestaciones de asistencia social y terminó abordando igualmente las prestaciones no contributivas de Seguridad Social, “supone dejar en manos de los Estados miembros la decisión sobre el acceso a las prestaciones sociales de un gran número de ciudadanos comunitarios, pues bastará exigir la residencia en los términos de la Directiva 2004/38 para excluir de los beneficios sociales a aquellos más necesitados. Estos difícilmente podrán acceder a las mismas, y aun cuando se hayan trasladado a un Estado para buscar un empleo, al carecer de recursos bastantes no podrán ejercer su derecho de residencia legal y, por tanto, cumplir el requisito exigido”<sup>21</sup>. El fin no es otro que el anunciado ya en el Considerando 10 de la Directiva 2004/38/CE, esto es, evitar que los beneficiarios del derecho de residencia se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida, carga excesiva que carece, tantas veces es enunciada, de datos estadísticos de base.

El derecho a la residencia legal por más de tres meses requiere la acreditación de recursos suficientes, pero la ausencia de los mismos es la condición exigida para acceder a una prestación en metálico no contributiva o de asistencia social. Se asiste, por tanto, a un círculo vicioso, pues si el solicitante tiene recursos suficientes obtendrá el derecho de residencia legal pero no cumplirá los requisitos para acceder a determinadas prestaciones sociales. Sin embargo, cuando no disponga de medios adecuados para su subsistencia verá denegado el ejercicio del derecho a la residencia legal y tampoco podrá tener acceso a dichas prestaciones<sup>22</sup>.

El tan predicado como indemostrado impacto negativo de la libre circulación de ciudadanos en el seno de la Unión Europea atestigua las limitaciones que aún acompañan al proceso de integración europea, ya que los instrumentos de garantía de los derechos sociales permanecen en el ámbito competencial de cada Estado. A ello se une el hecho de que el garantismo débil de los derechos sociales no es una característica exclusiva de nuestro sistema, sino que se reproduce igualmente en la Unión.

Cabría pensar que estas restricciones en el ámbito prestacional del estatuto de los ciudadanos de la Unión querían constituir una suerte de concesión a Reino Unido para incentivar su permanencia en la Unión, pero la suya era crónica de una marcha anunciada. Como se ha apuntado, mientras que en las libertades económicas

<sup>21</sup> Álvarez Rodríguez, A. y Fernández Fernández, R.: “La exigencia de residencia legal para acceder a las prestaciones de Seguridad Social. ¿Retroceso para la libre circulación de nacionales de la UE?”, en *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8, 2016.BIB 2016\80230.

<sup>22</sup> Álvarez Rodríguez, A. y Fernández Fernández, R.: “La exigencia de residencia legal para acceder a las prestaciones de Seguridad Social. ¿Retroceso para la libre circulación de nacionales de la UE?”, en *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8, 2016.BIB 2016\80230.

fundamentales Reino Unido nunca formuló reparo alguno, la adopción de una política social europea complementaria de la libre circulación de los trabajadores contó con la inicial oposición desde Londres<sup>23</sup>. Cabe recordar que dicho Estado no participa en la tercera fase de la unión económica y monetaria, no participa en el acervo Schengeni se integra en el espacio de libertad, seguridad y justicia.

Si bien el que se ha expuesto en estas líneas es un proceso iniciado desde el TJUE, todo apunta que va a ser reforzado por la Comisión Europea. No en vano, a finales de 2016, una propuesta de la institución enmarcada en una revisión de la normativa de la Unión sobre coordinación de la Seguridad Social aclara, tomando como base la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que los Estados miembros pueden decidir no conceder prestaciones sociales a los ciudadanos desplazados económicamente inactivos (a saber, aquellos que no están trabajando o buscando empleo activamente y no tienen el derecho de residencia legal en su territorio).

---

<sup>23</sup> Ordóñez Solís, D.: “Ciudadanos de la Unión, extranjeros y refugiados: antes y después del Brexit”, en *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm.11, 2016. BIB 2016\85466.

# III. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN LOS CASOS DE INTERNACIONALIZACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DE TRABAJADORES ESPAÑOLES<sup>1</sup>

EVA LÓPEZ TERRADA

*Profesora titular de derecho del trabajo y de la seguridad social  
Universidad de Valencia*

## 1. INTRODUCCIÓN

Cada vez con mayor frecuencia, las prestaciones de servicios de los trabajadores españoles por cuenta ajena tienen lugar en países distintos a su Estado de origen y/o en empresas cuya nacionalidad puede diferir tanto de la nacionalidad del trabajador como de la del lugar de prestación de servicios. Si se combinan las distintas nacionalidades del lugar de trabajo y de la empresa –y la residencia del trabajador español– surge un catálogo de nueve supuestos a analizar, según el trabajador preste servicios en España, en un país comunitario o en un país extracomunitario, y según la empresa sea española, comunitaria o extracomunitaria. En estos casos, determinar la ley aplicable en materia de Seguridad Social se convierte en una tarea especialmente ardua, pues precisa del conocimiento y análisis de las distintas fuentes reguladoras, sean éstas comunitarias, internacionales o españolas. Pese a ello, parece una tarea de indudable utilidad y, por ello, pretende abordarse en el presente trabajo.

Lógicamente, para poder alcanzar un propósito tan ambicioso como el planteado, el objeto de estudio se ha delimitado desde varios puntos de vista que deben exponerse con carácter previo:

En primer lugar, el estudio se centra en los trabajadores por cuenta ajena de nacionalidad española, y ello a pesar de que las principales fuentes reguladoras (Reglamentos comunitarios de Seguridad Social, convenios internacionales multilaterales o bilaterales, derecho interno) ni siempre utilizan el criterio de la nacionalidad ni se refieren en exclusiva a los trabajadores por cuenta ajena.

En segundo lugar, no debe perderse de vista que la finalidad perseguida es clarificar en cada supuesto cuál es la fuente reguladora encargada de determinar la ley aplicable en materia de Seguridad Social que debe seleccionarse, especialmente por lo que respecta a la obligación de afiliarse y cotizar en un sistema u otro. La descripción detallada de las reglas contenidas en cada una de ellas excedería, con mucho, del objeto del presente trabajo.

---

<sup>1</sup> El estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Las Relaciones Laborales Internacionales: Jurisdicción Competente y ley Aplicable en materia de contrato individual de trabajo, derechos colectivos y Seguridad Social” (DER2016-77772-P).

## 2. SUPUESTOS EN LOS QUE EL TRABAJADOR PRESTA SERVICIOS EN ESPAÑA

El primer grupo de supuestos abarca las situaciones en las que el trabajador español presta sus servicios en España. En estos casos, como en el resto de los estudiados, se hace imprescindible distinguir según la empresa sea española, comunitaria o extracomunitaria.

### 2.1. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN ESPAÑA A UNA EMPRESA ESPAÑOLA

Por lo que a la primera situación se refiere, y en contra de lo que pudiera parecer a primera vista, podría haberse producido la internacionalización de la relación laboral del trabajador español, aunque se encuentre prestando servicios en España a una empresa española. En efecto, no hay que descartar la posibilidad de que el trabajador español, residente en un país comunitario o extracomunitario, haya sido contratado por una empresa española para trabajar allí y, con posterioridad, haya sido desplazado temporalmente a España, dentro o fuera de una prestación de servicios.

#### a) Trabajador desplazado desde un país comunitario, Suiza o países del EEE

Si el trabajador ha sido desplazado temporalmente a España desde un país comunitario, o bien desde Suiza o desde los países del Espacio Económico Europeo<sup>2</sup>, la determinación de la ley aplicable a la Seguridad Social se regirá por el Reglamento 883/2004, de 29 de abril, que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE, pero cuya aplicación empezó a producirse a partir del 1 de mayo de 2010, fecha de entrada en vigor del Reglamento de aplicación 987/2009, de 16 de septiembre. Como es de sobra conocido, el artículo 2 del Reglamento 883/2004 precisa que éste se aplicará a los nacionales de uno de los Estados miembros –además de a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros– que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites<sup>3</sup>. Dicha aplicación queda limitada, lógicamente, por el ámbito de aplicación material del Reglamento (*vid.* artículo 3), referido a toda la legislación relativa a las ramas de Seguridad Social relacionadas con: las prestaciones de enfermedad; las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; las prestaciones de invalidez; las prestaciones de vejez; las prestaciones de supervivencia; las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; los subsidios de defunción; las prestaciones de desempleo; las prestaciones de prejubilación; las

---

<sup>2</sup> Desde el 1 de abril de 2012 los Reglamentos resultan de aplicación en Suiza (Decisión nº 1/2012, de 31 de marzo, del Comité Mixto establecido en virtud del acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra) y desde el 1 de junio de 2012 en los países del Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein. Anexo VI del Acuerdo sobre el EEE, modificado por la decisión nº 76/2011, de 1 de julio, del Comité Mixto del EEE).

<sup>3</sup> Además, se prevé su aplicación a los supérstites de las personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de tales personas, cuando dichos supérstites sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados que residan en uno de los Estados miembros.

prestaciones familiares; y las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en el artículo 70 del Reglamento (*vid.* Anexo X)<sup>4</sup>.

Pues bien, la determinación de la ley aplicable adopta en los Reglamentos comunitarios como punto de partida el principio de unicidad, ya que se entiende que las personas que circulan dentro de la Comunidad deben estar sujetas al sistema de Seguridad Social de un solo Estado miembro, a fin de evitar la concurrencia de diversas legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que ello podría entrañar (*vid.* artículo 11 R. 883/2004 y considerando 15). Ambos Reglamentos dedican su Título II de manera expresa a esta cuestión –bajo la rúbrica “*determinación de la ley aplicable*”– optando por designar como legislación aplicable con carácter general, por lo que aquí interesa (y dejando al margen funcionarios, trabajadores del mar y miembros de la tripulación de vuelo o de cabina), la del Estado miembro en que el interesado realiza la actividad (*lex loci laboris*) “para garantizar del modo más eficaz posible la igualdad de trato de todas las personas que trabajen en el territorio de un Estado miembro” (considerando 17 del R. 883/2004).

Esta primera conclusión debe matizarse, sin embargo, en el caso que se estudia, al menos, desde cuatro puntos de vista fundamentales:

1º.- En primer lugar, no cabe olvidar que la regulación contenida en el Título II de los Reglamentos comunitarios se refiere exclusivamente, en realidad, a la relación de afiliación-cotización de los trabajadores migrantes. En consecuencia, estas normas precisarán ser completadas, en su caso, con objeto de poder determinar también la legislación aplicable a la relación de protección, con las “*disposiciones particulares para las distintas categorías de prestaciones*” a las que los Reglamentos comunitarios de base y de desarrollo dedican su Título III. No es de extrañar, por tanto, que el TJUE haya afirmado que la norma general del Estado de empleo contenida en el Título II no es aplicable “*más que en la medida en que las diferentes disposiciones particulares para las diferentes categorías de prestaciones, que constituyen el Título III del mismo Reglamento, no establezcan una excepción a la misma*” (por todas, STJUE de 27 de Mayo de 1982, Caso *Aubin*, C-227/1981).

2º.- En segundo lugar, es fundamental tener en cuenta que, tratándose de un trabajador desplazado, podría resultar aplicable el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, que exceptúa la regla general del Estado de empleo y la sustituye por la del Estado de envío para determinados desplazamientos que no excedan los veinticuatro meses. El objeto de esta norma particular es, según reiterada jurisprudencia, “*superar las trabas que pudieran obstaculizar la libre circulación de los trabajadores y favorecer la interpenetración económica, evitando complicaciones administrativas, en particular, a los trabajadores y a las empresas*” (SS.TJUE de 17 de diciembre de 1970, *Manpower*, 35/70; de 10 de febrero de 2000, *FTS*, C-202/97; y de 9 de noviembre de 2000, *Josef Plum*, C-404/98).

<sup>4</sup> En la propuesta de revisión de la normativa de coordinación presentada el 13 de diciembre de 2016 - [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-4301\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4301_es.htm)- la Comisión Europea (COM (2016) 815 final) incluye en el ámbito de aplicación de los Reglamentos las “prestaciones asistenciales de duración indeterminada” (prestaciones destinadas a cubrir el riesgo de dependencia) con el fin de aportar seguridad jurídica, como reflejo de la jurisprudencia del TJUE contenida en las sentencias de 5 de marzo de 1998, *Molenaar*, de C-160/96; 8 de marzo de 2001, *Jauch*, C-215/99; y 8 de julio de 2004, *Gaumain-Cerri y Barth*, C-31/02.

La aplicación de esta regla especial exige tener en cuenta, no obstante, además de los requisitos establecidos en el artículo 12.1, las precisiones que incorpora el artículo 14 del Reglamento 987/2009 y la interpretación que de la misma ha efectuado la jurisprudencia del TJUE y la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, especialmente en su Decisión n°A2 de 12 de junio de 2009.

En efecto, el artículo 12.1 se refiere, exclusivamente, a “la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro”, y requiere que “la duración previsible de dicho trabajo no exceda de 24 meses” y “que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona”. Es necesaria, pues, la existencia de una relación directa previa entre el empleador y el trabajador desplazado que se mantenga a lo largo del desplazamiento (*vid.* Decisión n°A2). Aunque puede tratarse de una persona contratada con miras a enviarla a otro Estado miembro es exigible, además, que el interesado, inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo, esté ya sujeto a la legislación del Estado en el que la empresa que la emplea esté establecida (art. 14.1 R. 987/2009). Según la Comisión Administrativa de Coordinación, el trabajador que haya estado sujeto al menos un mes a la legislación del Estado miembro en el que está establecido el empleador puede considerarse que cumple tal condición<sup>5</sup>. Por su parte, la expresión “que ejerce normalmente en él sus actividades” se entiende referida a una empresa que realiza normalmente actividades sustanciales, distintas de la mera gestión interna, en el territorio del Estado miembro de establecimiento, teniendo en cuenta todos los criterios que caracterizan las actividades realizadas por la empresa en cuestión (art. 14.1 R. 987/2009). Esta exigencia de ejercer actividades “normalmente” en el primer Estado, con la que se trata de evitar “domicilios de conveniencia”<sup>6</sup>, se refiere también a las empresas de trabajo temporal que, desde un primer Estado miembro, ponen trabajadores a disposición de empresas situadas en el territorio de otro Estado miembro (SS.TJUE de 17 de diciembre de 1970, *Manpower*, C-35/70; y de 10 de febrero de 2000, *FTS*, C-202/97). Los criterios pertinentes deberán adecuarse a las características específicas de cada empresa y a la naturaleza real de las actividades que realiza (art. 14.2 R. 987/2009. *Vid.* STJUE de 9 de noviembre de 2000, *Josef Plum*, C-404/98). En cuanto al período de desplazamiento, la Comisión Administrativa de Coordinación ha indicado que si se produce una breve interrupción de las actividades que el trabajador realiza en la empresa situada en el Estado de empleo, independientemente del motivo (vacaciones, enfermedad, formación en la empresa que lo envía, etc.), no se considera interrumpido el período de desplazamiento. Sin embargo, cuando un trabajador finaliza un período de desplazamiento, no podrá autorizarse un nuevo desplazamiento del mismo trabajador a las mismas empresas y al mismo Estado miembro hasta transcurridos al menos dos meses a partir de la fecha de expiración del anterior período de desplazamiento<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Sobre el Informe de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social relativo a la posibilidad de aplicar la Seguridad Social española cuando no se cumplen estrictamente los requisitos establecidos en la Decisión A.2. *vid.* CASTELLÓ ENGUIX, B., “Aspectos relativos a la Seguridad Social de los trabajadores expatriados. Unión Europea y Países Emergentes”. Ponencia presentada a la jornada *Aspectos laborales de la movilidad internacional de trabajadores*, celebrada en Valencia el 9 de marzo de 2017.

<sup>6</sup> Por todos, CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*, 1ª ed., Consejo Económico y Social, Madrid, 2004, p. 163.

<sup>7</sup> Las reglas descritas pueden quedar afectadas, por lo demás, de aprobarse la Propuesta de actualización de la normativa de coordinación presentada por la Comisión Europea el 13 de

3º.- En tercer lugar, habrá que considerar que los Reglamentos comunitarios también exceptúan la regla general de la ley del lugar de trabajo cuando se trata de personas que ejerzan normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros (artículo 13.1 R. 883/2004). Se entiende por tales las personas que ejerzan, de manera simultánea o alterna, para la misma empresa o empleador o para varias empresas o empleadores, una o varias actividades diferentes, en dos o más Estados miembros (artículo 14.5 R. 987/2009). No tiene esta condición, sin embargo, una persona que, en el marco de sucesivos contratos de trabajo en los que se especifica como lugar de trabajo el territorio de varios Estados miembros, únicamente trabaja, de hecho, durante cada uno de esos contratos, en el territorio de uno sólo de esos Estados a la vez (STJUE de 4 de octubre de 2012, asunto *Format Urządzenia*, C-115/11).

Tras las reformas introducidas por el Reglamento 465/2012, de 22 de mayo, queda establecida la sujeción a la legislación del Estado miembro de residencia, pero únicamente si se ejerce una parte sustancial de la actividad –al menos el 25 % del tiempo de trabajo o la remuneración– en dicho Estado miembro (artículos 13.1 R. 883/2004 y 14.8 R. 987/2009). Si no se ejerce una parte sustancial de la actividad en el Estado miembro de residencia, la legislación aplicable depende de que la contratación se haya efectuado por uno o varios empleadores y de dónde se encuentre la sede o domicilio de dichos empleadores (*vid.* artículos 13.1 R. 883/2004 y 14.11 del R. 987/2009), entendiéndose por tal la sede o domicilio en el que se adopten las decisiones fundamentales de la empresa y en el que se ejerzan las funciones de su administración central (artículo 5 bis R. 987/2009).

4º.- En cuarto lugar, cabe destacar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 del R. 883/2004, tanto las normas generales como las normas particulares sobre determinación de la ley aplicable descritas pueden ser exceptuadas. En efecto, dicho precepto permite que dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados miembros, o los organismos designados por dichas autoridades prevean de común acuerdo excepciones a tales reglas, en beneficio de determinadas personas o categorías de personas. El TJUE ha admitido, incluso, la aplicación retroactiva de dichos acuerdos por entender que nada en la literalidad de la norma permite afirmar que la posibilidad de admitir excepciones concedidas por esta disposición a los Estados miembros sólo pueda ejercerse de cara al futuro. Por el contrario, según el Tribunal, tanto el espíritu como el sistema del precepto exigen que un acuerdo celebrado con arreglo a esta disposición “pueda cubrir igualmente, en interés del o de los trabajadores

---

diciembre de 2016 (COM (2016) 815 final). En ella se plantea, entre otras cosas, la modificación del art. 12 del Reglamento de base, sin alterar su ámbito personal, para aclarar que al término “trabajador desplazado” se le dará el significado que tiene en la Directiva 96/71 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, cuya propuesta de reforma apunta, precisamente, a la fijación de un plazo superior a 24 meses para considerar que el desplazamiento es de larga duración y, por tanto, para considerar que, en esos casos, el Estado miembro a cuyo territorio se haya desplazado al trabajador es el país en el que este realiza habitualmente su trabajo. Además, en la Propuesta deja de exigirse que el requisito de afiliación previa se cumpla en el mismo Estado miembro en que el empleador esté establecido para exigir la sujeción a la legislación del Estado miembro de origen (artículo 14.1 R. 987/2009 modificado, *vid.* CARRASCOSA BERMEJO, D., “Los Reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Rgts CE/883/2004 y CE/987/2009): propuesta de modificación de 13-12-2016 y tendencias interpretativas en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Actum Social*, nº 119, 2017, p. 37.) y se refuerzan los medios administrativos para facilitar la labor de control de las autoridades nacionales sobre la situación de estos trabajadores en materia de Seguridad Social y, en su caso, abordar potenciales prácticas desleales o abusos.

de que se trate, unos períodos ya transcurridos” (SS.TJUE de 29 de junio de 1995, asunto *Joop Van Gestel* C-454/93, relativo a un acuerdo que designa al Reino de los Países Bajos en lugar del Reino de Bélgica, el cual, en principio, era competente debido al lugar de empleo, celebrado después de que el interesado residiera y trabajara en Bélgica).

b) Trabajador desplazado desde un país extracomunitario

Para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores españoles que han sido desplazados temporalmente a España, dentro o fuera de una prestación de servicios, desde un país extracomunitario, habrá que estar al convenio multilateral o bilateral aplicable que tendrá en cuenta el tiempo del desplazamiento para obligar a afiliarse y cotizar en el país extracomunitario de procedencia o en España<sup>8</sup>.

Así, en el caso de los convenios multilaterales, cabría destacar en este momento, a modo de ejemplo, lo dispuesto por el Convenio Europeo de Seguridad Social y el Acuerdo Complementario para la aplicación del mismo, de 14 de Diciembre de 1972, elaborado en el seno del Consejo de Europa, o lo establecido en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, de 10 de noviembre de 2007. El primero –que es un instrumento de protección importante de los trabajadores turcos en España y de los trabajadores españoles en Turquía, ya que ni existe un Convenio bilateral entre España y Turquía ni en este país se aplican los Reglamentos comunitarios<sup>9</sup>– fija en su Título II un criterio de conexión distinto a la *lex loci laboris* tratándose de trabajadores desplazados, ya que estos continúan sometidos a la legislación del Estado de origen siempre y cuando la duración previsible de trabajo no exceda a 12 meses y no se les envíe para sustituir a otros trabajadores que hayan cumplido el período de destino. Por su parte, el Convenio Iberoamericano también exceptúa la regla general del Estado de empleo cuando se trata de trabajadores por cuenta ajena al servicio de una empresa con sede en el territorio de uno de los Estados Parte que desempeñe tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares y que sea trasladada para prestar servicios de carácter temporal en el territorio de otro Estado Parte. En esos casos (*vid.* artículo 10) se declara igualmente la sujeción a la legislación del Estado Parte de origen hasta un plazo de doce meses, susceptible de ser prorrogado por un plazo similar, con carácter excepcional, previo consentimiento expreso de la Autoridad Competente del otro Estado Parte<sup>10</sup>.

Tratándose de Convenios bilaterales suscritos con países extracomunitarios se reconoce, en la misma línea, la posibilidad de mantener excepcionalmente la legislación

<sup>8</sup> Lógicamente, su aplicación se limita a las prestaciones incluidas, en cada caso, en su ámbito material de aplicación. Un análisis reciente de los Convenios bilaterales y multilaterales en vigor puede encontrarse, entre otros, en ARRIETA IDIAKEZ, F. J. (coord.), *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, 1ª ed., Aranzadi, 1ª ed., 2014, p. 59 a 182; o ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, 1ª ed., Aranzadi, 2016, p. 252-305.

<sup>9</sup> MANRIQUE LÓPEZ, F.; ARRIETA IDIAKEZ, F. J., “Los convenios multilaterales suscritos por España en materia de Seguridad Social” en Arrieta Idiakez, F.J. (coord.), *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Aranzadi, 2014, p. 97.

<sup>10</sup> Ahora bien, en el caso de que existan Convenios bilaterales de Seguridad Social entre dos Estados Parte, se aplican las disposiciones que resulten más favorables al interesado (artículo 8) siguiendo la técnica del “espiguelo” (*vid.* SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Aproximación a la coordinación de regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2016, Vol. I, nº 1, p. 10).

del país de origen del trabajador en el caso de un traslado temporal. Normalmente, este mantenimiento se condiciona a que el trabajador no haya sido enviado para reemplazar a otro trabajador que haya agotado su período de desplazamiento y a que la duración previsible del trabajo no exceda un plazo determinado. Así, la duración inicial permitida para los trabajadores por cuenta ajena oscila entre los dos años fijados en los Convenios de Andorra, Argentina, México, Paraguay, Perú, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela y los seis años mencionados en el Convenio firmado con China. Los Convenios de Brasil, Cabo Verde, Chile, Colombia, Ecuador, Marruecos y República Dominicana establecen una duración inicial de tres años; mientras que los de Australia, Canadá, Corea, EE.UU, Filipinas, Japón y Rusia hablan de cinco. También resultan cambiantes las prórrogas permitidas a estas duraciones iniciales: no se especifican en los Convenios de Argentina, Austria, Canadá, Corea, Filipinas, Japón, Marruecos, Paraguay, Rusia, Uruguay y China; es de un año en los Convenios de Cabo Verde, EE.UU, Perú y Venezuela; de dos en los Convenios de Brasil, Chile, Ecuador, México, República Dominicana, Túnez y Ucrania; de 3 años en el de Colombia; y de 5 en el de Andorra. A ello hay que añadir la posibilidad, prevista en la inmensa mayoría de Convenios, de que las autoridades competentes lleguen a acuerdos excepcionales que permitan ampliar las duraciones inicial y prorrogada del desplazamiento<sup>11</sup>.

Para el caso de inexistencia de convenio aplicable, y sin perjuicio de que pueda existir doble cotización, el principio de territorialidad llevaría a entender incluido al trabajador en el sistema español de Seguridad Social en virtud de lo establecido en el artículo 7 de la LGSS<sup>12</sup>. Respecto al problema de las dobles cotizaciones la doctrina ha señalado, no obstante, que las gestiones de los interesados podrían desembocar en acuerdos puntuales entre las instituciones de Seguridad Social de ambos países, que resultan tanto más probables cuanto mayor sea la duración del desplazamiento. Se recuerda, en este sentido, que el artículo 5.1.a) del Convenio de la OIT número 157 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social –aunque sólo ratificado por España, Filipinas, Kirguistán y Suecia– proclama la sujeción a la legislación del Estado de empleo únicamente para asalariados que ocupen “habitualmente” un empleo en el territorio de un Miembro<sup>13</sup>.

## 2.2. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN ESPAÑA A UNA EMPRESA COMUNITARIA, SUIZA O DEL EEE

En esta ocasión, el supuesto analizado se refiere a un trabajador español contratado por una empresa comunitaria, suiza o del EEE, que es desplazado temporalmente a España, dentro o fuera de una prestación de servicios, o a un trabajador español contratado por una empresa comunitaria, suiza o del EEE, que desde el principio de su relación laboral ha desarrollado su trabajo en España.

<sup>11</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas”, en M. Correa Carrasco, *et. al.*, *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097537.pdf>, p. 493.

<sup>12</sup> Ello con independencia de que una de las modalidades de Convenio especial que cabe suscribir en virtud de lo establecido por el artículo 15 de la Orden 2865/2003 es la relativa a los emigrantes españoles e hijos de estos que trabajen en el extranjero.

<sup>13</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas”, *cit.*, p. 493-494.

La determinación de la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han desarrollado desde el principio su trabajo en España se rige por el artículo 7 de la LGSS, de manera que el trabajador queda incluido en la Seguridad Social española.

Sin embargo, para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han sido desplazados temporalmente a España, dentro o fuera de una prestación de servicios, rigen, en principio, los Reglamentos Comunitarios 883/2004 y 987/2009. Ello supone que, según se ha indicado, resultará posible el mantenimiento de la ley del Estado de envío si se cumplen los requisitos por ellos establecidos.

No cabe obviar, además, que aunque la regla general sea la aplicación de lo dispuesto en los Reglamentos comunitarios, en ocasiones resultará posible la aplicación de la regulación contenida en los convenios bilaterales suscritos con otros países de la Unión Europea, Suiza, o del EEE. La relación entre unos y otros –que dista mucho de ser sencilla– exige diferenciar, de entrada, entre los convenios internacionales suscritos con anterioridad y los concluidos con posterioridad a la entrada en vigor de los Reglamentos comunitarios de coordinación.

Con posterioridad a su entrada en vigor, el Reglamento 883/2004 permite la celebración de convenios entre dos o más Estados miembros basados “en los principios y el espíritu” del Reglamento (artículo 8.2 R. 883/2004). Las normas comunitarias se convierten, de esta forma, en derecho imperativo mínimo respecto a dichos convenios internacionales<sup>14</sup> cuya suscripción debe notificarse, anualmente a la Comisión Europea (artículo 9 R. 883/2004) El Reglamento de desarrollo se refiere, por su parte, a la posible celebración de acuerdos relativos a la aplicación de tales convenios, siempre que no afecten negativamente a los derechos y obligaciones de los interesados y estén incluidos en su anexo 1 (artículo 8.2 R. 987/2009).

Si se trata de convenios anteriores a la entrada en vigor de los Reglamentos comunitarios la regla general será la aplicación preferente de los Reglamentos en caso de colisión. Pero dicha regla general cuenta con una serie de excepciones cuando se trata de convenios más favorables.

Así, por un lado, el propio Reglamento dispone que continúan siendo de aplicación determinadas disposiciones de convenios de Seguridad Social suscritos entre los Estados miembros, siempre que resulten más favorables para los beneficiarios o deriven de circunstancias históricas específicas y tengan un efecto temporal limitado. Para que estas disposiciones sigan siendo aplicables, deberán ser inscritas en el Anexo II del Reglamento, especificando si por razones objetivas no es posible extender algunas de ellas a todas las personas a las que se aplica el Reglamento (artículo 8.1 R. 883/2004). En el caso que nos ocupa únicamente cabría mencionar el Convenio hispano-alemán de 1973. Las disposiciones pertenecientes a los acuerdos relativos a los convenios previstos en dicho Anexo II incluidas en el anexo 1 del Reglamento de aplicación no serán sustituidas, según prevé el artículo 8.1 del R. 987/2009, por las disposiciones de dicho Reglamento.

Por otro lado, el TJUE ha permitido la aplicación preferente de convenios bilaterales preexistentes suscritos entre los Estados miembros e integrados en su Derecho nacional

<sup>14</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D., “Trabajadores migrantes”, en: *Memento práctico Lefebvre Seguridad Social* <http://online.elderecho.com>, 2016, marginal 6805.

si resultan más favorables que los Reglamentos comunitarios (STJCE de 7 de febrero de 1991, asunto *Rönfeldt*, C-227/89, que modifica la doctrina anterior, contenida en la sentencia de 7 de junio de 1973, asunto *Walder*, C-82/72), pero únicamente cuando el trabajador, por haber estado sometido a dichos convenios preexistentes, ha cumplido períodos de seguro con anterioridad a la entrada en vigor de los Reglamentos. Así pues, la aplicabilidad de los convenios no puede extenderse a los trabajadores que no han ejercitado su derecho a la libre circulación hasta después de la entrada en vigor de los Reglamentos comunitarios, esto es, en una fecha en la que el convenio bilateral ya había sido sustituido por el Reglamento (por todas, STJCE de 9 de noviembre de 1995, asunto *Thévenon*, C-475/93). Ahora bien, cuando la perpetuación del derecho adquirido procede, la aplicación del convenio bilateral hay que referirla a la totalidad de las ventajas de Seguridad Social que contempla la normativa comunitaria, tanto si las prestaciones tienen carácter definitivo como si indemnizan momentáneamente a un asegurado (STJCE de 5 de febrero de 2002, asunto *Kaske*, C-277/99)<sup>15</sup>.

En el caso de que el trabajador español se desplazara desde el Reino Unido, la situación en materia de Seguridad Social dependerá, cuando se produzca la inaplicación de los Reglamentos comunitarios, de cómo culminen las negociaciones entre el Reino Unido y la Unión Europea<sup>16</sup>.

### 2.3. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN ESPAÑA A UNA EMPRESA EXTRACOMUNITARIA

En este supuesto, se trata de determinar la ley aplicable en materia de Seguridad Social de un trabajador español contratado por una empresa extracomunitaria que es desplazado temporalmente a España, dentro o fuera de una prestación de servicios, o del trabajador español contratado por una empresa extracomunitaria que desde el principio de su relación laboral ha desarrollado su trabajo en España.

Como sucedía en el supuesto anterior, los trabajadores que han desarrollado desde el principio su trabajo en España quedarán incluidos en el sistema de Seguridad Social español (artículo 7 LGSS).

Sin embargo, la determinación de la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han sido desplazados temporalmente, dentro o fuera de una prestación de servicios, dependerá de lo establecido en el Convenio multilateral o bilateral aplicable que, según se ha expuesto, tendrá en cuenta el tiempo del desplazamiento para obligar a afiliarse y cotizar en el país extracomunitario de la empresa contratante o en España, país del desplazamiento. Para el caso de inexistencia de Convenio aplicable que reconozca y regule el supuesto de desplazamiento de trabajadores, también habrá que mantener aquí, en principio, pese

---

<sup>15</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., "Convenios internacionales de Seguridad Social y Reglamentos de coordinación de Sistemas de Seguridad Social", en: *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Laborum, 2010, p. 97 y 98, entiende que, dada la literalidad del artículo 8 -que mantiene la aplicación preferente del Reglamento frente a las disposiciones de un convenio de Seguridad Social no incluido por los Estados miembros en el pertinente Anexo, incluso si dicho convenio contuviera cláusulas más ventajosas para el migrante-, habrá que esperar a la aplicación de dicho artículo por el Tribunal de Justicia, para ver si mantiene o no su doctrina *Rönfeldt*.

<sup>16</sup> Al respecto puede verse, en esta misma obra, el capítulo de GARCÍA DE CORTÁZAR NEBRED, C., "Brexit y Seguridad Social ¿jaque mate o autojaque mate?".

a la posibilidad de dobles cotizaciones, la inclusión del trabajador en el sistema español de Seguridad Social.

### 3. SUPUESTOS EN LOS QUE EL TRABAJADOR PRESTA SERVICIOS EN UN PAÍS COMUNITARIO O ASIMILADO

#### 3.1. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN UN PAÍS COMUNITARIO O ASIMILADO A UNA EMPRESA ESPAÑOLA

Se trata del supuesto de un trabajador español contratado por una empresa española que es desplazado temporalmente a un país comunitario o asimilado (Suiza y países del EEE), dentro o fuera de una prestación de servicios, o del trabajador español contratado por una empresa española que desde el principio de su relación laboral ha desarrollado su trabajo en un país comunitario o asimilado.

La determinación de la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han desarrollado desde el principio su trabajo en un país comunitario o asimilado se regirá, como consecuencia del principio de aplicación territorial de las normas de Seguridad Social, por lo dispuesto en la ley de Seguridad Social del país comunitario o asimilado donde se presten los servicios.

Sin embargo, para la determinación de la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han sido desplazados temporalmente, dentro o fuera de una prestación de servicios, habrá que estar a lo dispuesto por los Reglamentos comunitarios 883/2004 y 987/2009 y, en su caso, según se ha analizado ya, por los convenios internacionales.

#### 3.2. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN UN PAÍS COMUNITARIO O ASIMILADO A UNA EMPRESA COMUNITARIA, SUIZA O DEL EEE

El caso hace referencia a un trabajador español contratado por una empresa comunitaria, suiza o del EEE que es desplazado temporalmente a otro país comunitario o asimilado, dentro o fuera de una prestación de servicios, o del trabajador español contratado por una empresa comunitaria, suiza o del EEE que desde el principio de su relación laboral ha desarrollado su trabajo en un país comunitario o asimilado.

La ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que desde el principio de la relación laboral han desarrollado su trabajo en un país comunitario o asimilado se determinará en virtud de lo dispuesto por la legislación de Seguridad Social de dicho país comunitario o asimilado.

Sin embargo, como en el caso anterior, para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores desplazados temporalmente a otro país comunitario o asimilado, dentro o fuera de una prestación de servicios, rigen los Reglamentos Comunitarios 883/2004 y 987/2009 y, en su caso, los convenios internacionales aplicables.

#### 3.3. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN UN PAÍS COMUNITARIO O ASIMILADO A UNA EMPRESA EXTRACOMUNITARIA

El supuesto estudiado es el de un trabajador español contratado por una empresa extracomunitaria que es desplazado temporalmente a un país comunitario o asimilado, dentro o fuera de una prestación de servicios, o del trabajador español contratado por

una empresa extracomunitaria que desde el principio de su relación laboral ha desarrollado su trabajo en un país comunitario o asimilado.

La ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han desarrollado desde el principio su trabajo en un país comunitario o asimilado se determina en virtud de lo dispuesto por la legislación de Seguridad Social de dicho país, ya que la naturaleza de orden público imperativo de dicha legislación determina la aplicación del principio de territorialidad.

Ahora bien, para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores españoles que han sido desplazados temporalmente, dentro o fuera de una prestación de servicios, desde un país extracomunitario, habrá que estar, una vez más, al Convenio multilateral o bilateral aplicable, que tendrá en cuenta el tiempo del desplazamiento para obligar a afiliarse y cotizar en el país extracomunitario de la empresa contratante o en el país comunitario o asimilado de desplazamiento. Es cierto que, con frecuencia, los Convenios internacionales restringen su ámbito subjetivo de aplicación a los trabajadores nacionales de los países firmantes. Sin embargo, hay que entender que tales Convenios deberán incluir a los trabajadores españoles por aplicación de la Doctrina *Gottardo* contenida en la STJUE de 15 de Enero de 2002 (Caso *Gottardo*, C-55/2000, que cambia la doctrina contenida en la STJUE de 2 de Agosto de 1993, Caso *Grana-Novoa*, C-23/1992). En el caso *Gottardo* el Tribunal dictaminó que, cuando un Estado miembro celebra con un tercer Estado un Convenio internacional bilateral de Seguridad Social, el principio fundamental de igualdad de trato obliga al Estado miembro en cuestión a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que las que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que dicho Estado miembro pueda justificar objetivamente su denegación. En cuanto a los nuevos Convenios bilaterales de Seguridad Social que se celebren entre un Estado miembro y un tercer Estado, la Recomendación de la Comisión Administrativa nº H1, de 19 de Junio de 2013, relativa a la Doctrina *Gottardo*, recuerda que estos deben incluir una referencia expresa al principio de no discriminación por razón de nacionalidad de los nacionales de otro Estado miembro que hayan ejercido el derecho a la libre circulación en el Estado miembro firmante del convenio en cuestión. Con todo, se reconoce que la aplicación de la Doctrina *Gottardo* a casos específicos depende en gran medida de la cooperación de los terceros Estados, en especial porque son ellos quienes deben certificar los períodos de seguro cumplidos allí por el interesado.

Por lo demás, para el caso de inexistencia de Convenio aplicable, habrá que mantener la aplicación de lo establecido por la legislación de Seguridad Social del país comunitario o asimilado.

#### 4. SUPUESTOS EN LOS QUE EL TRABAJADOR PRESTA SERVICIOS EN UN PAÍS EXTRACOMUNITARIO

##### 4.1. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN UN PAÍS EXTRACOMUNITARIO A UNA EMPRESA ESPAÑOLA

Se aborda a continuación el supuesto de un trabajador español contratado por una empresa española que es desplazado temporalmente a un país extracomunitario, dentro o fuera de una prestación de servicios, o del trabajador español contratado por una

empresa española que desde el principio de su relación laboral ha desarrollado su trabajo en un país extracomunitario.

Para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han desarrollado desde el principio su trabajo en un país extracomunitario habrá que estar a la ley del país extracomunitario donde se presten los servicios.

Ahora bien, para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han sido desplazados temporalmente, dentro o fuera de una prestación de servicios, regirá lo dispuesto en los convenios bilaterales o multilaterales aplicables. En ausencia de ellos, lo normal será que rija la ley del país extracomunitario de prestación de los servicios.

Pero, además, en este caso será de aplicación lo dispuesto en las normas internas de protección de los trabajadores españoles emigrantes en el extranjero, que otorgan una especial protección a los trabajadores españoles en el exterior, fundamentalmente cuando las normas internacionales de coordinación no existen o no otorgan una cobertura suficiente<sup>17</sup>. A efectos de determinación de la ley aplicable hay que tener en cuenta, fundamentalmente, lo previsto en el artículo 166.3 de la LGSS y en la Orden de 27 de enero de 1982. En su virtud, y con independencia de la doble cotización, procede la asimilación al alta en los casos de traslado por la empresa fuera del territorio nacional, continuando la obligación de cotizar mientras se permanezca en el país de traslado, cuando no se produce el traslado:

- al territorio de un país con el que España tenga suscrito un Convenio, en virtud del cual el trabajador continúe sometido a la legislación española con obligación de cotizar a su Seguridad Social durante el tiempo de su traslado por la Empresa, o
- al territorio de un país con el que España tenga suscrito Convenio sobre Seguridad Social y en el que, de acuerdo con tal Convenio, sea obligatoria la afiliación a su Seguridad Social y se establezca el reconocimiento de las cotizaciones realizadas en dicho país a efectos de la Seguridad Social española, sin obligación, por tanto, de cotizar a la misma. No obstante ello, estos trabajadores serán considerados en situación asimilada a la de alta a efectos de aquellas contingencias del Régimen General de la Seguridad Social no incluidas en la acción protectora dispensada por el país de traslado, manteniéndose la obligación de cotizar a la Seguridad Social española por dichas contingencias.

#### 4.2. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN UN PAÍS EXTRACOMUNITARIO A UNA EMPRESA COMUNITARIA, SUIZA O DEL EEE

El supuesto estudiado es el de un trabajador español contratado por una empresa comunitaria, suiza o del EEE que es desplazado temporalmente a un país extracomunitario, dentro o fuera de una prestación de servicios, o del trabajador español contratado por una empresa comunitaria, suiza o del EEE, que desde el principio de su relación laboral ha desarrollado su trabajo en un país extracomunitario.

<sup>17</sup> Sobre el tema, por todos, LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., “La normativa interna española de Seguridad Social con proyección internacional y otros aspectos relacionados con la protección social”, en: F. J. Arrieta Idiakez (coord.), *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, 1ª ed., Aranzadi, 2014, p. 15-52.

Para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han desarrollado desde el principio su trabajo en un país extracomunitario habrá que estar a la ley del país extracomunitario donde se presten los servicios, con base en el principio de territorialidad aplicable a la Seguridad Social, dada su naturaleza de orden público imperativo.

Para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han sido desplazados temporalmente, dentro o fuera de una prestación de servicios, habrá que estar, en principio, a los convenios bilaterales o multilaterales aplicables, que deberán incluir a los trabajadores españoles, según la Doctrina *Gottardo* del TJUE. En ausencia de convenio aplicable regirá la ley del país extracomunitario de prestación de los servicios.

Pero, además, en estos casos, podrían resultar de aplicación los Reglamentos comunitarios siempre, claro está, que se haya ejercido el derecho a la libre circulación de personas dentro de la Comunidad y, en consecuencia, se haya producido uno de los conflictos de leyes que los Reglamentos pretenden resolver. Ciertamente, ninguna de las disposiciones del Título II aborda directamente, al regular la legislación aplicable, la situación de los trabajadores que, aunque contratados por una empresa comunitaria, ejercen su actividad fuera de ella (STJUE de 29 de junio de 1994, *Aldewereld*, C-60/93). Por eso, cabría pensar que la consecuencia lógica de ello es la inaplicación de las normas de coordinación comunitarias a los trabajadores de los Estados miembros que presten servicios en países extracomunitarios (o en buques que enarbolen pabellón de un tercer Estado). Se trata, sin embargo, de una conclusión errónea, pues, como ha puntualizado el TJUE, como el criterio determinante para la aplicabilidad de los Reglamentos es “el del vínculo de un asegurado con un régimen de Seguridad Social de un Estado miembro, carece de importancia que el asegurado haya ejercido sus actividades exclusivamente o no fuera del territorio de los Estados miembros de la Comunidad” (STJUE de 23 de octubre de 1986, asunto *Van Roosmalen*, C-300/84)<sup>18</sup>. Puede añadirse a este respecto que el TJUE ha permitido la aplicación extraterritorial de las normas comunitarias sobre libre circulación de trabajadores en distintos pronunciamientos cuando exista un “vínculo de conexión” suficientemente estrecho entre la relación laboral y el territorio de la Comunidad (SS.TJUE de 12 de julio de 1984, *Prodest*, C-237/83; de 27 de septiembre de 1989, *Lopes da Veiga*, C-9/88, de 29 de junio de 1994, *Aldewereld*, C-60/93; de 30 de abril de 1996, *Boukhalfa*, C-214/1994; o de 19 de marzo de 2015, *Kik*, C-266/13). Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, resultará haber una vinculación suficientemente estrecha entre la relación laboral en cuestión y el territorio de la Unión, en particular, si un ciudadano de la Unión residente en un Estado miembro ha sido contratado por una empresa, establecida en otro Estado miembro, por cuenta de la cual ejerce sus actividades<sup>19</sup>. Sentada la inclusión en

<sup>18</sup> En relación con la posibilidad de invocar las reglas del Reglamento 883/2004 si se reside en un país en el que no resulta aplicable puede verse la STJUE de 3 de abril de 2008, *Check*, C-331/06, comentada por SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 55-58.

<sup>19</sup> En la STJUE de 30 de abril de 1996, *Boukhalfa*, C-214/1994, se añade que “Debe entenderse que este principio abarca asimismo los casos en que la relación laboral está suficientemente vinculada al Derecho de un Estado miembro y, por consiguiente, a las normas pertinentes del Derecho comunitario”. La sentencia aplica el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad a una trabajadora belga con residencia permanente en Argelia empleada en la embajada alemana en dicho país teniendo en cuenta que está afiliada al régimen de Seguridad Social del Estado alemán y (...)

el campo de aplicación personal del Reglamento de los trabajadores comunitarios en estas circunstancias cuando la actividad se desarrolla fuera de la UE, la legislación aplicable –a efectos de evitar dobles cotizaciones en países comprendidos en la órbita de los Reglamentos– resultará de las disposiciones del Título II del Reglamento relativas a los trabajadores itinerantes (esencialmente, la ley de la sede o domicilio del empresario y de manera accesoria la residencia, artículo 14 del R. 1408/1971, ahora artículo 13 R. 883/2004), habida cuenta de los elementos de vinculación que presente la concreta situación del trabajador con la legislación de los Estados miembros (*vid.* SS.TJUE de 29 de junio de 1994, *Aldewereld*, C-60/93, relativa a un trabajador neerlandés residente en los Países Bajos que trabaja para una empresa alemana, manteniendo los vínculos con el sistema de Seguridad Social alemán, en Tailandia; y de 19 de marzo de 2015, *Kik*, C-266/13, relativa a un trabajador del mar neerlandés residente en los Países Bajos empleado por una empresa Suiza para trabajar en un buque que enarbola pabellón de un Estado tercero).

#### 4.3. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN UN PAÍS EXTRACOMUNITARIO A UNA EMPRESA EXTRACOMUNITARIA

El supuesto analizado se refiere un trabajador español contratado por una empresa extracomunitaria que desde el principio de su relación laboral ha desarrollado su trabajo en un país extracomunitario o que es desplazado temporalmente a otro país extracomunitario, dentro o fuera de una prestación de servicios.

Para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han desarrollado desde el principio su trabajo en un país extracomunitario habrá que estar, en principio, a la ley de Seguridad Social de ese país.

Para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores desplazados temporalmente, dentro o fuera de una prestación de servicios, habrá que estar a los convenios bilaterales o multilaterales aplicables. En ausencia de convenio aplicable se aplicará la ley del país extracomunitario donde se presten los servicios, así como lo dispuesto en la legislación española de protección de los trabajadores españoles emigrantes (especialmente, Orden de 27 de enero de 1982).

### 5. CONCLUSIONES

El examen de los distintos supuestos de internacionalización de la relación laboral de los trabajadores españoles demuestra, en primer término, que la existencia de normas comunitarias e internacionales de coordinación en materia de Seguridad Social no impide la persistencia, en determinados casos, de las situaciones –como las dobles cotizaciones o la desprotección frente a ciertas contingencias– que este tipo de normas tratan de evitar. Con todo, debe observarse que este tipo de situaciones se producen, normalmente, como consecuencia de la falta de suscripción de Convenio bilateral, o como resultado de las limitaciones presentes en los ámbitos objetivos y subjetivos de las normas de coordinación en vigor. El supuesto paradigmático en este sentido es el los trabajadores españoles que prestan sus servicios en países extracomunitarios con los que no se ha suscrito Convenio bilateral, bien porque han sido contratados para trabajar allí

---

sujeta limitadamente al Impuesto sobre la Renta de este mismo Estado, y que celebró su contrato de trabajo con arreglo al Derecho alemán incluyendo una cláusula atributiva de competencia en favor de los tribunales alemanes.

—en cuyo caso resulta posible su desplazamiento temporal a España, con obligación de cotizar en nuestro país— o bien porque han sido contratados por una empresa española y, con posterioridad, han sido trasladados al país extracomunitario. En este segundo escenario, es importante tener en cuenta que la Orden de 27 de enero de 1982 declara en situación asimilada al alta con mantenimiento de la obligación de cotizar, sin perjuicio de la concurrencia o no de dobles cotizaciones, tanto a los trabajadores que han sido trasladados a un país con el que no existe Convenio bilateral, como a los trabajadores trasladados a un país con Convenio bilateral que deban afiliarse a la Seguridad Social de dicho país, a efectos de las contingencias del Régimen General no incluidas en la acción protectora dispensada por el país de traslado.

El análisis efectuado permite concluir, en segundo término que, cuando existen normas comunitarias o internacionales de coordinación, la inseguridad jurídica y la complejidad son las notas que caracterizan la determinación de la ley aplicable al trabajador español cuya relación laboral se ha internacionalizado. Son muy diversos los argumentos que permiten ilustrar esta afirmación.

Así, por ejemplo, cabría advertir, en primer lugar, que, incluso cuando la aplicación de los Reglamentos comunitarios parece clara, es posible que prevalezca la regulación contenida en alguno de los Convenios bilaterales suscritos entre países comunitarios. Según se ha expuesto, el Reglamento 883/2004 permite la celebración de convenios entre dos o más Estados miembros, con posterioridad a su entrada en vigor, basados “en los principios y el espíritu” del Reglamento (artículo 8.2 R. 883/2004). Si se trata de Convenios anteriores, es posible excepcionalmente aplicar los contenidos en el Anexo II del Reglamento (como el Convenio hispano-alemán de 1973) y los preexistentes más favorables cuando el trabajador, por haber estado sometido a ellos, ha cumplido períodos de seguro con anterioridad a la entrada en vigor de los Reglamentos (SS.TJCE de 7 de febrero de 1991, asunto *Rönfeldt*, C-227/89; de 9 de noviembre de 1995, asunto *Thévenon*, C-475/93; y de 5 de febrero de 2002, asunto *Kaske*, C-277/99). Algo parecido ocurre en el ámbito de los Convenios internacionales, según se ha descrito, con el Convenio Iberoamericano, ya que, según su artículo 8, en el caso de que existan Convenios bilaterales de Seguridad Social entre dos Estados Parte, se aplican las disposiciones que resulten más favorables al interesado. De ahí que a efectos de determinar la legislación aplicable a los trabajadores desplazados sólo se aplique a Bolivia, El Salvador, Chile (en este caso para los trabajadores con nacionalidad diferente a la española o chilena) y Uruguay (para los trabajadores por cuenta propia). Para los trabajadores desplazados a Argentina, Chile, (trabajadores españoles y chilenos), Brasil, Ecuador, Paraguay y Uruguay, (en este último caso solo para los trabajadores por cuenta ajena) se siguen aplicando las disposiciones establecidas en los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos con España.

En segundo lugar, y en un sentido opuesto, no debe descartarse sin más la aplicación de los Reglamentos de coordinación cuando la prestación de servicios para una empresa comunitaria haya tenido lugar en países extracomunitarios, a pesar de no ser una situación expresamente resuelta por ellos (STJUE de 29 de junio de 1994, *Aldewereld*, C-60/93). Ello es así porque, como se ha indicado también, para el TJUE, como el criterio determinante para la aplicabilidad de los Reglamentos es “el del vínculo de un asegurado con un régimen de Seguridad Social de un Estado miembro, carece de importancia que el asegurado haya ejercido sus actividades exclusivamente o no fuera del territorio de los Estados miembros de la Comunidad” (STJUE de 23 de octubre de 1986, asunto *Van Roosmalen*, C-300/84). Así pues, el TJUE permite la aplicación

extraterritorial de las normas comunitarias sobre libre circulación de trabajadores cuando exista un “vínculo de conexión” suficientemente estrecho entre la relación laboral y el territorio de la Comunidad (SS.TJUE de 12 de julio de 1984, *Prodest*, C-237/83; de 27 de septiembre de 1989, *Lopes da Veiga*, C-9/88, de 29 de junio de 1994, *Aldewereld*, C-60/93; de 30 de abril de 1996, *Boukhalfa*, C-214/1994; o de 19 de marzo de 2015, *Kik*, C-266/13). Como ese vínculo concurre, en particular, si un ciudadano de la Unión residente en un Estado miembro ha sido contratado por una empresa, establecida en otro Estado miembro, por cuenta de la cual ejerce sus actividades, la legislación aplicable –a efectos de evitar dobles cotizaciones en países comprendidos en la órbita de los Reglamentos– resultará de las disposiciones del Título II del Reglamento relativas a los trabajadores itinerantes (esencialmente, la ley de la sede o domicilio del empresario y de manera accesoria la residencia, artículo 14 del R. 1408/1971, ahora artículo 13 R. 883/2004), habida cuenta de los elementos de vinculación que presente la concreta situación del trabajador con la legislación de los Estados miembros (*vid.* SS.TJUE de 29 de junio de 1994, *Aldewereld*, C-60/93; y de 19 de marzo de 2015, *Kik*, C-266/13).

Tampoco debe descartarse de entrada, en tercer lugar, que por aplicación de la Doctrina *Gottardo* (STJUE de 15 de enero de 2002, C-55/2000), resulten de aplicación a los trabajadores españoles los Convenios bilaterales suscritos entre un Estado miembro y un tercer Estado, ya que según el TJUE el principio de igualdad de trato obliga al Estado miembro a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que las que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de dicho Convenio. Sin embargo, tal aplicación, lejos de ser segura, queda supeditada, como ha reconocido la Recomendación de la Comisión Administrativa nº H1, de 19 de junio de 2013, a la cooperación de los terceros Estados que son los que deben certificar los períodos de seguro cumplidos allí por el interesado.

La incertidumbre rodea también, en cuarto lugar, en contra de lo que pudiera parecer a primera vista, la propia consideración del trabajador como desplazado, fundamental para mantener la aplicación de la ley del Estado de envío. En efecto, las dificultades interpretativas en el ámbito de los Reglamentos comunitarios han traído consigo diversos pronunciamientos del TJUE (entre otros, SS.TJUE de 17 de diciembre de 1970, *Manpower*, C-35/70; de 10 de febrero de 2000, *FTS*, C-202/97 o de 9 de noviembre de 2000, *Josef Plum*, C-404/98) y una Decisión de la Comisión Administrativa de Coordinación (Nº A2 de 12 de junio de 2009) relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento 883/2004. Son muchas, no obstante, las dudas que persisten en la práctica, ya que no siempre resulta fácil dejar cerradas las cuestiones que se presentan. A este respecto, podría valer como ejemplo la necesidad de que el interesado esté ya sujeto a la legislación del Estado en el que la empresa que le emplea esté establecida (art. 14.1 R. 987/2009). Aunque la Comisión Administrativa de Coordinación ha entendido que el trabajador que haya estado sujeto al menos un mes a la legislación del Estado miembro en el que está establecido el empleador puede considerarse que cumple tal condición, también ha afirmado que para períodos más cortos se entiende preciso hacer una evaluación en cada caso teniendo en cuenta todos los demás factores en juego. No extraña, por ello, que en España la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social haya sido consultada sobre la posibilidad de aplicar la Seguridad Social española cuando no se cumplen estrictamente los requisitos establecidos en la Decisión A.2., indicando en su Informe que un trabajador contratado para ser desplazado que ha tenido antecedentes "en

cualquier momento" en el sistema de Seguridad Social no cumple el requisito si ese momento no es anterior al desplazamiento, como tampoco lo cumpliría una persona residente tres meses antes en un Estado, si esta residencia –cuyo periodo de tres meses por otro lado no está establecido en disposición de Seguridad Social– no se traduce en niveles de protección del sistema de Seguridad Social, más allá de la mera cobertura de la asistencia sanitaria en los casos en que proceda.

La inseguridad descrita se ve potenciada, además, por la posibilidad de exceptuar mediante acuerdo las reglas sobre determinación de la ley aplicable, posibilidad que incluye tanto el artículo 16 del Reglamento 883/2004 como la inmensa mayoría de Convenios bilaterales.

Sin ánimo exhaustivo, y aunque no sea el objetivo del presente estudio, cabría recordar, finalmente, que la ley aplicable en materia de afiliación-cotización puede variar por lo que a la relación de protección se refiere. Ello es así porque en las normas internacionales de coordinación, sobre todo en caso de posible acumulación de prestaciones, la residencia puede jugar, desplazando a la *lex loci laboris*, un papel destacado como norma de conflicto. Dichas normas, además, suelen permitir, tratándose de pensiones, la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales, ya que el trabajador ha estado sujeto a ellas, y el monto de la prestación se ajusta, por aplicación del principio *pro rata temporis*, considerando el tiempo de aseguramiento, trabajo o residencia que ha tenido lugar en cada sistema.



# IV. EL ÁMBITO SUBJETIVO EN LA COORDINACIÓN DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

FRANCISCO MIGUEL ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE  
*Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad de Murcia*

## 1. INTRODUCCIÓN

En cuestiones de coordinación de sistemas de Seguridad Social, la mirada suele dirigirse fundamentalmente a aspectos tales como el campo material, la igualdad de trato, la totalización de periodos cotizados, los derechos adquiridos, la revalorización de pensiones, la exportación de las mismas, o a las relaciones con otros instrumentos de coordinación de Seguridad Social, etc., quedando el estudio del ámbito subjetivo relegado a un segundo plano, como se desprende, muy especialmente en el caso europeo, donde la incidencia de los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social es bastante escasa. El presente trabajo pretende mostrar el calado de este apartado reseñando las similitudes y diferencias a través de un fino análisis del ámbito subjetivo de los Reglamentos de Coordinación europeos, puestos en conexión con otros Convenios Bilaterales de Seguridad Social, tanto para trabajadores emigrantes a países comunitarios, como para trabajadores desplazados a territorio extranjero y fronterizo.

## 2. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA *LEX LOCI LABORIS*

El principio de territorialidad, *lex loci laboris*, es decisivo para la determinación del campo de actividad de la Seguridad Social y tiene como efecto colateral el nada despreciable fortalecimiento de los vínculos del extranjero con el país de acogida<sup>1</sup>. Dicho principio se manifiesta en dos vertientes<sup>2</sup>, la residencia en suelo nacional y el lugar de ejercicio de la actividad, lo que remite de nuevo al criterio de profesionalidad. La lógica hace que ambos sean imprescindibles para que pueda ser técnicamente viable la dispensación de las prestaciones<sup>3</sup>.

En relación a ellos, se presentan tres posibilidades: trabajadores nacionales que prestan servicios respectivamente en su propio territorio nacional; trabajadores nacionales residentes en territorio extranjero; y ciudadanos extranjeros (no comunitarios) que desarrollan la prestación de trabajo en territorio nacional. No obstante, este principio jurídico encuentra excepciones, hasta el punto de calificar de territorial no tanto al sistema como a las leyes mismas<sup>4</sup>. A lo largo de este trabajo se

---

<sup>1</sup> CORREA CARRASCO, M.: “El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones”, *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Dirección general de ordenación de la Seguridad Social, p. 29.

<sup>2</sup> RODRIGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de seguridad social*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, p. 129. Otros autores consideran la residencia criterio personal, y únicamente mantienen el ejercicio de la actividad propiamente como criterio territorial. VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. M.; QUESADA SEGURA R., *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 88.

<sup>3</sup> MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Curso de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2005, p.92.

<sup>4</sup> CORREA CARRASCO, M.: “El contrato de trabajo internacional...*op. cit.* p. 29

utilizará el ejemplo italiano en orden a proveer un elemento de comparación homologable a la normativa española.

El primer supuesto citado es el general por antonomasia, y no reviste mayor inconveniente. Se presenta íntimamente ligado al criterio de profesionalidad. El art. 7 LGSS exige en principio que las personas que desarrollan alguna de las actividades ya descritas «residan y ejerzan normalmente su actividad en territorio nacional». Por tanto, para causar derecho a las prestaciones, se exige además el requisito de residencia, careciendo de protección quienes carecen de esta vinculación<sup>5</sup>.

Sobre el segundo supuesto, la emigración, ambas Cartas Constitucionales, italiana y española, han previsto una especial atención a este fenómeno, pues en el momento de su promulgación los dos países eran preminentemente emisores de mano obra<sup>6</sup>. La emigración fuerza al desplazamiento del trabajador a distintos Estados, con la concurrencia de más de un ordenamiento de Seguridad Social y la consiguiente problemática en la adquisición de derechos de pensión (la legislación aplicable, la acreditación del alta, el cómputo de cotizaciones, la composición de la base reguladora, la liquidación y pago de la prestación, etc).

En España, de acuerdo con el número 3 del art. 7 LGSS, el Gobierno puede establecer medidas de protección a estos conciudadanos españoles, de acuerdo con las características de los países de residencia. En este sentido, aparecen dos posibilidades en las que los no residentes en territorio nacional, pueden quedar integrados en el sistema, con determinadas particularidades: el desplazamiento y la emigración. Las previsiones normativas referidas a estos dos supuestos se han basado en la coordinación entre sistemas, vía Reglamentos comunitarios o Convenios bilaterales, que se desgranar en los siguientes epígrafes.

A nivel constitucional, se puede reseñar, en Italia, el art. 35, co. 4 CI, que garantiza que la República «riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero» y en España el art. 42 CS, donde se prevé que «el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno». Resulta llamativo, y nada ingenuo, que la fórmula empleada por el constituyente español, a diferencia del homólogo italiano, evite cualquier referencia al término emigrante, tal vez, derivado de la posición tradicional del franquismo respecto a este fenómeno, basada en la creencia de la amplia labor tutiva del Estado en este terreno como forma de ocultar su falta de control sobre los flujos migratorios y sobre los abusos y la explotación de que fueron objeto numerosos emigrantes<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Una manifestación extrema es la exclusión del ámbito subjetivo de un trabajador con nacionalidad española, desplazado desde el extranjero, con residencia y prestación de servicios en España (STS de 11 julio de 1970).

<sup>6</sup> AZNAR LÓPEZ, M.: «Anche la Spagna da paese di emigrazione a paese di immigrazione», *Affari Sociali Internazionali*, 2003, n. 1, p. 81

<sup>7</sup> BABIANO, J. y FERNANDEZ ASPERILLA, A.: «El fenómeno de la irregularidad en la emigración española de los años sesenta. Documento de trabajo 3/2002», Fundación 1º Mayo, p. 2; [www.1mayo.ccoo.es/publicaciones/doctrab/doc302.pdf](http://www.1mayo.ccoo.es/publicaciones/doctrab/doc302.pdf) (en línea 10.V.2017). A su vez, Sobre la discriminación en las condiciones laborales y en la protección social de los trabajadores españoles en Francia, vulnerando incluso los acuerdos bilaterales de emigración, es muy ilustrativo el artículo (...)

Sobre el tercer supuesto de inmigración de trabajadores extracomunitarios, si bien excede este estudio, si que se puede aportar alguna idea en los siguientes párrafos. Desde el ámbito de la OIT, el fenómeno de la inmigración se ha abordado desde dos aproximaciones; de un lado, los Convenios que expresamente se refieren a los trabajadores migrantes, y, por tanto, tienen en cuenta la carencia de la nacionalidad, y en algunos casos, también las situaciones administrativas en las que se hallen; y, de otro lado, aparecen Convenios que se refieren a una materia concreta y que pueden o no, tener un tratamiento diferenciado<sup>8</sup>.

Los primeros son de especial interés respecto, destacando cuatro de ellos: 1) el Convenio n. 97, que establece la condición de encontrarse legalmente a la hora de otorgar un trato no menos favorable respecto a determinadas materias; 2) El Convenio n. 19, sobre igualdad de trato entre trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo; también refiriéndose a los inmigrantes, es de vital importancia en materia de derechos prestacionales por contingencias profesionales, el art. 1.2, que dispone que «esta igualdad será otorgada a los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes sin ninguna condición de residencia»; 3) el Convenio n. 143, cuyo art. 9 prevé que los trabajadores migrantes en situación irregular, así como su familia, deberán disfrutar de igualdad de trato en lo concerniente a derechos derivados de empleos anteriores entre otras materias la Seguridad Social<sup>9</sup>; 4) el Convenio n. 118 relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social, deja abierta la posibilidad de que cada miembro, para algunas prestaciones y bajo determinados supuestos pueda exigir la residencia del extranjero. Todos ello han sido ratificados por Italia, mientras los dos últimos no han contado con la ratificación española<sup>10</sup>.

En cuanto a la definición nacional del status del extranjero, tanto España como Italia trazan una línea de demarcación entre ciudadano y extranjero respecto a los derechos en general. Los preceptos constitucionales de referencia a la titularidad y al ejercicio de derechos por parte de los extranjeros se encuentran, en el principio de derechos inviolables (art. 2 CI y art. 10 CS), la impronta de las normas internacionales (art. 10.1 CI y arts. 10.1 y 13 CS), el derecho al trabajo (art. 4 CI y art. 35 CS) y la no discriminación en su acceso y ejercicio (art. 3 CI y art. 35 CS), por lo que ambas Cartas otorgan un protagonismo similar al extranjero<sup>11</sup>, con el objetivo (explícitamente en Italia) de alcanzar la justicia y paz entre pueblos<sup>12</sup>.

Sobre la base de estas disposiciones el principio de igualdad opera sin restricción alguna entre los extranjeros y los ciudadanos, se puede retener que tanto los derechos

BABIANO, J.: “El vínculo del trabajo: los emigrantes españoles en la Francia de los treinta gloriosos”, *Migraciones & Exilios*, nº2, 2001, pp. 9-3.

<sup>8</sup> VALDUEZA BLANCO, M.D.: *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p.56. Respecto de los segundo la autora destaca el convenio n. 87 relativo a la libertad sindical, cuyo art. 2, sin ninguna distinción y sin autorización previa, otorga a los trabajadores y empleadores, el derecho de constituir las organizaciones que estimen oportunas, así como afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

<sup>9</sup> El Convenio fue ratificado por Italia con Ley del 10 abril 1981, n. 158.

<sup>10</sup> [www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11001:0::NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11001:0::NO) (en línea 10.V.2017)

<sup>11</sup> VENEZIANI, B.: “Il popolo degli immigranti e il diritto al lavoro: una partitura incompiuta”, *Rivista Giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3, 2007, p. 494.

<sup>12</sup> CORSI, C.: *Lo straniero e lo Stato*, Cedam, Padova, 2001, p. 121.

civiles como los sociales deben ser incluidos en las situaciones jurídicas para las cuales no es admisible la discriminación, mientras la esfera de derechos políticos permanece cerrada a los no ciudadanos<sup>13</sup>.

Estas conclusiones han sido ratificadas por la jurisprudencia constitucional de los dos países. En Italia, la Sent. Corte Cost. n. 62 del 1994 afirmó que «il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tolera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero», y continuó diciendo en la Sent. Corte Cost. n. 432 del 2005, «così da rendere legittimo, per il legislatore ordinario, introdurre norme applicabili soltanto nei confronti di chi sia in possesso del requisito della cittadinanza – o all'inverso ne sia privo – purché tali da non compromettere l'esercizio di quei fondamentali diritti», de modo que sin perjuicio de los derechos políticos, todos los demás derechos de libertad –y correspondientes obligaciones– deben ser reconocidos también a los extranjeros<sup>14</sup>.

Por tanto, también los derechos sociales son considerados derechos inalienables que el ordenamiento reconoce al sujeto extranjero, y a partir de esta premisa básica se puede construir el discurso sucesivo sobre la garantía de un nivel esencial de tutela de dichos derechos<sup>15</sup>.

En España, el Tribunal Constitucional ha venido defendiendo el alcance de la proyección del principio de igualdad y no discriminación sobre los derechos y libertades de los extranjeros, a los que se refiere el art. 13. 1 de la CS, al establecer que gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I, si bien en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Desde la STC 107/1984 de 23 de noviembre, el Tribunal ha mantenido que ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a ellas, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración legal.

En base a ello, las SSTC 99/1985 y 130/1995, declaraban que los extranjeros gozan en nuestro país, «en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana; por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos como los reconocidos en el art. 23 CS; y, finalmente, que existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales, como es el caso de las prestaciones de Seguridad Social<sup>16</sup>».

Sobre la articulación legislativa del derecho a la Seguridad Social respecto a los trabajadores que sean nacionales de terceros países, ambos ordenamientos recogen el

<sup>13</sup> BUZZACCHI, C.: “Cittadinanza e liveas”, in BALBONIO, E.: *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Jovene Editore, Napoli, 2008, vol. 1, p. 350.

<sup>14</sup> CORSI, C.: *Lo straniero e lo Stato*, Cedam, Padova, 2001, p. 121.

<sup>15</sup> BUZZACCHI, C.: “Cittadinanza e liveas”, in BALBONIO, E.: *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Jovene Editore, Napoli, 2008, vol. 1, p. 351.

<sup>16</sup> Por todas la STC 95/2000, de 10 de abril de 2000.

principio de igualdad a los trabajadores extranjeros respecto de sus nacionales<sup>17</sup>, y por tanto, la aplicabilidad de sus legislaciones de Seguridad Social en relación con otro principio básico en la materia, la territorialidad de la aseguración obligatoria.

De modo que, para la inmigración, se entrelazarán dos vectores con el criterio de territorialidad, la naturaleza de las prestaciones de Seguridad Social (contributivas y no contributivas), y la situación legal del inmigrante (administrativamente regular o irregular). La relación entre estas variables ha sido ambivalente. A finales de los años '90, se abrió una fase de profundización que condujo a la aprobación de sendas leyes orgánicas, 1998 en Italia, y 2000 en España, con el fin de permitir y facilitar su integración y estabilización en la sociedad civil. En el transcurrir de la década del 2000, se produjeron simultáneas intervenciones legislativas en ambos países (2002 y 2009), caracterizadas las dos por su carácter restrictivo, que han redimensionado el alcance de las normas originales, pero sin derogarlas. En el fondo subyace un debate ideológico, necesario por otra parte per una política migratoria consolidada.

### 3. Ámbito subjetivo de la protección de Seguridad Social a trabajadores emigrados a territorio extranjero

#### 3.1. REGLAMENTOS EUROPEOS PARA LOS SUPUESTOS DE EMIGRACIÓN EUROPEA

Desde el punto de vista subjetivo de los mecanismos de protección, la incidencia de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social es muy escasa. La extensión personal no coincide, ni tiene por qué hacerlo, con la del campo de aplicación de los sistemas de los distintos Estados Miembros<sup>18</sup>, al ser la configuración de cada sistema de Seguridad Social una competencia de soberanía nacional.

Los Reglamentos comunitarios están ideados en pro de garantizar la libre circulación de trabajadores, coordinando las normativas de los distintos sistemas nacionales. Únicamente comenzó a mostrarse interés en la materia en tanto los sistemas de Seguridad Social obstaculizaban la libre circulación<sup>19</sup>. Esta situación se explica por la génesis económica que inspiraba a los Tratados constitutivos, y la clásica expresión “frigidez social” de las Comunidades Europeas<sup>20</sup>.

Por tanto, la intervención de la Unión Europea ha de encargarse de salvaguardar los derechos adquiridos y en curso de adquisición del trabajador migrante, así como los derivados de su familia. Desde el 1 de mayo del 2010, la nueva normativa en vigor es el Reglamento (CE) n. 883/2004, y el Reglamento de aplicación (CE) n. 987/2009. Estos han venido a reemplazar a sus antecesores, los Reglamentos CEE 1408/71 y 574/1972

<sup>17</sup> El art. 11 Directiva n. 2003/109, establece el principio de igualdad de trato a los titulares del permiso de residencia CE de larga duración respecto a los ciudadanos nacionales en materia de prestaciones de Seguridad Social.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de seguridad social, ...op.cit.*, p. 187

<sup>19</sup> ROMÁN VACA, E.: “Breve reflexión (crítica) a propósito del Reglamento CE 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 64, 2006, p. 110.

<sup>20</sup> MANCINI, F.: “Principi fondamentali di diritto del lavoro nell’ordinamento delle Comunità europee”, in AA.VV.: *Il lavoro nel diritto comunitario e l’ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 1988, p. 26; ID.: “Derecho del Trabajo y Derecho Comunitario”, *Relaciones Laborales*, I, 1986, p.1180.

con la intención de modernizar y simplificar la cada vez más compleja normativa de coordinación dadas las constantes reformas<sup>21</sup>, e intervenciones del TJUE<sup>22</sup>, que han impuesto la necesidad de agilizar la coordinación y sistematizar su aplicación, incluyendo a trabajadores que otrora permanecían al margen.

Igualmente, desde el inicio de los primeros Reglamentos 3 y 4 de 1958, los principios inspiradores se han mantenido constantes: 1) la igualdad de trato, la cual requiere que cada Estado garantice el mismo trato y los mismos beneficios reservados a sus nacionales; 2) la totalización de los períodos cotizados, gracias a la cual, los períodos asegurados madurados en diferentes Estados, se acumulan, si no se superponen, de conformidad y dentro de los límites de cada ley nacional, a fin de permitir el cumplimiento de los requisitos para tener derecho a las prestaciones; 3) el pago a prorrata de los derechos adquiridos entre todos los Estados donde se hubiera prestado servicios; 4) el derecho a la exportación de prestaciones, es decir, obtener el pago de las prestaciones en el país de residencia, incluso si es a cargo de otro Estado.

En concreto, las previsiones del campo subjetivo del art. 2 del Reglamento 883/2004 se han extendido paulatinamente, desde los trabajadores por cuenta ajena, hasta ser de aplicación a la totalidad de las personas aseguradas en la actualidad, primero incluyendo a los trabajadores por cuenta propia<sup>23</sup>, a continuación, con la incorporación de los funcionarios de Regímenes Especiales<sup>24</sup>, y los estudiantes<sup>25</sup>; y, en el mismo sentido, de los seis Estados miembros originarios en 1971 a los actuales 28 Estados miembros, y ciudadanos de los Estados EEC (Suiza, Islandia, Liechtenstein y Noruega).

El nuevo Reglamento incluye, además, a todas las personas laboralmente activas o no, y a los nacionales no comunitarios, lo que, sin duda, dinamita la vinculación laboral del Reglamento y abre nuevas opciones, dirigidas a la protección del ciudadano en su condición de tal, abandonado la noción de marketcitizen<sup>26</sup>, el ciudadano entendido como sujeto de la economía productiva y no por su condición de simple ciudadano.

En cuanto a los nacionales de terceros países que desarrollan su actividad laboral en territorio comunitario, su inclusión en el campo de aplicación personal de las normas de coordinación ha sido la última en producirse, y lo ha hecho de manera indirecta, suprimiendo la nacionalidad como criterio de aplicación de los Reglamentos, con base jurídica en el art. 63.4 del Reglamento específico 859/2003, que extiende las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71 a este colectivo (los nuevos reglamentos no han derogado los anteriores que continúan de aplicación únicamente para los nacionales de terceros países), y no en el art. 48 del Tratado de la Unión Europea (antiguo artículo 42), dos preceptos que pueden tener una vida distinta y sufrir

<sup>21</sup> Hasta un total de 39 veces fue modificado el Reglamento 1408/71 según CORNELISSEN, R.: “50 years of European Social Security Coordination”, in *European Journal of Social Security*, 2009, n.11, p.11, citado en FOGLIA, R. e COSSIO, R.: *Il diritto del lavoro nell’Unione Europea*, Giuffrè, p.199

<sup>22</sup> Casi el 20 % de todas las sentencias corresponden al Reglamento 1408/1971, según GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C.: “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 64, 2006, p. 52.

<sup>23</sup> Reglamento n. 1390/81 del Consejo, de 12 mayo 1981 (DOCE L 143, de 29 de mayo de 1981)

<sup>24</sup> Reglamento n 1.606/98 del Consejo, de 29 junio 1998 (DOCE L 209, de 25 de julio de 1998)

<sup>25</sup> Reglamento n 307/1999 del Consejo, de 8 febrero 1999 (DOCE L 38 de 12 de diciembre de 1999)

<sup>26</sup> GIUBBONIS, S.: “Libertà di circolazione e protezione sociale nell’Unione Europea”, *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1998, p. 111

modificaciones en el futuro de naturaleza diferente<sup>27</sup>. La aplicación de este Reglamento vino condicionada por la excepción expresa de Dinamarca, y la aceptación *opting in* del Reino Unido e Irlanda<sup>28</sup>.

Ahora bien, conviene precisar que la referencia a los extracomunitarios viene hecha siempre que no estén cubiertos debido a su nacionalidad, así como los miembros de sus familias y sus supervivientes, siempre que estén en situación de residencia legal en el territorio de un Estado Miembro, y siempre que se encuentren en una situación en la que todos los elementos no concurren en el interior únicamente de un solo estado miembro.

A su vez, la inclusión en los Reglamentos tampoco garantizará la igualdad de trato en el acceso al Sistema de Seguridad Social, pues, de un lado, los extracomunitarios carecen del derecho a la libre circulación y están sometidos a las legislaciones nacionales de extranjería<sup>29</sup>, y de otro lado, la finalidad de los Reglamentos comunitarios es puramente instrumental, y entre sus funciones no se encuentra, en sentido estricto, el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato. Además, la libre circulación impide el nacimiento de situaciones de irregularidad, tan frecuentes en la extranjería, que acaban distorsionando el ámbito subjetivo y objetivo de protección<sup>30</sup>, de modo que se trata de planos distintos.

También se ha de tener presente la extensión que la Directiva 2004/38/CE, opera respecto al derecho de los familiares de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. La transposición de la norma ha sido efectuada casi literalmente en Italia por el Decreto Legislativo n. 30/2007 del 6 febrero 2007, mientras que en España, el Real Decreto 240/2007, de 17 febrero, estableció, en su transposición, una serie de cautelas adicionales, que posteriormente el Tribunal Supremo anuló en Sentencia de 10 junio 2010.

Entre las exigencias más destacadas consideradas contrarias a la Directiva 2004/38/CE se encontraban: la conservación del vínculo matrimonial o relación de hecho sin divorcio o separación legal<sup>31</sup>; para los casos de unión análoga a la conyugal, la inscripción en un registro público que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado<sup>32</sup>; sobre los ascendientes y descendientes del titular de libre circulación

<sup>27</sup> GARCÍA CORTAZAR Y NEBREDA, C.: "El campo de aplicación del Reglamento 883/2004"... op.cit., p. 57

<sup>28</sup> Se entiende por *opting in* la declaración de voluntad en virtud del cual se manifiesta el deseo de un Estado que cuenta con potestad para ello, de quedar obligado por el contenido de las negociaciones de la normativa comunitaria y el resultado final de la misma que de otra forma no le afectaría

<sup>29</sup> Las cuales puede reconocer, como en la actualidad lo hacen, la igualdad de trato, como también podrían apostar por el criterio de la reciprocidad.

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de seguridad social, ...op. cit.* p. 193.

<sup>31</sup> La expresión "*separación legal*" no puede considerarse como un supuesto de ruptura familiar, pues el artículo 13 de la Directiva 2004/38/CEE, las tres únicas referencias que se contienen son las relativas al "*divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada*"; además, tanto la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 13 de febrero de 1985, Asunto AussatouDiatta c. Land Berlín) como el propio Tribunal Supremo (STS de 11 de diciembre de 2002) han puesto de manifiesto que no es posible la restricción de unos derechos mediante la equiparación de situaciones fácticas y jurídicas que materialmente son diferentes. Incluso, atendiendo al propio ámbito interno español, la situación de "*separación legal*" no es asimilable al divorcio (art. 82 83 y 84 Código Civil) y por ende no conlleva una disolución definitiva del vínculo matrimonial.

<sup>32</sup> Sobre el requisito de imposibilidad de inscripción simultánea de dos registros en dicho Estado, la norma interna española sólo va a considerar la pareja de hecho susceptible de someterse al régimen (...)

y de su cónyuge, se exceptuaban aquellos mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes directos a cargo<sup>33</sup>; en los supuestos de ruptura familiar por el fallecimiento del ciudadano de la Unión Europea, los miembros de la familia que no sean ciudadanos de uno de dichos Estados, transcurridos seis meses desde el fallecimiento, salvo que haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente, deberían «solicitar una autorización de residencia conforme a la Ley de extranjería<sup>34</sup>».

En suma, se permite la libre circulación y el desarrollo de una actividad productiva a los siguientes familiares:

- El cónyuge del titular de la libre circulación en tanto no se encuentren separados de derecho.
- La pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida.
- Los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja.

---

recogido en el Real Decreto a aquella pareja inscrita en un registro *ad hoc* de un Estado miembro cuando este Estado tenga un sistema de registros de parejas de hecho "*que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado*". O, dicho de otra forma, sólo a aquellos Estados miembros que tengan establecido un sistema de registro único. Tal exigencia excede de lo establecido en la Directiva (Artículo 2.2.b), que, al referirse, para definir, a los "*Miembros de la familia*", sólo menciona a "*la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro*", sin más exigencias.

<sup>33</sup> Sobre la excepciones a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes directos a cargo, se trata de otra restricción evidente; ni en el artículo 2.2.d) de la Directiva, ni en el 23, podemos encontrar restricción alguna en el ámbito laboral —y similar— reseñado en relación con estos miembros de la unidad familiar que se define, ya que la Directiva es clara e incondicionada, en sus expresiones y en el significado de las mismas, constituyendo, sin duda, una ampliación subjetiva, en relación con la anterior normativa que modifica y deroga (Directivas 90/364, 90/365, 93/96, y Reglamento 1612/68). Por otra parte, este derecho no puede considerarse como un derecho condicionado o dependiente de la situación —o evolución de la situación— económica de su titular. Se trata, pues, de una transposición restrictiva y limitadora, tanto del derecho de libre circulación de ciudadanos comunitarios (artículo 18 del Tratado de la Unión Europea), como del derecho de libre circulación de trabajadores (artículo 39.1 del mismo Tratado).

<sup>34</sup> Otra interpretación restrictiva de la Directiva 38/2004/CEE. Frente al art. 12.2 de la Directiva, el precepto interno español impugnado, impone la obligación de solicitar una autorización de residencia conforme al régimen general de extranjería, transcurridos seis meses desde el fallecimiento, y salvo en el supuesto de que se haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente y, para ello, deberá demostrar, alternativamente: estar de alta en el régimen de la seguridad social como trabajador, bien por cuenta ajena, o propia; o, la disponibilidad de medios económicos suficientes; o, la integración en otra familia, en el país de acogida, de una persona que cumpla los anteriores requisitos. Tal remisión al régimen general de extranjería (artículo 96.5 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2003) y el cumplimiento de las exigencias expresadas para la obtención de una nueva e independiente autorización de residencia, implica una extralimitación restrictiva en la función de transposición de la norma comunitaria que debe de ser depurada en atención al efecto directo del contenido de la Directiva 38/2004/CEE, que no puede servir de apoyo a la expresada restricción.

- Los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja<sup>35</sup>.

Sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia, en Italia a través de la Ley 6 agosto 2013, n. 97, y en España, con el reciente Real Decreto 987/2015.

- La pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.
- Cualquier otro familiar que acompañe o se reúna con el ciudadano comunitario y acredite que en el país de procedencia está a su cargo o vivía con él, así como en los supuestos que, por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

Por último, cierra el ámbito subjetivo previsto por el art. 2 del Reglamento de Coordinación n. 883/2004 los apátridas y refugiados que residan en un Estado miembro sujeto a la legislación de uno o más Estados miembros, incluidas sus familias y sobrevivientes, en los términos antes previstos para los ciudadanos de la Unión.

### 3.2. CONVENIOS BILATERALES PARA LA COORDINACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE EMIGRACIÓN EXTRACOMUNITARIA

Los Convenios bilaterales entre Estados en materia de Seguridad Social surgen para coordinar las distintas legislaciones y respetar su aplicación individual para cada periodo en que el trabajador migrante se encuentre en su ámbito de aplicación. Mediante la firma de estos actos jurídicos de Derecho Internacional se establecen puntos de conexión entre los diferentes regímenes jurídicos nacionales de Seguridad Social, garantizando generalmente al nacional de uno de los Estados contratantes, que presta servicios en territorio del otro Estado contratante, quedará sujeto a la normativa social de aquel último<sup>36</sup>.

Estos puntos de conexión se manifiestan para cada una de las fases que atraviesa el sujeto protegido en el Sistema de Seguridad Social extranjero para acceder a la prestación, y están formulados a través de los principios jurídicos de: a) igualdad de trato; b) preferencia de aplicación de la legislación interna; c) exportación de la prestación; y, d) conservación de derechos en curso de adquisición; colaboración administrativa.

A pesar de las similitudes entre los contenidos, no todos los convenios bilaterales suscritos por el Estado italiano y el Estado español tienen la misma extensión personal ni material. En cualquier caso, todos los Acuerdos prevén que el trabajador que hubiera versado contribuciones a diversas instituciones de seguridad social de distintos países firmantes, podrá totalizar los diversos períodos cubiertos a los fines de madurar el derecho a la prestación contributiva.

<sup>35</sup> El nuevo RD 240/2007 nada dice a diferencia del anterior art. 3.2 RD 178/2003 sobre el derecho de entrada, residencia y de acceso a un empleo, de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges, que anteriormente pasaban al campo de aplicación de la normativa de extranjería

<sup>36</sup> A excepción de los trabajadores desplazados, vid. *infra*, cap. secondo, p. 127.

Recientemente, la Comisión Europea publicó una comunicación con el objetivo de fomentar una mayor cooperación entre los Estados miembros en el ámbito de la coordinación con terceros países en materia de seguridad social<sup>37</sup>.

Ambos países han negociado la mayoría de los acuerdos con Estados comunes: Argentina; Australia; Brasil; Canadá; Cabo Verde; Méjico; Estados Unidos; Túnez; Uruguay; y Venezuela. También cabe destacar los Acuerdos con Chile; Filipinas; Marruecos, que han sido firmados por Italia, pero se hallan faltos de ratificación.

El resto de los acuerdos responde a la lógica de las relaciones sociopolíticas y económicas de cada Estado; así, respecto a la parte italiana aparecen Acuerdos firmados con Israel; Jersey y otras islas del canal; países de la ex-Yugoslavia; Mónaco; Estado del Vaticano; Turquía.

Por la parte española, se han firmado acuerdos con Andorra; Colombia; Corea; Ecuador; Japón; Paraguay; Perú; República Dominicana y Rusia.

De otro lado, la relación entre Italia y España en materia de Seguridad Social, previa a la entrada en vigor del Tratado de Adhesión de España, el 1 enero de 1986, se regía en virtud de convenios internacionales, en concreto, el convenio internacional de 21 julio 1956, reemplazado con posterioridad por el Convenio de 30 octubre 1979, basado sobre los principios clásicos de paridad de tratamiento, totalización de los períodos cotizados y pro-rata de las prestaciones.

Igualmente, en esta línea, seguían acuerdos respecto al resto de países europeos, como los firmados por ambos países con socios comunes: Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido, Suecia y Suiza. Además de los respectivos italianos con Liechtenstein y Noruega, e hispanos con Finlandia y Portugal.

No obstante, estos convenios continúan aplicándose respecto a sus ámbitos personal y objetivo en cuanto resulten condición más beneficiosa para el sujeto protegido (incluyendo en su campo personal de aplicación los trabajadores de otras nacionalidades diferentes a las de los Estados) con el fin de evitar que la entrada en vigor de los Reglamentos de Coordinación supusiera una merma de los derechos establecidos con anterioridad en los Convenios bilaterales.

Para ser operativos al interior de los ordenamientos estatales deben ser ratificados mediante ley ordinaria, lo cual levanta dudas acerca de la primacía en caso de contradicción, por el igual valor jurídico del Acuerdo una vez ratificado y publicado respecto a las normas internas, a tenor de los arts. 10 co.1 CI y artículos 1º. 5 Código Civil español y art. 96 CE. No resultan aplicables ni el principio de condición más favorable (supondrían llevar al absurdo la existencia de los convenios), ni el principio de especialidad (versan sobre la misma materia), ni la temporalidad de la norma (aplicando una u otra según sea el momento de su entrada en vigor, ya que ello daría lugar a situaciones jurídicamente insostenibles<sup>38</sup>).

---

<sup>37</sup> COM (2012) 153 final, de 30 marzo 201: La dimensión exterior de la coordinación en materia de Seguridad Social de la UE.

<sup>38</sup> SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L.: “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 47, p. 20.

Al establecer el art. 41 D.Lgs. n. 286 del 25 julio 1998, en Italia, y, en España los art. 7. 1 LGSS y 10 LOE, la paridad de trato a los extranjeros que residan legalmente respecto al reconocimiento de las prestaciones contributivas, se puede decir que las normas se presenta como «normas marco», y no implican el reconocimiento de forma automática del derecho de los extranjeros a ninguna de las prestaciones contributivas en concreto, sino sólo a aquellas en las que reúnan todos los requisitos legales exigidos, entre ellos, los establecidos en los Acuerdos bilaterales<sup>39</sup>.

En cuanto al ámbito concreto de aplicación personal, las figuras principales a definir son las de trabajador y miembros familiares. Respecto a la definición de trabajador, suele presentarse con carácter amplio, como la definición genérica de «*persone che possonofarvalereperiodi di assicurazione*» en los Convenios italianos con Argentina, Cabo Verde, San Marino, Vaticano, Túnez o Uruguay. Los Convenios españoles suelen repetir mayoritariamente la fórmula de «*toda persona que como consecuencia de realizar o haber realizado una actividad laboral por cuenta propia o ajena está o ha estado sujeta a la legislación de las Partes contratantes*» (Convenios suscritos con Rusia, Ucrania, Chile, Filipinas, Túnez, Venezuela, Brasil, Méjico, Andorra, Uruguay, Marruecos).

En cuanto a la definición de miembros familiares, salvo omisión expresa, como en el Convenio italo-coreano o en los Convenios españoles con Argentina y Uruguay, así como la aparición puntual y concreta de la mención al cónyuge, compañero o viudo de ambos Convenios con Australia, se suele recurrir a la legislación nacional de cada Estado para definir a los beneficiarios y/o a sus familiares. Ocurre así en los Convenios italianos con Argentina, Canadá, Israel, Cabo Verde, Vaticano, Túnez, Uruguay, y los Convenios hispanos con Chile, Filipinas, Túnez, Paraguay, Venezuela, Ucrania, Perú, Brasil, Rusia, Ecuador, EEUU, Ucrania, Canadá, Uruguay, Marruecos y Andorra.

Algunos Acuerdos solamente amparan a los nacionales de los dos países firmantes que desarrollen su actividad profesional en el territorio de uno u otro Estado, incluyendo los familiares, como los convenios italianos con Brasil (art. 37), Israel (art. 2), Mónaco (art. 2); y los convenios españoles con Argentina (art. 1), Colombia (art. 3), Chile (art. 2), Ecuador (art. 1), Méjico (art. 2), Perú (art. 3), República Dominicana (art. 2) y Rusia (art. 2).

Los hay que independizan la nacionalidad de los trabajadores, como criterio decisivo, bastando que hayan estado sometidos a las legislaciones de ambos países, incluyendo a familiares, como los convenios firmados por Italia con Argentina (art. 2), Australia (art. 3), Canadá (art. 3), Cabo verde (art. 3), Estados Unidos (art. 3), Uruguay (art. 3); y los respectivos Convenios españoles firmados con Andorra (art. 2), Brasil (art. 3), Canadá (art. 2), Estados Unidos (art. 2), Paraguay (art. 2), Uruguay (art. 2) y Australia (art. 3).

En cambio, otros, incluso, extienden el ámbito a familiares beneficiarios de un trabajador que no ostente la nacionalidad de ninguno de los Estados contratantes, pero siempre que los familiares sean nacionales de una de las partes y el trabajador haya estado sometido a alguna o a ambas legislaciones, como contemplan los convenios italianos con San Marino (art. 3), la Santa Sede, (art. 3), Venezuela (art. 3), países de la exyugoslavia (art. 3); y los convenios hispanos con Ucrania (art. 3) y Venezuela (art. 3).

<sup>39</sup> SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L.: “Los convenios bilaterales...*op.cit.*, p. 21.

Otros convenios, además de extender el campo de aplicación personal a los nacionales y familiares, acogen también a los apátridas, refugiados y familiares, como el Convenio italiano con Mónaco (art. 2), San Marino (art. 3); y los convenios españoles con Túnez (art. 3), Filipinas (art. 2), Marruecos (art. 2), Paraguay (art. 2), Ucrania (art. 2) y Venezuela (art.2).

Por último, procede hacer referencia al Convenio Multilateral Iberoamericano<sup>40</sup>, cuyo art. 2 extiende el ámbito subjetivo a todas las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados Parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes; no otorga una cobertura social equiparable a los trabajadores nacionales, sino que las prestaciones se obtendrán de acuerdo con la legislación del Estado Parte en cuyo territorio ejerzan la actividad, totalizando los períodos de cotización cubiertos en otros territorios.

También, cabe hacer mención a los Acuerdos euro-mediterráneos entre la Unión Europea, sus Estados miembros y países del área mediterránea como Marruecos, Túnez, Argelia y Turquía. Según el art. 310 TCE la Unión posee la capacidad ius ad tractatum para celebrar acuerdos internacionales con terceros sujetos. Éstos contienen una cláusula referente a los trabajadores inmigrantes (regulares) de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad en materia de Seguridad Social. Según la jurisprudencia comunitaria, el concepto de Seguridad Social ha de ser interpretarse de manera similar a los Reglamentos de coordinación, y por tanto, ninguna discriminación puede entenderse razonable en el acceso de los inmigrantes a las prestaciones, sean contributivas o asistenciales<sup>41</sup>.

Incluso, se ha llegado a plantear, como hipótesis, la suma futura de acuerdos entre ambos continentes, puesto que se presentan estructuralmente muy similares, a excepción de un campo objetivo obligatorio de aplicación del Convenio más reducido que los Reglamentos de coordinación, dando lugar a una mayor cooperación interregional euro-iberoamericana<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Boletín Oficial del Estado de 8 de enero de 2011. El Convenio se firmó en la XVII Cumbre Iberoamericana del 10 noviembre de 2007; fue firmado por 14 países (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela). La entrada en vigor se ha producido el 1 de mayo de 2011, tras su ratificación por 7 Estados. No obstante, para que la entrada en vigor en los Estados Parte que lo han ratificado tenga efectividad es necesario que dichos Estados Parte suscriban el Acuerdo de Aplicación que lo desarrolla. Hasta el momento, las dos condiciones reseñadas en el apartado anterior han sido satisfechas por España, Bolivia, Brasil, Chile, El Salvador, Ecuador, Paraguay y Uruguay. En España y Bolivia el Convenio tiene efectividad desde el 1 de mayo de 2011, en Brasil desde el 19 de mayo de 2011, en Ecuador desde el 20 de junio de 2011, en Chile desde el 1 de septiembre de 2011, en Uruguay desde el 1 de octubre de 2011, en Paraguay desde el 28 de octubre de 2011 y en El Salvador desde el 17 de noviembre de 2012.

<sup>41</sup> CHIAROMONTE, W.: “Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea”, *Giornale di diritto del Lavoro e delle Relazioni industriali*, 2008, p. 119. PALOMARES AMAT, M.: “La cooperación social entre las Comunidades Europeas y los países del Magreb”, *AffersInternacionals*, n. 48, p. 89.

<sup>42</sup> GARCÍA CORTÁZAR, C.: “La dimensión externa de las normas de coordinación europea de Seguridad Social. El Reglamento 883/2004 y el Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. extra 1, 2010, p. 275.

### 3.3. PREVISIONES PARA SUPUESTOS DE INEXISTENCIA DE CONVENIO BILATERAL

En caso de no existir ningún convenio bilateral, o cuando no se contemplan todas las formas de tutela, se genera una nueva dimensión problemática, pues suele ser común en los Convenios bilaterales no reconocer a los extranjeros todas las prestaciones sociales que tienen los nacionales, o al menos no en toda su extensión<sup>43</sup>. Ambos ordenamientos han previsto medidas para la extensión de sus sistemas nacionales de Seguridad Social.

El legislador italiano, mediante el art. 1 Decreto Legge 317/1987 (conversión Legge 398/1987), garantiza la tutela económica y normativa a los trabajadores empleados en países extracomunitarios sin Acuerdo, de forma similar a la situación de Acuerdo parcial, estipulando obligatoriamente: el aseguramiento contra la invalidez, la vejez, la muerte y supervivencia, la tuberculosis, el desempleo involuntario, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, las enfermedades y la maternidad.

El legislador español ha previsto que el trabajador, en el supuesto de no poder acogerse a dicho sistema o de que éste sea inferior al español, pueda opcionalmente suscribir un convenio especial en el nivel contributivo, a través de dos modalidades: a) asistencia sanitaria en favor de emigrantes que retornen a España de forma temporal o definitiva (Orden TAS 2865/2003 13 octubre); b) la cobertura de otras prestaciones (invalidez, jubilación y muerte y supervivencia) en favor de emigrantes o hijos de emigrantes (RD 996/1986, de 25 abril, y O. 28 julio 1988).

Además, en Italia, el legislador italiano ha habilitado la posibilidad del trabajador subordinado de rescatar, a título oneroso, las contribuciones correspondientes al trabajo desarrollado en el extranjero<sup>44</sup>, según art. 51, c. 2, Legge 153/1969. La situación inversa no está contemplada, no obstante, según artículo 1, c. 20 Legge 335/1995, los extranjeros extracomunitarios repatriados pueden tener derecho a pensión al cumplimiento de la edad pensionable, independientemente del requisito contributivo mínimo previsto<sup>45</sup>.

### 3.4. PREVISIONES PARA TRABAJADORES DESPLAZADOS Y TRABAJADORES FRONTERIZOS

Cuando el traslado del trabajador para la prestación de servicios en otro Estado es con carácter temporal, se entiende que estamos ante un caso de desplazamiento. El cambio de país no se produce bajo la búsqueda de un trabajo sino en ejecución del que ya se dispone. Ya sea dentro del marco europeo<sup>46</sup>, o con terceros países, se trata de una

<sup>43</sup> Las Circulares INPS n. 87/1994; n. 118/2002; n. 25/2003; n. 15/2004; n. 64/2004 recopilan la tipología de Convenios.

<sup>44</sup> Las cotizaciones se encuentran reguladas por el art. 4, co. 2, D.Legge n. 317/1987, y son fijadas anualmente por Decreto del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta las retribuciones de Convenios Colectivos según sector y categoría profesional. Además, el INPS, ha precisado que los susodichos trabajadores italianos en países extracomunitarios sin Acuerdos bilaterales, están sujetos a cotizar para la financiación de la prestación de *indennità di mobilità*, regulada por la Legge n. 223 del 1991 si se trata de empresas comprendidas en su campo de aplicación (Circular INPS n. 229/1991), mientras permanecen excluidas de la disciplina de la *Cassaintegrazione guadagni* (Circular INPS n. 229/1991).

<sup>45</sup> Según las reglas del sistema contributivo.

<sup>46</sup> El principio de territorialidad en la legislación de Seguridad Social viene recogido en el art. 13.1, letra a, del Reglamento (CEE) n. 883/2004, “la persona que ejerza normalmente una actividad por (...)”

excepción al principio de territorialidad, que viene comprendido junto al principio de unicidad legal. En este sentido, la jurisprudencia comunitaria concibe que toda vez que el Estado de origen ha considerado la inclusión en su sistema de Seguridad Social, el Estado de destino no está legitimado para desvirtuar esa inicial declaración, y su sistema de Seguridad social debe inhibirse<sup>47</sup>. Además, tiene poco sentido incluir en la Seguridad Social del país de ejecución al trabajador desplazado por un corto periodo de tiempo, obligando en su momento a poner en marcha todo el complicado y costoso sistema de totalización de periodos de cotización y de cálculo a pro rata de las prestaciones. Es más sencillo que, en estos periodos temporales, se mantenga el alta en la Seguridad Social de origen<sup>48</sup>.

El principio de territorialidad cede ante la primacía de las normas comunitarias. Para aquellos supuestos de desplazamientos de trabajadores entre dos Estados Miembros de la Unión Europea, según el art. 12.1 Reglamento 883/2004, la legislación aplicable al trabajador será la correspondiente al primer Estado Miembro donde ejerce normalmente sus actividades, a condición de que la duración previsible del trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra. La reforma operada en 2004 sobre el Reglamento 1408/71, supone un cambio respecto al ámbito de actuación, pues según el viejo art. 14.1, ampliando la duración del desplazamiento se amplía (anteriormente doce meses prorrogables hasta veinticuatro), y permitiendo la aplicación de la norma al trabajador desplazado que sustituyera a otro. En cualquier caso, la nacionalidad del trabajador, a tenor del Reglamento 859/2003, viene siendo indiferente.

El régimen jurídico del desplazamiento ha de entenderse en un sentido amplio, aplicándose tanto a la prestación de servicios por cuenta propia, como a los casos de cesión de mano de obra a través de una empresa de trabajo temporal radicada en un Estado Miembro distinto del correspondiente a la empresa usuaria. El primer supuesto está contemplado en el art. 12.2 Reglamento 859/2003 (antiguo art. 14 bis Reglamento 1408/1971); sobre el segundo supuesto, la resonada sentencia STJCE 17-12-1970, asunto Manpower, donde se consideró que «la empresa que contrata a los trabajadores continua siendo su único empleador». Igualmente, a tenor del régimen de excepción del art. 16 del Reglamento, se posibilita el acuerdo entre Estados miembros que permita los desplazamientos de determinadas categorías de personas.

Al continuar el trabajador desplazado encuadrado en la Seguridad Social del Estado de origen, las cotizaciones y las prestaciones se saldan respecto a dicho sistema de Seguridad Social. No obstante, el Reglamento prevé algunas peculiaridades, especialmente en cuanto a asistencia sanitaria y desempleo. La primera se extiende al trabajador desplazado y sus familiares, cuando “sean necesarias desde un punto de vista médico, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la

---

*cuenta ajena en dos o más Estados miembros estar sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro o si depende de varias empresas o de varios empresarios que tengan su sede o su domicilio en diferentes Estados miembros”.*

<sup>47</sup> STJUE HerboschKiere de 26-1-2006, asunto C-2/05

<sup>48</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/71 al Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 64, 2006, p. 20.

estancia<sup>49</sup>. La segunda, se trata, sin duda, de la prestación con mayor carácter de territorialidad tanto en el acceso a la protección como en la exportación de prestaciones<sup>50</sup>. Éstas se reconocen normalmente con cargo al Estado de origen por ser el Estado competente, porque es en él donde jurídicamente se ha realizado la cotización. En caso de cambio de domicilio al Estado de empleo, continua la regla del art. 71.1.b) ii del Reglamento 1408/1971, convirtiéndose el Estado de empleo en Estado competente y las prestaciones correrían a cargo suyo y por cuenta de su legislación.

Fuera del contexto europeo, en el ámbito internacional, se ha de prestar especial atención a los convenios bilaterales de Seguridad social, ratificados con terceros países, que permiten en general la derogación del principio de territorialidad, conservando los trabajadores italianos y españoles desplazados al extranjero, o situación inversa, de continuar versando cotización a sus países de procedencia (atendiendo a los límites previstos en cada Acuerdo, protocolos administrativos o eventuales actualizaciones o Circulares del INPS e INSS).

Como premisa general, la regulación de los Convenios bilaterales es similar a la de los reglamentos comunitarios; se mantiene la legislación del “Estado de origen o Estado de envío” si la duración previsible del trabajo es inferior a un determinado plazo, con la posibilidad de admisión de prórrogas<sup>51</sup>, operando subsidiariamente el sistema interno respecto a los trabajadores que no quedan cubiertos por los Reglamentos comunitarios y por los Convenios bilaterales<sup>52</sup>. No obstante, la casuística es muy variada, encontrándose:

Extensiones generalizadas de previsiones análogas para los trabajadores por cuenta propia, como los acuerdos españoles con Andorra, Australia, Brasil, Chile, México, Ucrania; o, en sentido contrario, limitaciones de la extensión del sistema de Seguridad Social del Estado de envío a ciertas categorías de trabajadores, como ocurre respecto a los acuerdos de ambos países con Argentina.

Dualidad, también, respecto a la nacionalidad de los sujetos protegidos; existen Acuerdos para cuya aplicación es indiferente la nacionalidad de los trabajadores, como los Convenios de Italia con Canadá, Corea, Israel, República de San Marino, la Santa Sede, Uruguay y Venezuela; por el contrario, otros restringen el ámbito subjetivo sólo hacia los ciudadanos de los países firmantes, como los acuerdos italianos con Brasil, Cabo Verde, Jersey y otras islas del Canal, Mónaco, Estados Unidos, Túnez y Turquía.

Algunos de ellos no permiten aplicar el régimen de desplazamiento a aquellos trabajadores relevistas de un compañero que haya agotado su período de desplazamiento

---

<sup>49</sup> Este criterio mejora a los seguidos con anterioridad: el art. 22 *ter* del Reglamento 1408/1971 garantizaba tanto al trabajador desplazado como sus familia el derecho a la asistencia sanitaria en el país de empleo “*en cualquiera situación que requiera esa asistencia*”; previo a ese inciso normativo, el art. 22.1 a) del Reglamento 1408/1971 únicamente regulaba la asistencia sanitaria con cargo al Estado de origen cuando fuese requerida “*de modo inmediato las prestaciones durante el desplazamiento*”.

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1982, p. 348.

<sup>51</sup> Normalmente entre 1 y 5 años (salvo el italiano para Jersey de 6 meses).

<sup>52</sup> En España, el art. 125.2 LGSS y el art. 36.1.5º RD 84/1996 califican como situación asimilada al alta el traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.

(así, los acuerdos españoles con Brasil, Filipinas, Marruecos, Méjico, República Dominicana, Túnez, Ucrania y Uruguay). En ocasiones más excepcionales, las previsiones pueden ser bastante amplias, como en los acuerdos hispano-mejicanos o italo-estadounidenses, que conceden a los trabajadores desplazados el derecho a optar por el sistema de Seguridad Social del país de destino (no ligados a ningún límite de tiempo máximo); o contener una absoluta falta de previsión legal del instituto de desplazamiento en el Acuerdo italo-australiano.

Por último, se encuentran los casos de trabajadores fronterizos, que si bien no suponen ninguna excepción al principio general de *lex loci laboris*, como ocurría con los trabajadores desplazados, sí genera ciertas necesidades de coordinación técnica dada la separación territorial entre trabajo y residencia. El nuevo art. 1 f) Reglamento 883/2004, no contiene innovación alguna respecto al art. 13.2 a) del Reglamento 1408/1971, entendiendo por trabajador fronterizo a cualquier persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro al que regrese a diario o, al menos, una vez por semana, estando, por tanto, incluido en el ámbito de la Seguridad Social del país donde desarrolla su trabajo. No obstante, determinadas prestaciones como la asistencia sanitaria, el desempleo y las prestaciones familiares cuentan con reglas específicas.

Sobre asistencia sanitaria, el Reglamento 883 contiene dos novedades. De un lado, el art. 18.2 amplía las previsiones en materia de asistencia sanitaria para los familiares del trabajador fronterizo durante su estancia en el Estado miembro competente<sup>53</sup>, pues hasta la fecha, el Reglamento de 1971 limitaba a los familiares la asistencia sanitaria del Estado competente en caso de urgencia o mediante acuerdo entre las instituciones de los Estados miembros. De otro lado, el art. 28 prevé para aquellos trabajadores fronterizos jubilados, la posibilidad de optar por seguir recibiendo prestaciones en especie en el Estado miembro cuando haya ejercido su última actividad como trabajador por cuenta ajena o propia, siempre y cuando dichas prestaciones sean continuación de un tratamiento iniciado en dicho Estado miembro.

En cuanto a la protección por desempleo, el art. 65 Reglamento 883/2004, continua con las excepciones previstas por el antiguo art. 71 para los trabajadores fronterizos. En caso de desempleo parcial, resulta aplicable la legislación del Estado competente, creando la ficción de la residencia en dicho Estado pero con cargo a la institución competente; por contra, en caso de desempleo total se disfruta de las prestaciones conforme a la legislación del Estado de residencia, como si hubiese estado sometido a su legislación en el último empleo, y con cargo a la institución de ese Estado miembro. Las prestaciones familiares del nuevo art. 67 reiteran las previsiones del anterior art. 73 Reglamento 1408/1971, por el cual, el trabajador sometido a la legislación de un Estado miembro tiene derecho a las prestaciones de protección a la familia en el Estado de empleo por los familiares que residan en el territorio de otro Estado. Para los supuestos de trabajadores fronterizos en desempleo total, lucrarán las prestaciones del mismo que abona las prestaciones de desempleo, esto es, el Estado de residencia.

---

<sup>53</sup> Salvo que dicho Estado miembro figure en el anexo III: Dinamarca, España, Irlanda, Países Bajos, Finlandia, Suecia y Reino Unido.

# V. EL IMPACTO DEL BREXIT EN EL SISTEMA PÚBLICO DE SALUD: LA SOSTENIBILIDAD DE LAS RELACIONES ENTRE ESPAÑA Y REINO UNIDO

PEPA BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO  
*Profesora Acreditada a Titular por la ANECA,  
Derecho del Trabajo y de la Seguridad social,  
Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona*

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN LA UE Y LA MOVILIDAD SANITARIA: EL KIT.

El 23.06.2016 el 51,9 % de los británicos dijeron sí al *Brexit* (sic.)<sup>1</sup>, en el referéndum celebrado en Reino Unido. Tras el borrador enviado el 31.03.2017 por el Consejo de Europa a los países miembros de la Unión Europea (en adelante, UE) y la adopción el 5.04.2017 por el Parlamento Europeo de los principios y condiciones para la negociación de la salida de Reino Unido, durante los meses de mayo y junio se han ido desarrollando las negociaciones formales entre Londres y Bruselas. Aunque se prevé que hasta finales de 2018 no exista un acuerdo sobre todas las cuestiones de la salida<sup>2</sup>, el 29.03.2019 habrán transcurrido los dos años, inicialmente previstos, para que Reino Unido deje de ser parte de la UE de manera oficial.<sup>3</sup>

Pues bien, aunque nos movemos en un campo plagado de incertidumbres sobre cómo será la futura relación entre Reino Unido y la UE, planteamos aquí los aspectos más significativos en los que incidirá el futuro acuerdo de salida, esto es la libre circulación de personas, capitales y servicios, y los sistemas de salud británico y español.

La libre circulación de los trabajadores es uno de los principios constitutivos de la Unión, recogido en el art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; estamos ante un derecho de los ciudadanos que implica la supresión de cualquier discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y otras condiciones de trabajo. A su vez, el art. 34.2 Carta de Derechos Fundamentales de la UE, adoptada por el Parlamento, el Consejo y las Comisiones el 7.12.2000, e incorporada al Tratado de Lisboa en 2009, establece el derecho de toda persona que resida y se desplace legalmente en el seno de la UE a “las prestaciones de Seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo a Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales”.

---

<sup>1</sup> Brexit es la abreviatura de “Brithishexit” o “salida británica de la Unión Europea”.

<sup>2</sup> Según declaraciones del Sr. Michael Barnier, jefe negociador de la UE sobre el *Brexit*.

<sup>3</sup> Llegada esa fecha, se podría pactar una prórroga para continuar la negociación si no se ha llegado a un acuerdo. Los términos de dicha salida deben ser aprobados por cada uno de los 27 parlamentos de los Estados miembro de la UE. En caso de no alcanzarse un acuerdo, Reino Unido continuaría operando bajo la normativa de la Organización Mundial del Comercio, a través del GATS en relación a los servicios.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), las actividades médicas se integran en el principio de la libre prestación de servicios, independientemente que deba distinguirse entre asistencia sanitaria prestada en un centro hospitalario o fuera de él<sup>4</sup> y, pese a que este tipo de servicios, los sanitarios, se encuentren excluidos de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior.<sup>5</sup>

La movilidad sanitaria se encuentra regulada en la actualidad por dos complejos normativos. Por una parte, los Reglamentos de coordinación a la Seguridad social, Reglamento (CE) nº 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29.04.2004 y Reglamento (CE) nº 987/2009, del Parlamento europeo y del Consejo, 16.09.2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad social. Por otra parte, la Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la Asistencia Sanitaria Transfronteriza, que fue aprobada el 9.03.2011, tras un largo camino –no exento de polémicas<sup>6</sup>–, que daba a los Estados miembros un plazo de 30 meses para la trasposición a su derecho interno.<sup>7</sup>

Y, dentro de este panorama legislativo europeo tenemos sobre la mesa la Propuesta de Reglamento 2016/0397 (COD), del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13.12.2016, por el que se modificarían los Reglamentos (CE) nº 883/2004 y (CE) nº 987/2009. Esta reforma anunciada se enmarca dentro del proceso de modernización del Derecho de la UE y del denominado “Paquete de movilidad laboral de 2016” de la Comisión Europea<sup>8</sup>, que ahora sabemos que difícilmente será aplicable a Reino Unido.

En la propia Exposición del Reglamento (CE) nº 883/2004 se manifiesta (Considerando primero) que “las normas sobre coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social forman parte del marco de la libre circulación de personas y deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de éstas”; con ello, se pretende dotar de estabilidad a las condiciones de Seguridad social de las personas

<sup>4</sup> STJUE (sala primera), caso Femarbel, 11.07.2013, C-57/12.

<sup>5</sup> SSTJUE 12.07.2001, asunto C-368/98, Abdon Vanbraekel versus Alliance nationale des mutualités chrétiennes, FD 41, y de 13.05.2003, asunto C-385/99, V.G. Muller contra Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen, FD 38. A lo que añadimos: la STJCE 31.01.1984, asuntos acumulados C-286/82, GrazianaLuisi y Ministero del Tesoro y C-26/83, Giuseppe Carbone y Ministero del Tesoro, FD. 16: La libertad de prestación de servicios comprende la libertad de los destinatarios de los servicios para desplazarse a otro Estado miembro con el fin de hacer uso del servicio sin ser obstaculizados por restricciones, ni siquiera en materia de pagos, y que los turistas, los beneficiarios de cuidados médicos, y quienes efectúan viajes de estudios o de negocios, deben ser considerados como destinatarios de servicios”.

<sup>6</sup> Ya en el año 2003 se solicitó a la Comisión Europea que abordará la cuestión de la mejora de la seguridad jurídica en este ámbito a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

<sup>7</sup> España traspuso la Directiva a través del Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza y por el que se modifica el RD 1718/2010 de 17 de diciembre sobre receta médica y órdenes de dispensación y se traspuso a su vez la Directiva de ejecución 2012/52/UE de 20 de diciembre de 2012 por el que se establecen medidas para facilitar el reconocimiento de las recetas médicas expedidas en otro Estado miembro.

<sup>8</sup> La propuesta, declara el propio texto, se centraría básicamente en cuatro ámbitos: acceso a los ciudadanos que no ejercen una actividad económica a las prestaciones sociales, prestaciones por cuidados de larga duración, prestaciones de desempleo y prestaciones familiares.

–donde se incluye la asistencia sanitaria–, independientemente de cuál sea el Estado del que dependan y donde residan.

Un escenario duro de ruptura de Reino Unido con la UE, podría implicar dos importantes efectos en esta materia, por lo que a nuestro tema interesa.

Primero la vuelta a la aplicación de las normas de extranjería en materia de entrada y salida y contratación, lo cual deja un panorama complicado al importante número de trabajadores españoles que ya se encuentran en el Reino Unido, tanto en el sector sanitario como trabajadores expatriados. ¿Cuáles serán los requisitos para su permanencia en el país y qué derechos de asistencia sanitaria tendrán? ¿Cuál será el coste y sobre quién recaerá?

Reino Unido es el receptor de la mayoría de los emigrantes españoles, muchos de ellos en el sector sanitario, como veremos más adelante. El número de españoles residentes en el extranjero ha vuelto a crecer, esta vez un 5,6 % anual, según los datos del Padrón de Españoles Residentes en el Extranjero (Pere). En otras palabras, el registro ha ganado 833.339 españoles entre 2008 y 2015. En este punto, la Consultora Mercer<sup>9</sup> ha señalado que "las compañías deberían considera el impacto del fin de reciprocidad de los gastos sanitarios para nacionales que viven en los Estados miembros", relativo a los trabajadores expatriados que se encuentran allí, por decisión de las empresas o centros de trabajo radicados en España, una situación que puede dar lugar a mayores costes de las empresas, pero fundamentalmente a la pérdida de cobertura sanitaria pública para los ciudadanos españoles y un aumento de la burocracia.

Segundo, la otra cara de la moneda, son los ciudadanos británicos que residen o que deseen residir en España, pues para algunos de ellos también sería necesario la aplicación de las normas de extranjería, pero esta vez las españolas, salvo que se aplica la Directiva 2011/98/UE como nacionales de terceros Estados; en este caso, al tener una población mayormente de ciudadanos jubilados se nos abren dos interrogantes que tampoco han sido resueltas, es decir ¿podrán recibir asistencia sanitaria en España y bajo qué condiciones? ¿Cómo percibirán sus pensiones del sistema de Seguridad social inglés si residen en España? ¿Cuál será el impacto financiero para España y Reino Unido?

Según datos de Eurostat 2015, 15.8 millones de británicos visitaron España ese año, lo que supone un 21.1 % del gasto turístico total en ese periodo; y, entre 800.000 y 1.000.000 de británicos –pensionistas en su mayoría– residen una parte del año en alguna ciudad española, recibiendo las pensiones de su sistema de Seguridad social inglés y teniendo acceso al sistema de nacional de salud español por aplicación de los Reglamentos de coordinación de la Seguridad social; por otra parte, el Departamento de Salud británico ha estimado que, de manera permanente, 190.000 británicos viven en otras partes de la UE, 70.000 vivían en España, 44.000 en Irlanda, 43.000 en Francia y 12.000 en Chipre. De tal manera, que el propio sistema nacional de salud británico (National Health Services, en adelante NHS) hace una estimación de ahorro del sistema público sanitario al recibir sus ciudadanos –en torno a un millón de ciudadanos como

<sup>9</sup> CONSULTORA MERCER, "What does the UKs Brexit means for the Business and their employees?", <https://www.mercer.com/our-thinking/what-does-the-uks-brexite-mean-for-businesses-and-their-employees.html>

hemos indicado— asistencia sanitaria en otros países de la UE, en virtud de la aplicación de las normas actuales, de coordinación de Seguridad social; y este ahorro, que se estima en 350 millones de libras al año, no tiene otra explicación que los costes económicos, es decir, los costes de la asistencia médica en el sistema británico son más altos por persona, que los costes en España y Francia, básicamente, por lo que cuando el Gobierno británico asume la asistencia médica que un ciudadano ha recibido en otro país de la UE —ya sea por reembolso o compensación de cuotas— siempre pagará menos que si la asistencia hubiese sido recibida en el propio Reino Unido.

En otro orden de cosas, el Reino Unido representa el 17.6 % PIB de la eurozona, según el Instituto Elcano<sup>10</sup>, es el país que más contribuye a la proyección global de la UE, pero también recibe importantes contribuciones económicas de la UE. En este último sentido, la British Medical Association (en adelante, BMA) considera que el Brexit conllevará repercusiones negativas en la investigación científica y médica del Reino Unido, basándose en que en el periodo comprendido entre 2007-2013, el país recibió de los fondos europeos 8,8 billones de euros, y anualmente reciben la mayor cuantía con respecto a otros países participantes en Horizonte 2020, un total del 15 % de todas las subvenciones concedidas.

Como ya hemos avanzado, las relaciones entre España y Reino Unido, como avanzábamos en nuestro resumen son particularmente intensas, tanto en el flujo de personas, como en el sector financiero<sup>11</sup> y comercial. España tiene un superávit comercial con Reino Unido del 1.3 % PIB, situándose en las tres primeras posiciones de exportaciones españolas a este país, en transportes, maquinaria y productos químicos (OEC, ITC, AFI)<sup>12</sup>; por lo que, la industria farmacéutica podría ser uno de los grandes sectores afectados por la marcha de Reino Unido.<sup>13</sup>

## 2. EL GRISÁCEO PANORAMA DE LA CONVALIDACIÓN DE TÍTULOS DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS EN LA UE

Una de las mayores preocupaciones surgidas en el sector sanitario español por el denominado Brexit es relativa a cómo se resolverá la convalidación de títulos de formación sanitaria entre España y Gran Bretaña. En este sentido, debemos establecer dos parámetros temporales, el marcado por la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7.09.2005, extensiva bajo determinadas condiciones al Espacio Económico Europeo y a Suiza<sup>14</sup> y el establecido por la aprobación de la

<sup>10</sup> INSTITUTO ELCANO, “Informe Elcano de presencia global 2015”, [www.19.iadb.org/intalcdi/PE/2015/15494es.pdf](http://www.19.iadb.org/intalcdi/PE/2015/15494es.pdf)

<sup>11</sup> Para ampliar información, puede leerse, GREENWOOD, N., “Referéndum de Reino Unido sobre la permanencia en la UE: consecuencias para la economía británica, de la UE y española”, *Cuadernos de Información Económica* nº 252, mayo-junio 2016, págs. 113-115.

<sup>12</sup> AFI, Análisis económico y de mercados Acento, “Brexit – El próximo reto para la Unión Europea”, febrero 2016, <http://www.afi.es/webAfi/descargas/1553048/1413281/brexit-el-proximo-reto-para-la-union-europea.pdf>

<sup>13</sup> Pese a que una de las empresas más potentes en el sector y con más inversiones en España, AstraZeneca –multinacional anglosueca-, ha señalado que se verá afectado el acceso a determinadas innovaciones del sector, se asegura que las inversiones en nuestro país están garantizadas; e igualmente, GlaxoSmithKline (GSK) no anticipa tampoco un impacto negativo en el intercambio entre ambos países, ni la Asociación de la Industria Farmacéutica Británica (ABPI), ni Efpia.

<sup>14</sup> Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al (...)

modificación de dicho sistema a través de la Directiva 2013/55/UE sobre el reconocimiento de cualificaciones profesionales.

El objetivo de la Directiva 2005/36/CE era la simplificación y la introducción de transparencia en los procesos administrativos de reconocimiento de títulos<sup>15</sup> para flexibilizar el mercado de trabajo y, con carácter general, potenciar la libre circulación de servicios en Europa.

En la citada Directiva de 2005 se establecen tres sistemas de reconocimiento de cualificaciones, atendiendo fundamentalmente a la existencia y necesidad o no, de armonización a escala europea de las condiciones mínimas de formación. De tal manera que, podemos resumirlo de la siguiente manera:

En primer lugar, el reconocimiento automático, cuando las condiciones mínimas de formación de la profesión en cuestión se encuentren armonizadas a escala europea. Aquí se incluiría la profesión de médico, enfermero responsable de cuidados generales, dentista, veterinario, matrona, farmacéutico y arquitecto.

En segundo lugar, el reconocimiento automático basado en la experiencia profesional de la persona solicitante.

En tercer lugar, el reconocimiento mutuo de cualificaciones. Establece la Directiva un tercer género, en el que se encajarían los supuestos que no puedan subsumirse en el reconocimiento automático en ninguna de las anteriores situaciones. Llegados a este término, o cuando puedan surgir dudas con respecto a algunos de los sistemas anteriores, se aplicaría este sistema que se basa en la demostración del profesional de la cualificación necesaria en su país de origen, pudiendo establecerse un periodo de prácticas o la superación de un examen en caso de apreciarse por el país de acogida diferencias significativas en cuanto a las exigencias formativas entre ambos países.

La modificación más significativa de la Directiva 2005/36/UE ha venido de la mano de la Directiva 2013/55/UE, cuya trasposición debía haberse producido el 18.01.2016 –cuestión sobre la que volveremos más adelante–, un texto que se enmarca en un proceso de modernización en este ámbito iniciado por diferentes Comunicaciones de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones en el año 2010<sup>16</sup>, y que llevó al Consejo europeo a elevarlo

---

reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado; modificado por el Real Decreto 103/2014, de 21 de febrero.

<sup>15</sup> Se encuentran excepcionados de la aplicación de esta normativa algunos sectores, por ejemplo el de los abogados, que posee regulación específica, a saber: Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados y Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título.

<sup>16</sup> Entre otras, citamos, Comunicación de la Comisión “Europa 2020 - Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, de 3 de marzo de 2010, COM (2010) 2020 final, la Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Acta del Mercado Único Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza «Juntos por un nuevo crecimiento», COM (2011) 0206 final, de 27 de octubre de 2010 y la Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Agenda de nuevas (...)”

en sus conclusiones el 23.10.2011, apoyando esta modernización e instando al Parlamento Europeo y al Consejo a alcanzar un acuerdo político sobre la revisión de la Directiva 2005/36/CE antes de finales de 2012.

Finalmente, la Directiva de 2013 ha establecido un sistema más moderno para el reconocimiento de cualificaciones profesionales<sup>17</sup>, simplificando las normas existentes y acelerando los procedimientos de reconocimiento, a través de sistemas de información digital en aplicación del Reglamento (UE) nº 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25.10.2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior, que derogó la Decisión 2008/49/CE de la Comisión (en adelante, Reglamento IMI).

Entre otras cuestiones, la Directiva de 2013 prevé la creación de una tarjeta profesional europea que permite la obtención del reconocimiento de las cualificaciones a través de un procedimiento electrónico unificado, cuya finalidad es acreditar que los profesionales cumplen con todos los requisitos académicos o profesionales necesarios para desarrollar su prestación –en las mismas condiciones que un nacional o residente– en otro Estado miembro, independientemente de que esta sea con carácter temporal o permanente. El funcionamiento de esta tarjeta pende directamente del Sistema de Información del Mercado Interior, una herramienta electrónica de cooperación entre autoridades de los diferentes Estados miembros en aspectos relativos al mercado interior.<sup>18</sup>

En cuanto a los aspectos de la Directiva 2013/55 que más afectan al sector sanitario destacamos la previsión del desarrollo profesional continuo, a través de la imposición de obligaciones a los Estados, la formación especializada y la seguridad del paciente y la salud pública garantizadas a través de la evaluación de los conocimientos lingüísticos.

En la primera fase de aplicación de la Directiva, la aplicación de la denominada tarjeta profesional europea se ha previsto para el colectivo de los enfermeros responsables de cuidados generales, fisioterapeutas, farmacéuticos, guías de montaña y agentes inmobiliarios, donde cómo podemos comprobar prevalecen las profesiones relacionadas con el ámbito sanitario.

Pero ahora llegan los problemas. Ni España ni Reino Unido, salvo error u omisión por nuestra parte ha traspuesto la Directiva de 2013 al ordenamiento interno.<sup>19</sup>

---

cualificaciones y empleos: una contribución europea hacia el pleno empleo”, 23 de noviembre de 2010, COM (2010) 682 final.

<sup>17</sup> Por ejemplo, se determinan el número mínimo de años de formación básica de un médico, la modificación de los requisitos de admisión a la formación de matrona, o el reconocimiento automático de las especialidades médicas y odontológicas cuando estas sean comunes a dos quintos de los Estados miembros.

<sup>18</sup> Para más información sobre el IMI puede consultarse la página web: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/imi-net/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/index_es.htm)

<sup>19</sup> No son los únicos países que no la han traspuesto, según los últimos procedimientos sobre infracciones publicados por la Comisión Europea, abiertos y sobre los que, se ha emitido un dictamen complementario, basado en el art. 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a fecha 27.04.2017, también se encuentran entre los incumplidores los siguientes países: Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Malta, Portugal y Rumanía. Consultado en [http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement\\_decisions/index.cfm?lang\\_code=ES&r\\_dossier=&noncom=0&decision\\_d](http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/index.cfm?lang_code=ES&r_dossier=&noncom=0&decision_d)  
(...)

Por lo que respecta a España, en el mes de septiembre la Comisión le remitió Dictamen, solicitando los motivos por los cuales no se había procedido a la trasposición normativa; el 27.04.2017 se encuentra abierta la infracción española (Infracción número 20160186, ante la falta de comunicación del Gobierno español) y emitido un nuevo Dictamen de la Comisión, con motivación complementaria conforme al art. 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; según este artículo, se autoriza a la Comisión, a recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ante la observación de un incumplimiento por parte de uno de los Estados miembros, cuando haya transcurrido el plazo predeterminado por la Comisión para que, ante un primer aviso, el Estado infractor informe a la Comisión de la situación que le ha llevado a incumplir. Exactamente, como avanzábamos ese es el caso español, pese a que el Proyecto de trasposición de la Directiva ha sido elaborado.

La situación actual en la que nos encontramos es ciertamente problemática.

En primer lugar, el Consejo Económico y Social (en adelante, CES), en su Dictamen 2/2016 sobre el asunto, emitido el 19.10.2016<sup>20</sup> realiza varias consideraciones de interés. Por una parte, no encuentra razones justificativas para que el Gobierno esté llevando a cabo la trasposición de la Directiva fuera de plazo marcado por la Unión –18 de enero 2016–, al igual que lamenta que no se haya realizado una consulta previa a los interlocutores económicos y sociales. Por otra parte y, en cuanto al contenido de la trasposición, pese a que considera que hubiese sido necesario introducir precisiones o aclaraciones terminológicas de la futura norma “en aras de una mejor comprensión y certeza de la futura norma”, valora positivamente el Proyecto de Real Decreto sometido a dictamen, por lo que considera correcta, en términos generales, la transposición de la Directiva, aunque critica que según el Gobierno español no haya ningún impacto de género por la trasposición<sup>21</sup>, cuando estamos ante un sector fuertemente feminizado y con una alta tasa de desempleo en España como se analizará posteriormente. Pues bien, han transcurrido 5 meses desde la publicación del Dictamen del CES y todavía no se avista la trasposición, lo que ya ha generado en nuestro país al menos un procedimiento judicial con sentencia desestimatoria<sup>22</sup> de dudosa razonabilidad según nuestro punto de vista atendiendo a la aplicabilidad directa del Derecho internacional ante el incumplimiento del Estado en ello.

---

ate\_from=01 %2F09 %2F2016&decision\_date\_to=29 %2F05 %2F2017&active\_only=1&DG=GROW&title=&submit=Buscar.

<sup>20</sup> El título completo del Dictamen 2/2016 del CES es: “Dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado, para la incorporación de la Directiva 2013/55/UE, de 20 de noviembre de 2013”, y puede consultarse en <http://www.ces.es/documents/10180/4128597/Dic022016.pdf>.

<sup>21</sup> Se refiere el CES a la información publicada por el Gobierno en la “Memoria de Análisis del impacto normativo” emitida por la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, el 27 de enero de 2017, <https://goo.gl/DW3cRr>

<sup>22</sup> STS, contencioso administrativo, recurso número 2360/2014, Ponente: Rafael toledano Cantero, de 12 de mayo de 2016 en el que se desestima la pretensión de una médico especialista de no reconocimiento de su título profesional, basándose en la directiva de 2005 y no en las modificaciones introducidas por la Directiva de 2013, al no haber entrado todavía en vigor.

En segundo lugar, el Proyecto de Real Decreto español fue sometido a información pública del 16.01.2016 al 11.02.2016, generando no pocas opiniones contrarias a su redacción por diferentes de los colectivos/sectores y subsectores afectados.<sup>23</sup>

Por lo que respecta a Reino Unido la Comisión abrió infracción por incumplimiento de la trasposición de la Directiva 2013, (Infracción número 2160243), pero según la actualización de los procedimientos de infracción a fecha 27 de abril de 2017, ha sido cerrada la misma; esta situación nos deja claro que Reino Unido no va a trasponer la Directiva porque está negociando la salida de la UE, pero lo que nos desagrada de manera absoluta es que no haya procedido en el plazo previsto por la Directiva a la trasposición, lo que evidencia desde nuestro punto de vista que Reino Unido siempre ha marcado la diferencia pese a estar dentro de la UE y que la convalidación de títulos y reconocimiento de los profesionales del resto de los países europeos pende del hilo de una negociación, donde no importan los derechos de los ciudadanos.

### 3. RADIOGRAFÍA DEL SISTEMA SANITARIO BRITÁNICO. SU DEPENDENCIA DE LOS PROFESIONALES EUROPEOS.

El NHS tiene en la actualidad una fuerte dependencia de los profesionales sanitarios formados en otros países de la actual Unión Europea, tanto como profesionales como formadores de profesionales en centros educativos, lo que evidencia el fuerte impacto que sobre este mismo pueden tener las negociaciones para el Brexit.

Si bien es cierto que no podemos avanzar a ciencia cierta desde cuando existe esta dependencia, basta con remontarse al año 2014 para comprobar cómo puede ser afectada la estabilidad del sistema y cómo puede, por ende, afectar a los miles de trabajadores procedentes de la Unión Europea desplazados como trabajadores en este país.

Si nos centramos en la profesión médica, según el Consejo General Médico británico (General Medical Council, en adelante GMC)<sup>24</sup>, tanto en el año 2014 como en el 2015, más de 45.000 médicos que trabajan en el NHS (casi el 30 % de la fuerza laboral médica) recibieron su calificación médica primaria (PMQ) de un país fuera del Reino Unido. Pero además, el 15 % de todo el personal académico del Reino Unido proviene de otras naciones de la UE<sup>25</sup>, y ejercen, la mayoría, su práctica profesional en la salud pública.

Asimismo, según otras fuentes<sup>26</sup>, actualmente, de los 800.000 profesionales de la enfermería que trabajan en Reino Unido, unos 38.000 son de otros países europeos, de los cuales, casi 8.500 son españoles: hecho que, indirectamente, es conocido por la

<sup>23</sup> Destacan en el ámbito sanitario las opiniones que se pueden leer en *Revista Enfermería Facultativa*, Año XX, nº 241, 1-15 noviembre 2016, págs. 8-9.

<sup>24</sup> GENERAL MEDICAL COUNCIL, “The state of medical education and practice in the UK”, 2016, [http://www.gmc-uk.org/static/documents/content/SOMEPE\\_2016\\_Full\\_Report\\_Lo\\_Res.pdf\\_68139324.pdf](http://www.gmc-uk.org/static/documents/content/SOMEPE_2016_Full_Report_Lo_Res.pdf_68139324.pdf)

<sup>25</sup> THE ACADEMY OF MEDICAL SCIENCES, “Research & innovation after the EU referendum”, 19 July 2016, <https://acmedsci.ac.uk/file-download/41540-578dac9e483e5.pdf>

<sup>26</sup> CONSEJO GENERAL DE ENFERMERÍA, *Revista Enfermería Facultativa*, Año XX, nº 241, 1-15 noviembre 2016, págs. 8-9, <https://www.consejogeneralenfermeria.org/index.php/sala-de-prensa/revista-colegial/send/29-revista-enfermeria-facultativa/600-enfermeria-facultativa-numero-241>

población española, la dificultad del país de autoabastecerse en materia de enfermería. Pero también las cifras de médicos españoles en Reino Unido son importantes, pues se encuentran entre los 2500-3000 profesionales.

En este sentido, son interesantes las propuestas que se están llevando a cabo desde Reino Unido, para avanzar ante el posible colapso que su sistema nacional de salud puede tener, ante la separación de la Unión Europea; así, entre ellas destaca la ampliación de la oferta de formación o capacitación en medicina dentro del Reino Unido y para los nacionales o residentes permanentes del país, para disminuir la dependencia de médicos capacitados de ultramar. Respecto a esta propuesta que se maneja desde la Secretaría de Estado, no son pocas las voces que se han alzado; por una parte, la BMA<sup>27</sup> se pronunciaba recientemente sobre la ineficacia que a corto y medio plazo tendría la medida propuesta, dado el tiempo necesario para formar a un médico especialista, lo que exigirá al NHS seguir dependiente de médicos formados en otros países, si se quiere garantizar una asistencia de calidad y cubrir los puestos vacantes existentes. Por otra parte, según declaraciones del Gobierno de Irlanda<sup>28</sup>, el Gobierno británico pretende incrementar el número de estudiantes de medicina y enfermería en un 25 %, lo cual es inviable, porque no hay profesores, ni aulas, ni hospitales donde hacerlo; en este último sentido, es interesante destacar cómo el número de graduados sanitarios de Irlanda que trabajan en el sector en el Reino Unido alcanzan el 8.8 %, percibiéndose tras estas declaraciones la preocupación del Gobierno irlandés ante una separación del Reino Unido.

El Registro de Médicos Especialistas del Reino Unido<sup>29</sup> tiene una proporción particularmente alta de licenciados/graduados europeos, hablamos de un 14.6 %; si desglosamos esta cifra, encontramos que el número es más alto en oftalmología –un 24 %– y en cirugía –20 %–.<sup>30</sup>

Por otra parte, los trabajadores migrantes representan una gran proporción de la fuerza laboral de atención social de adultos, una profesión sanitaria significativa en una sociedad con un alto envejecimiento de la población y una esperanza de vida cada vez más alta; uno de cada cinco empleados en esta profesión son originarios de un país fuera de Reino Unido<sup>31</sup>, dato que se completa con la asistencia social en general, donde los no

<sup>27</sup> BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, “Memorandum of evidence from the British Medical Association to the Lords Select Committee on Economic Affairs inquiry on Brexit and the Labour Market”, <https://goo.gl/PCIQ58>

<sup>28</sup> Declaraciones de David Hubert obtenidas de CONSEJO GENERAL DE ENFERMERÍA, Revista Enfermería Facultativa, Año XX, nº 234, págs. 20-21, <https://www.ocez.net/archivos/revista/403-revista-ef-234.pdf>.

<sup>29</sup> El Registro de Especialistas de GMC es un registro de médicos que trabajan tanto de manera permanente como por honorarios en el servicio de salud en el Reino Unido, y que puede consultarse en: [http://www.gmc-uk.org/doctors/register/search\\_stats.asp](http://www.gmc-uk.org/doctors/register/search_stats.asp).

<sup>30</sup> GENERAL MEDICAL COUNCIL, “Our data about doctors with a European primary medical qualification”, 21.02.2017, [http://www.gmc-uk.org/static/documents/content/2017.02.21\\_GMC\\_data\\_on\\_EEA\\_doctors\\_in\\_the\\_UK.pdf](http://www.gmc-uk.org/static/documents/content/2017.02.21_GMC_data_on_EEA_doctors_in_the_UK.pdf).

<sup>31</sup> FRANKLIN, D. & URZI BRANCATTI, C., “Moved to care: the impact of migration on the adult social care workforce”, Independent Age, 2015, <https://www.independentage.org/policy-research/research-reports/moved-to-care-impact-of-migration-on-adult-social-care-workforce>.

británicos ascienden a un 6 %, lo que según datos oficiales supone más de 70.000 puestos de trabajo.<sup>32</sup>

### 3.1. LA MOVILIDAD DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS EN EUROPA

En el mes de julio de 2016 y con el referéndum del Brexit recién celebrado, según datos del Portal de Empleo europeo (en adelante, EURES), los profesionales sanitarios continuaban siendo un colectivo fuertemente demandado por algunos países europeos.

La oferta alcanzaba en la Unión Europea un total de 13.137 vacantes, lo que suponía según los datos oficiales un incremento del 3.2 % con respecto al mes anterior. Si desglosamos estos datos por profesiones, nos encontramos con que los médicos ocupaban la primera posición (7556 vacantes, 421 más que en el mes anterior), la segunda posición los enfermeros (4360 vacantes, con una significativa reducción<sup>33</sup>), y, con una importante diferencia en tercer lugar, los profesionales de farmacia (1201 vacantes, 44 más que en junio del mismo 2016).

Si nos centramos en los diferentes países, en este mismo mes de julio de 2016, Alemania ocupaba la primera posición, solicitando 4857 plazas de profesionales sanitarios, mientras que la República Checa ocupaba el segundo lugar con 616 vacantes y Suecia el tercer puesto, con 608 plazas.

Por su parte, Reino Unido, ha tenido siempre una demanda constante de profesionales sanitarios, entre las diez primeras posiciones, lo que en julio de 2016, alcanzaba a un total de 581 sanitarios demandados; 138 vacantes en la rama de medicina, 394 correspondientes a enfermería (44 puestos más que en el mes de junio de 2016), y un total de 49 profesionales en farmacia.<sup>34</sup> Todo ello nos conducía a la siguiente pregunta ¿estaba afectando ya el Brexit a la movilidad y a la ocupación del sector sanitario en Europa? Aparentemente no, dando a entender que todo seguía igual, que quizá nadie creía todavía que el Brexit fuera una realidad –habían ganado pero no se lo esperaban– y que el NHS estaba garantizando su sostenibilidad mientras durara el proceso de desconexión con la Unión Europea y “por si acaso” no podían solicitarse profesionales sanitarios de Europa en un futuro.

Casi un año después, en abril de 2017, retomamos las cifras, para realizar el análisis comparativo, recurriendo ahora al Portal EURES, a los datos ofrecidos por el NHS y la BMA.

Según datos actualizados de EURES en el mes de abril de 2017 las ofertas de trabajo en el sector sanitario, han variado con respecto al año anterior. Alemania ofrece 3215 vacantes en el sector, ofreciendo 2662 puestos de trabajo para médicos, 611 plazas para profesionales de la enfermería y solo 217 para farmacia, lo que supone una disminución importante con respecto al mes de marzo, en el que se demandaban de esta profesión 600 trabajadores. Suecia ofrecía 2979 plazas en este sector, 393 para médicos, frente a

<sup>32</sup> DAVISON, S. and POLZIN, G., “Skills for Care: Nationality of the adult social care workforce”, 2016. <https://www.nmds-sc-online.org.uk/Get.aspx?id=980099>.

<sup>33</sup> En este sentido, por países, la reducción se justifica porque Suecia solicitaba 20 profesionales menos de enfermería, haciendo un total de 2528 plazas ofertadas, y Finlandia, había disminuido su necesidad en 51 plazas, ofertando 236 puestos de enfermería.

<sup>34</sup> Es cierto que la cifra de profesionales demandados en Farmacia no es significativa si la comparamos con los 643 puestos ofrecidos por Alemania o los 208 por Francia.

2615 en el ámbito de la enfermería (en el mes anterior, las plazas ascendían a 3513). Noruega por su parte ofertaba 212 plazas para médicos. Finlandia ofertaba 500 plazas en el sector sanitario, 392 en enfermería (frente a las 477 del mes anterior).

Por su parte, Reino Unido ofertaba menos plazas en el ámbito de la enfermería, 281 empleos, pero 221 oportunidades laborales para médicos. A pesar de la variación de los datos, sigue estando entre los diez países europeos que más empleos ofertan en el sector sanitario a profesionales de otros países.

Sin embargo el dato no es del todo revelador de los cambios que casi un año después del referéndum se han observado en el sistema de salud británico; si bien es cierto, que no ha disminuido considerablemente la oferta, sí lo ha hecho el número de profesionales europeos del sistema nacional británico. Según datos del propio Servicio digital del NHS, publicados por el diario *TheGuardian*<sup>35</sup>, entre julio y septiembre de 2016, un total de 2.348 médicos de los restantes 27 Estados de la Unión abandonaron sus profesiones como sanitarios en GB. Al comparar este dato con el equivalente al año anterior (1281 médicos), nos encontramos con un incremento significativo. Esto supone para el propio NHS un número récord de médicos y enfermeras comunitarios que dejaron su puesto de trabajo ante “la incertidumbre generada por el Brexit”.

Si en el año 2016 según esta estadística, dejaron sus empleos en el servicio de sanidad pública en este país un total de 17.197 trabajadores, entre ellos médicos y enfermeras, en el año 2015 la cifra se situaba en los 13.321 profesionales, y en el año 2014, los profesionales del sector que abandonaron sus puestos de trabajo ascendían a 11.222 personas.

Estos datos nos revelan que en el sector sanitario británico hay una importante movilidad/rotación de trabajadores<sup>36</sup>, debido quizá a la estacionalidad de sus contrataciones laborales; pero, aunque este dato sea cierto, el incremento de más de 1.000 personas de otros países europeos que han dejado sus puestos de trabajo, no encuentra otra justificación más clara y directa que la futura salida de la UE de Gran Bretaña, lo que es preocupante desde varios puntos de vista. Por una parte, con respecto a la estabilidad de un sistema sanitario que garantiza el derecho a la salud –un derecho universal– pero, por otra parte, con respecto a los profesionales del sector, fundamentalmente a los trabajadores europeos allí desplazados.<sup>37</sup>

Ante esta situación, y fundamentalmente a partir de la activación del art. 50 del Tratado de Funcionamiento de la UE el pasado 29 de marzo de 2017, la BMA<sup>38</sup> ha solicitado al Gobierno de Reino Unido la concesión de la residencia permanente a los

<sup>35</sup> THE GUARDIAN <https://www.theguardian.com/politics/2017/mar/30/record-number-european-staff-quit-nhs-brexit-eu>. Datos anteriores se pueden obtener de NHS Digital – NHS VacancyStatisticsEngland Feb 2015 – Sept 2016 Provisional Experimental Statistics, <http://content.digital.nhs.uk/catalogue/PUB21783/nhs-staf-sep-2015-mar-2016-rep.pdf>

<sup>36</sup> La tasa de rotación global del sector médico es alta, pues se establece que en torno a 300.000 trabajadores al año abandonan su puesto de trabajo, un 25.4 %, según MCKENNA, H., “Fivebigissuesforhealth and social careaftertheBrexit vote”, The Kings Fund, 30.06.2016, <https://www.kingsfund.org.uk/publications/articles/brexit-and-nhs>.

<sup>37</sup> VV.AA., “Nursing student plans for the future after graduation: a multicentre study”, *International Nursing Review* vol. 64, issue 1, march 2017, págs. 104-105, analiza el impacto para los graduados en otros países europeos, especialmente en Italia.

<sup>38</sup> BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, The Brexit: What it means for the medical profession? <https://www.bma.org.uk/collective-voice/influence/europe/brexit>

médicos europeos que trabajan en el NHS, para controlar el impacto que el Brexit ya está teniendo en este sector y, evidentemente, para garantizar el futuro de su sistema nacional de salud, tan dependiente de los profesionales europeos como hemos analizado previamente.

### 3.2. LA EVOLUCIÓN DEL DESEMPLEO EN EL SECTOR SANITARIO EN ESPAÑA

Según datos del Ministerio de Educación español, por una parte, 832 personas han solicitado plazas en Gran Bretaña, frente a las 542 solicitadas para Francia o 215 para Irlanda y 197 para Alemania; por otra parte, el 51 % de los certificados expedidos por las autoridades españolas para el reconocimiento de cualificaciones profesionales se ha realizado en el ámbito hospitalario, y un 185 en atención primaria. Y, como último dato a destacar, las edades de las personas solicitantes en España oscila entre 35-50 años mayormente, un 40.5 %, seguidos de los menores de 35 años, que alcanzan un 38 % de los solicitantes totales.

Junto con los datos del Ministerio, el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos ha expedido en los últimos 6 años más de 5.000 certificados de idoneidad a médicos para trabajar en el Reino Unido, el país de destino preferido por los médicos españoles, en el año 2011, se expidieron 1.207 certificados, en el año 2012, 1.077 certificados, 1.130 en 2013, 852 en 2015 y 773 certificados en 2016. Pese a que las peticiones obedezcan a diversos factores, consideramos que uno de los factores significativos de esta situación ha sido y es la evolución del desempleo en el sector sanitario en España.

Conforme a la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística de enero de 2016, los profesionales sanitarios son el quinto área de conocimiento con respecto a la tasa de desempleo de los restantes titulados universitarios, en concreto hablamos del 10.93 % sobre el total de desempleo en todas las actividades.

Sin embargo, en marzo de 2017 encontramos datos menos esperanzadores para el sector, según la “Información mensual del mercado de trabajo de titulados universitarios”.

En primer lugar, la enfermería fue en este mes la profesión sanitaria con una tasa más alta de desempleo, un total de 10.179 personas acumuladas, lo que según los datos del SEPE<sup>39</sup>, nos ofrece un total de 12.167 demandantes de empleo, de los cuales 6.700 son personas desempleadas, con un gran desequilibrio entre géneros, pues alcanzamos un total de 5866 mujeres frente a 834 hombres.<sup>40</sup> Otro dato interesante al respecto lo encontramos referido a las franjas de edad, esto es, la franja de edad más afectada por el desempleo en la enfermería es la comprendida entre 18-24 años –1521 personas–,

<sup>39</sup> Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, “Información mensual del mercado de trabajo de titulados universitarios, marzo 2017. [http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/titulaciones/2017\\_03/titulados/ciencias\\_de\\_la\\_salud/ESTUDIO\\_TITULADOS\\_FI\\_4.pdf](http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/titulaciones/2017_03/titulados/ciencias_de_la_salud/ESTUDIO_TITULADOS_FI_4.pdf)

<sup>40</sup> Por otra parte, el Informe del Mercado Laboral diferencia entre diplomados y graduados universitarios, dando un resultado más favorable a los primeros -57 personas menos-, un 0.84 % menos con respecto al mes anterior y una caída interanual del 10.71 %.

considerando el Informe mensual que los “enfermeros jóvenes”<sup>41</sup> son los más afectados con una cifra de 3479 personas.

En segundo lugar, la profesión de medicina también ha registrado datos muy negativos, diferenciándose entre licenciados y graduados según el Informe. Con respecto a los primeros, los datos muestran una ligera subida con respecto al mes de febrero de 2017, hablamos de un total de 1514 desempleados, un 0.3 % más de tasa de actividad, una caída interanual del 5.90 %; pero la franja de edad en este tipo de profesionales sí es del todo desalentadora y peligrosa, pues estamos hablando de profesionales con edades de más de 44 años, reflejando cómo este sector tampoco es inmune al efecto expulsión de nuestro mal llamado mercado de trabajo. Por lo que se refiere a los segundos, esto es, a los graduados en Medicina, los resultados en conjunto son peores, pues el incremento de las personas desocupadas se cierra en marzo de 2017 en un 39.3 % más que en el mes anterior, una subida interanual del 200 %.

En tercer lugar, en la profesión de Farmacia se observa un comportamiento/evolución desigual en la tasa de desempleo de licenciados y graduados. En marzo de 2017 alcanzan 2681 personas y, aunque son 9 personas menos que las registradas en el mes anterior estamos ante una caída de solo el 0.33 %, pero que supone un 8 % anual. Es preocupante, igual que en el caso de la medicina, que la franja de edad donde más personas desempleadas se encuentran sea la de mayores de 44 años.

#### 4. Conclusiones: breves pero intensas

Aunque hemos ido desgranando la mayor parte de las conclusiones a lo largo del presente trabajo, y por cuestión de cumplimiento del espacio no es posible mayor desarrollo, destaco algunas ideas. La primera es que a pesar de que haya transcurrido más de un año desde la aprobación de la desvinculación de Reino Unido, la incertidumbre es la palabra que más se escucha tanto en el ámbito político como el social. No sabemos nada de cómo se van a llevar a cabo los aspectos que hemos tratado en este estudio, lo cual desde el punto de vista interno me preocupa sobremanera por la fuerte conexión entre España y Reino Unido, básicamente por los trabajadores del sector sanitario que ante una situación precaria de nuestro mercado de trabajo han buscado allí sus oportunidades laborales. Ante este panorama no es de extrañar que desde la crisis haya un incremento del número de españoles en el extranjero de un 56 %; antes sumaban 1,4 millones y ahora son 2,3 millones, como revela el Padrón de Españoles Residentes en el Extranjero (Pere), sin que podamos cuantificar exactamente cuántos pertenecen al sector sanitario. No obstante, un dato revelador del sector ha sido puesto de relieve en el último informe de marzo de 2017, de la OCDE sobre las políticas de salud en España<sup>42</sup>; al margen de otras consideraciones que no tienen impacto en nuestro estudio, el organismo internacional muestra una preocupación importante por el reducido número de profesionales del ámbito sanitario per cápita que posee España, fundamentalmente en la enfermería. Llama la atención a España por ser el sexto país del mundo con menos enfermeras ‘per capita’, un problema causado por el escaso de número de graduados por cada 100.000 habitantes (uno de los más bajos de la OCDE,

<sup>41</sup> Es el propio texto el que utiliza la expresión “jóvenes”, sin concretar la edad; aunque entendemos que se trata de personas que han alcanzado los 18 años por cuestiones de requisitos para el acceso a los estudios de enfermería, al no topar el máximo de edad incluido en esta categorización nos movemos en una falta de seguridad jurídica.

<sup>42</sup> OECD, “Health Policy in Spain”, march 2017, [www.oecd.org/health](http://www.oecd.org/health).

solo por detrás de México, Luxemburgo y la República Checa) y la elevada migración de estos profesionales a otros países. Ante ello insta a incrementar el número de centros de formación, pero también a realizar políticas de retención del talento, entre las que se incluyen las oportunidades de desarrollo profesional y unas condiciones de trabajo y de salarios, más seguras y atractivas.

# VI. CUESTIONES RELATIVAS AL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO Y MATERIAL DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

## 1. GÉNESIS DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (en adelante CMISS) “es una norma de carácter internacional, acordada por varios Estados para la coordinación de sus legislaciones nacionales en materia de pensiones, como garantía de la seguridad económica en la vejez, la incapacidad o muerte de las personas que, en razón del trabajo por cuenta ajena o de la actividad independiente, se han desplazado a dos o más estados miembros, acreditando en los mismos períodos de cotización, de seguro o de empleo”<sup>1</sup>. En este sentido, como se ha afirmado “constituye la culminación de una antigua aspiración en el seno de la Comunidad Iberoamericana que, desde sus orígenes, ha estado estrechamente ligado a la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS)”<sup>2</sup>. La OISS es un organismo internacional que tiene como finalidad promover el bienestar económico y social de los países iberoamericanos y de todos aquellos que se vinculan por el idioma español y portugués mediante la coordinación, intercambio y aprovechamiento de sus experiencias mutuas en Seguridad Social y, en general, en el ámbito de la protección social<sup>3</sup>. Para llevar a cabo sus objetivos tiene asignadas entre otras funciones la de promover la adopción de normas internacionales de Seguridad Social que faciliten la coordinación entre los sistemas y favorezcan la internacionalización del Derecho de la Seguridad Social, y la de convocar y organizar el Congreso Iberoamericano de Seguridad Social, de acuerdo con el gobierno del país en que haya de celebrarse y fijar los temas que hayan de ser objeto de sus deliberaciones<sup>4</sup>. En el I Congreso Iberoamericano de Seguridad Social (Barcelona, 1950) se creó una Secretaría de apoyo a ulteriores congresos denominada Comisión Iberoamericana de Seguridad Social. Sin embargo, no es hasta el II Congreso Iberoamericano de Seguridad Social (Lima, 1954), momento en que se aprueba la Carta Constitucional de la OISS, cuando comienza su funcionamiento con la finalidad de dar

---

<sup>1</sup> OISS: El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, en [http://www.oiss.org/IMG/pdf/GUIA\\_CONVENIO\\_MULTILATERAL\\_IBEROAMERICANO\\_DE\\_SEGURIDAD\\_SOCIAL-\\_OCTUBRE\\_2013-2.pdf](http://www.oiss.org/IMG/pdf/GUIA_CONVENIO_MULTILATERAL_IBEROAMERICANO_DE_SEGURIDAD_SOCIAL-_OCTUBRE_2013-2.pdf).

<sup>2</sup> JACOB SÁNCHEZ, F.M.: “La génesis del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 1, núm. 2, 2016, p. 2.

<sup>3</sup> La labor de esta institución es sumamente importante dado que como afirma ARELLANO ORTIZ, P.: “La informalidad en América Latina: revisión del concepto y experiencias”, *eRevista Internacional de la Protección Social*”, Vol. 1, núm. 1, 2016, pp. 101 a 112, la región latinoamericana es uno de los lugares en donde la legislación laboral y la seguridad social se encuentran más desarrolladas, aunque el estado del empleo es uno de los más precarios.

<sup>4</sup> <http://www.oiss.org/Funciones.html> (última visita 07/05/2017).

respuesta a las necesidades existentes en el ámbito de la Seguridad Social y brindar la más estrecha y eficaz colaboración a las instituciones que la integran<sup>5</sup>. Entre los programas de impulso de la Seguridad Social en Iberoamérica que la OISS está llevando constan unos proyectos tan importantes como el del CMISS, adoptado por unanimidad en la XVII Cumbre Iberoamericana de jefes de Estado y de Gobierno (Santiago de Chile, 2007), y suscrito por quince países (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela). El CMISS es el primer instrumento internacional en el ámbito iberoamericano “que protege los derechos de los trabajadores migrantes, sus familias y trabajadores de multinacionales en materia de prestaciones económicas, mediante la coordinación de legislaciones nacionales en materia de pensiones, como garantía de la seguridad económica en la vejez, la incapacidad o muerte, protegidos bajo los esquemas de Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos”<sup>6</sup>. Este Convenio elabora un texto de acuerdo con la Convención Internacional para la protección de todos los trabajadores migrantes y de sus familias con la finalidad de que los trabajadores puedan gozar, en sus países de origen, de los beneficios generados con su trabajo en los países receptores<sup>7</sup> conforme a los principios y Derechos Fundamentales de la Declaración de la OIT. De este modo se pretende garantizar que todo migrante goce, conforme al ordenamiento jurídico de cada Estado, de la observancia plena de las leyes laborales que le son aplicables.

No obstante, el proyecto de CMISS no sólo fue planteado por la OISS sino que también fue un proyecto acogido por la XV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Salamanca, 2005). En esta edición se crea la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) y se le encarga la preparación y convocatoria de un Encuentro Iberoamericano, que debe celebrarse antes de la próxima cumbre y que, en coordinación con la OISS y con el apoyo de las agencias especializadas del sistema de las Naciones Unidas, apoye el proceso de preparación y suscripción de un Convenio Iberoamericano de Seguridad Social (Declaración de Salamanca)<sup>8</sup>. El origen del CMISS se debe por lo tanto a la celebración de la V Conferencia de Ministros y Máximos responsables de Seguridad Social de los países de Iberoamérica celebrada en Segovia, y en los acuerdos de las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno de 2005 (Salamanca) y 2006 (Montevideo), respectivamente<sup>9</sup>. En la V Conferencia se fijaron los criterios y principios básicos que deberán ser contemplados y regulados en el proyecto de Convenio, como son: 1) la igualdad de trato; 2) la inclusión en el campo personal de aplicación a los trabajadores dependientes e independientes; 3) la inclusión en el campo de aplicación material de las prestaciones de Seguridad Social por vejez, invalidez, supervivencia y otras prestaciones económicas que pudieran derivarse de situaciones similares; 4) la unicidad en la determinación de la legislación aplicable, estableciendo

<sup>5</sup> Según consta literalmente en su página web en <http://www.oiss.org/Que-es-la-OISS.html> (última visita 07.05.2017).

<sup>6</sup> En <http://www.oiss.org/Que-servicios-ofrece.html> (última visita 07/05/2017).

<sup>7</sup> Véase *Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana*, XVI Cumbre Iberoamericana (Montevideo 2008).

<sup>8</sup> Declaración de Salamanca, XV Cumbre Iberoamericana en [http://segib.org/wp-content/uploads/Declaracion %20de %20Salamanca.pdf](http://segib.org/wp-content/uploads/Declaracion%20de%20Salamanca.pdf) (última visita 07/05/2017).

<sup>9</sup> Desde 2005 ha obtenido el reconocimiento en todas las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno en RIAÑO BARÓN, G.M.: “La OISS y sus principales programas”, Seminario Iberoamericano sobre Constitucionalización de la Seguridad Social” (Cartagena de Indias-Colombia-2015) [http://www.oiss.org/IMG/pdf/Gina\\_Magnolia\\_Riano-Nuevos\\_programas\\_de\\_la\\_OISS-OISS.pdf](http://www.oiss.org/IMG/pdf/Gina_Magnolia_Riano-Nuevos_programas_de_la_OISS-OISS.pdf) (última visita 07/05/2017).

como regla general el sometimiento a la legislación nacional del país en que se realiza la actividad laboral; 5) la garantía de los derechos en curso de adquisición; 6) la garantía de los derechos adquiridos; 7) la exportación de prestaciones; 8) la colaboración administrativa y técnica entre las instituciones; 9) el mantenimiento de los convenios bilaterales y multilaterales existentes, cuando sean más favorable al trabajador; y 10) la posibilidad de ampliar progresivamente el ámbito material, en función de la experiencia en su aplicación<sup>10</sup>. En definitiva, el texto fue elaborado por la OISS y la SEGIB en la VI Conferencia de Ministros y Máximas Autoridades de Seguridad Social (Iquique, 2007) y aprobado por unanimidad. Con posterioridad el texto se elevó a la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Santiago de Chile, 2007), donde fue ratificado de manera definitiva por unanimidad<sup>11</sup>. A partir de ese momento se inicia por la OISS la elaboración del Acuerdo de Aplicación del Convenio aprobado en la VII Conferencia de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social en Lisboa, 2009, que finalmente se aprueba en la XIX Cumbre Iberoamericana (Estoril, 2009) conforme a la misma metodología seguida en la elaboración del CMISS<sup>12</sup>. Es decir, previa a la XIX Cumbre Iberoamericana que aprueba la elaboración del Convenio de aplicación, se celebra la VII Conferencia de Ministros y Máximos Responsables de la Seguridad Social (Lisboa, 2009) donde se aprueba la redacción definitiva de la elaboración del convenio de aplicación<sup>13</sup>.

### 1.1. ANTECEDENTES Y OTROS INSTRUMENTOS EXISTENTES QUE HAN INFLUIDO EN EL CONTENIDO DEL CMISS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Se ha señalado como primer antecedente del CMISS un acuerdo suscrito en Quito (Ecuador) en 1978: el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, que realmente necesita para su entrada en vigor no sólo el acuerdo entre dos países, sino también un acuerdo de aplicación complementario<sup>14</sup>. En este sentido, no se trata propiamente de un Convenio multilateral, sino más bien un acuerdo marco donde un país suscribe sus convenios de seguridad social con otros países iberoamericanos mediante este

<sup>10</sup> JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A.: “Antecedentes, proceso de elaboración, significado y contenido general”, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Coord.) *El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 31.

<sup>11</sup> En [http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/BuenasPracticas/REV\\_031542](http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/BuenasPracticas/REV_031542) (última visita 07/05/2017). También en JACOB SÁNCHEZ, F.M., obra cit, p. 5, 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”, *eRevista Internacional de la Seguridad Social*, Vol. I, núm. 1. p. 4.

<sup>12</sup> Es decir, previamente a la XV Cumbre Iberoamericana se celebró la V Conferencia Iberoamericana de Ministros y Máximos Responsables de la Seguridad Social para elaborar el CMISS así como los criterios y principios básicos contemplados en el proyecto de Convenio. Posteriormente, la XV Cumbre aprueba su elaboración conforme con la V Conferencia de Ministros.

<sup>13</sup> La OISS preparó cinco borradores, que fueron remitidos a autoridades y técnicos de todos los países para que aportaran sus observaciones y sugerencias. En este caso, se celebraron dos reuniones técnicas para avanzar y precisar los términos del Acuerdo. En unas de las reuniones técnicas (Chile, 5 y 6 marzo 2009) se cierra el acuerdo a nivel técnico para elevar, a través de la SEGIB y la OISS, el Proyecto de Acuerdo de Aplicación del CMISS a una próxima Conferencia Iberoamericana de Ministros/Máximos Responsables de Seguridad Social para su consideración y, en su caso, aprobación (VII Conferencia, en JACOB SÁNCHEZ, F.M.: “La génesis del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social”, obra cit., pp. 9 y 10.

<sup>14</sup> Ratificado por España el 16 de febrero de 1979 (BOE 17 de agosto de 1982, núm. 196).

mecanismo<sup>15</sup>. El Convenio no se puede invocar de forma directa, dado que la norma aplicable en el derecho interno es el acuerdo administrativo que, con naturaleza de Protocolo de Menor Rango, regula la realidad concreta<sup>16</sup>. En la actualidad, al menos en materia de pensiones, este convenio ha dejado de estar vigente con la entrada en vigor del CMISS, aunque tuvo su operatividad en países como Uruguay, Argentina y Panamá que, con base en la suscripción de este Convenio Iberoamericano de Seguridad Social en Quito, sustituyeron sus convenios bilaterales en materia de pensiones con otros países del entorno iberoamericano por el Acuerdo de aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social<sup>17</sup>. Junto al Convenio de Quito están los más de 50 convenios bilaterales entre países de la Comunidad Iberoamericana y el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercosur<sup>18</sup>. Este último convenio se firmó entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, aunque establece la incorporación de aquellos que se adhieran al Tratado de Asunción (art. 19). Tiene como objeto establecer las normas básicas obligatorias y principios aplicables por los Estados Partes al otorgamiento de prestaciones. Este instrumento carece de algunos de los beneficios contemplados en el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social como, por ejemplo, la totalización de períodos de carencia<sup>19</sup>, su reglamento “no agrega elementos sustanciales al Acuerdo”, y además “no determina con claridad la asignaciones computables a tener en cuenta por cada Estado, en los casos de totalización y prorrateo”<sup>20</sup>. En relación a la Decisión 583, Instrumento Andino de Seguridad Social pendiente de reglamentación y por lo tanto sin vigencia alguna, posiblemente se vuelva innecesario a corto plazo, dado que Bolivia, Ecuador y Perú son parte del CMISS y Colombia está próxima a serlo, por lo que todos los países miembros de las Comunidad Andina estarían incluidos en el convenio<sup>21</sup>.

A pesar de estos antecedentes, en la elaboración tanto del texto definitivo del CMISS como del Convenio de Aplicación tuvo lugar, como se ha afirmado, un proceso muy participativo de elaboración de propuestas, de análisis y negociación que con la colaboración de los gobiernos e instituciones de la Seguridad Social de los países afectados dio lugar a la redacción del texto definitivo tras la elaboración de varias propuestas. Tanto en estos borradores como en el texto definitivo se tuvo en cuenta el contenido de los acuerdos que hemos señalado más arriba, y el de los Reglamentos

<sup>15</sup> JACOB SÁNCHEZ, F.M.: “La génesis del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social”, obra cit., p. 4.

<sup>16</sup> SANTOS BASSO, O.: “El convenio Iberoamericano de Seguridad Social y sus pautas de aplicación”, *Revista Jurídica de Seguridad Social*, 19 de octubre, 2004 (Costa Rica), en <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica11/03-ENSAYO2.html>.

<sup>17</sup> Convenios bilaterales de Uruguay con Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Paraguay y Venezuela e, igualmente, Argentina con Colombia y Panamá con España en OEA y CISS: *Análisis de convenios bilaterales y multilaterales de seguridad social en materia de pensiones*, México, 2015, p. 25. No obstante, en la Memoria Secretaría General del XVI Congreso Iberoamericano de Seguridad Social, p. 4, se dice que “sigue siendo de utilidad para la suscripción de convenios bilaterales”, en [http://www.oiss.org/IMG/pdf/MEMORIA\\_SECRETARIA\\_GENERAL.pdf](http://www.oiss.org/IMG/pdf/MEMORIA_SECRETARIA_GENERAL.pdf).

<sup>18</sup> El primer beneficio se otorgó a un ciudadano paraguayo al permitir el Acuerdo la complementación de los aportes realizados en dos países suscriptores (2006), en <http://www.oiss.org/Acuerdo-Multilateral-de-Seguridad.html>.

<sup>19</sup> GRZETICH LONG, A.: “La integración del MERCOSUR en materia de seguridad social”, *IUSlabor* 3/2005, p. 7.

<sup>20</sup> GRZETICH LONG, A.: “La integración del MERCOSUR en materia de seguridad social (y II): El «Reglamento administrativo para la aplicación del Acuerdo Multilateral»”, *IUSlabor*, 4/2005, p. 3.

<sup>21</sup> OISS: “XVI Congreso Iberoamericano de Seguridad Social, Memoria Secretaría General”, p. 4, en [http://www.oiss.org/IMG/pdf/MEMORIA\\_SECRETARIA\\_GENERAL.pdf](http://www.oiss.org/IMG/pdf/MEMORIA_SECRETARIA_GENERAL.pdf).

Europeos sobre coordinación de los sistemas de seguridad social<sup>22</sup>. Al respecto, se ha afirmado que la redacción de los reglamentos europeos tiene una clara influencia en la del CIMSS puesto que se trata de instrumentos internacionales que tienen como finalidad facilitar la libre circulación de trabajadores en el seno de la Comunidad Iberoamericana<sup>23</sup>. No obstante, existen notables diferencias, por ejemplo, en relación con los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social que se elaboran en el seno de una organización internacional, la Unión Europea (en adelante UE) que cuenta con un sistema de fuentes del Derecho propio y singular. El Reglamento 883/2004 de la UE es una norma de Derecho derivado cuya aplicación no necesita del requisito de la ratificación y firma del Acuerdo de Aplicación (2009), como la del CMISS, sino que se aplica directamente en los Estados Miembros. Por otro lado, no cuenta con un órgano jurisdiccional, como el Tribunal de Justicia de la UE encargado de interpretar la legislación de la UE para garantizar su aplicación en todos los Estados Miembros y de los litigios que se le planteen por gobiernos nacionales, instituciones europeas y, en determinadas circunstancias, los particulares, empresas y organizaciones que entiendan que sus derechos son vulnerados por una institución de la UE. Por lo tanto, serán los propios tribunales de cada Estado parte los competentes para entender la aplicación del Convenio<sup>24</sup>. El convenio se remite a la negociación de los Estados Parte para la solución de la controversia relacionada con la interpretación o aplicación del convenio en un plazo de cuatro meses que, en caso de que la controversia interpretativa sea general y afecte a todos los Estados parte, se puede trasladar al Comité Técnico Administrativo (arts. 23 y 24 CMISS). En caso de que no haya negociación se recurre a un Comisión de arbitraje nombrada conforme el procedimiento previsto en el propio convenio cuya decisión será definitiva e inapelable (art. 28 CMISS), por lo que la actuación de este órgano técnico y especializado resulta imprescindible para la interpretación del CIMSS y del Acuerdo de aplicación<sup>25</sup>. El problema que plantea este mecanismo es que los acuerdos alcanzados o el propio laudo sólo vinculan a las Administraciones a las que afecta la controversia, pero no a los tribunales nacionales que serán, en última instancia, los que tendrán que interpretar el Convenio ante las reclamaciones de los migrantes<sup>26</sup>. En el caso de que se no se haya acudido al arbitraje “por falta de voluntad de los Estados para constituir la Comisión, o en que el conflicto haya quedado sin resolución al impugnarse la validez de la decisión”, se ha defendido la posibilidad de que las partes acudan a la Corte Internacional de Justicia, cuya competencia se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la

<sup>22</sup> JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A.: “Antecedentes, proceso de elaboración, significado y contenido general”, obra cit., p. 32. *IUSlabor* 4/2005, p. 3. En relación con la actualización de este convenio, vid. MARTÍNEZ CHAS, J.: “La nueva declaración sociolaboral del Mercosur”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 4/2016, pp. 157 a 175.

<sup>23</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Aproximación a la coordinación de Regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, obra cit., p. 4.

<sup>24</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Aproximación a la coordinación de regímenes de seguridad social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, obra cit., p. 5. Entre otras, en España STS 23 de diciembre de 2002 (RJ/ 2472); STSJ Aragón de 18 de marzo 2016 (JUR 2016/85420), STSJ Madrid, 17 de febrero 2015 (JUR 2015/88747.)

<sup>25</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: “Artículos 23 y 24. Comité Técnico Administrativo”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. II, núm. 1 2017, p. 16.

<sup>26</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Artículo 12”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. II, núm. 1, p. 40 y ss.

Carta de la Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes (art. 36.1 del Estatuto de la Corte)<sup>27</sup>.

Por último, el CMISS fue ratificado por España el 12 de febrero de 2010 y publicado junto con el Acuerdo de aplicación (2009) en el BOE de 8 de enero de 2011, núm. 7, entrando en vigor el 1 de mayo de 2011 y estructurándose en 35 artículos con 6 títulos y 5 anexos.

## 1.2. EL ESTADO ACTUAL DE SITUACIÓN DEL CMISS

El Convenio es un instrumento internacional abierto a la adhesión de todos los Estados que forman parte de la Comunidad Iberoamericana, que para su aplicación está sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación una vez que dichos instrumentos sean depositados en la Secretaría General Iberoamericana de la OISS. No obstante, para que produzca efectos entre los Estados es necesario también que suscriban el Acuerdo de Aplicación (art. 30 y 31). En la actualidad, de los 15 Estados firmantes 12 lo han ratificado, pero sólo ha entrado en vigor en 11 países<sup>28</sup>. Las dos últimas incorporaciones han sido las de Argentina y Perú, lo que ha requerido la actualización de los Anexos del Acuerdo de aplicación del CMISS, octubre de 2016<sup>29</sup>. Con estas incorporaciones el Convenio se sitúa “como segundo instrumento de este tipo, a nivel mundial, por número de países y población protegida, sólo por detrás de los Reglamentos de la Unión Europea y también en el único que abarca países de dos continentes, América y Europa”. Respecto a Colombia y Costa Rica, que son los otros firmantes del CMISS, el primero ha presentado al Parlamento el correspondiente proyecto de ley para su ratificación y el segundo está “próximo a hacerlo”<sup>30</sup>.

En el siguiente cuadro se muestra el estado del Convenio en los países firmantes, si éstos lo han ratificado, y donde está ya plenamente operativo.

<sup>27</sup> ARENAS VIRUEZ, M.; “Los mecanismos de solución de los conflictos de interpretación y aplicación del convenio y del AACMISS” en GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 234. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Anexo a la carta de la ONU. Adopción 26 de junio de 1945 (DO 17 de octubre de 1945).

<sup>28</sup> Lo han firmado Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. No lo han ratificado (ni firmado el Acuerdo de aplicación) Colombia, Costa Rica, República Dominicana y Venezuela, aunque este último país lo ratificó.

<sup>29</sup> Véanse en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 2, núm. 1, 2017, MONSALVE CUÉLLAR, M.E.: “Anexo I. Regímenes excluidos”, pp. 131 a 140; FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “Anexo II. Convenios suscritos entre Estados parte del Convenio”; pp. 141 a 153; OCCHI ORSARIA, N.A.: “Anexo III. Convenios suscritos entre Estados parte del Convenio”, pp. 154 a 161; OCCHI ORSARIA, N.A.: “Anexo IV. Convenios bilaterales o multilaterales”; y LOZANO BARÓN, W. A.: “Anexo V. Excepciones a la legislación aplicable”, pp. 170 a 176. [http://www.oiss.org/IMG/pdf/ANEXOS\\_ACUERDO\\_APLICACION\\_actualizacion\\_24\\_de\\_octubre\\_2016.pdf](http://www.oiss.org/IMG/pdf/ANEXOS_ACUERDO_APLICACION_actualizacion_24_de_octubre_2016.pdf).

<sup>30</sup> OISS: “XVI Congreso Iberoamericano de Seguridad Social. Memoria Secretaría General”, obra cit., p. 4.

(Artículos 29, 30, 31.2 CMISS y 33.3 AA)

PAISES QUE LO HAN FIRMADO	FECHA FIRMA CONVENIO	FECHA RATIFICACION	FECHA DEPOSITO INSTRUMENTO RATIFICACION EN LA SEGIB-OISS	FECHA SUSCRIPCIÓN ACUERDO APLICACION	APLICACIÓN EFECTIVA CONVENIO	POBLACION (1)
 Argentina	10/11/ 2007	09/06/2010	31/05/2016	31/05/2016	1/08/2016	42.980.026
 Bolivia	10/11/ 2007	08/11/2010	02/02/2011	18/04/2011	01/05/2011	10.027.254
 Brasil	10/11/ 2007	30/10/2009	11/12/2009	19/05/2011	19/05/2011	201.000.000
 Chile	10/11/ 2007	18/11/2009	30/11/2009	01/09/2011	01/09/2011	16.572.475
 Colombia	26/11/2008					
 Costa Rica	10/11/ 2007					
 Ecuador	07/04/ 2008	31/08/2009	04/11/2009	20/06/2011	20/06/2011	14.067.000
 El Salvador	10/11/ 2007	29/05/2008	04/09/2008	17/11/2012	17/11/2012	6.251.495
 España	10/11/ 2007	05/02/2010	12/02/2010	13/10/2010	01/05/2011	46.507.760
 Paraguay	10/11/ 2007	15/12/2010	09/02/2011	28/10/2011	28/10/2011	6.672.631
 Perú	10/11/ 2007	12/09/2013	30/01/2014	20/10/2016	20/10/2016	31.915.789
 Portugal	10/11/ 2007	27/10/2010	22/12/2010	19/03/2013	21/07/2014	10.561.614
 República Dominicana	07/10/2011					
 Uruguay	10/11/ 2007	24/05/2011	26/07/2011	26/07/2011	01/10/2011	3.286.314
 Venezuela	10/11/ 2007	16/02/2009**				

(1) Según la Oficina de Información Diplomática 2012.

Fuente OISS (mayo 2017)

En definitiva, comprobamos que el estado actual del CMISS se encuentra en una fase de expansión muy importante, puesto que abarca a una de las poblaciones del mundo con más movimientos migratorios<sup>31</sup>. El CMISS es un instrumento jurídico que tiene plena aplicación en todos aquellos casos en que no existan convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social vigentes entre los Estados Parte, salvo en aquellos casos en que existan convenios bilaterales o multilaterales, en cuyo caso se aplicarían las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario. Cada Estado Parte informará a la Secretaría General Iberoamericana, a través del Secretariado de la OISS, de los convenios bilaterales y multilaterales que están vigentes entre ellos, la cual procederá a registrarlos en el Anexo IV del Convenio. Una vez vigente el CMISS, los Estados Parte de los convenios bilaterales y multilaterales inscritos en el Anexo IV determinarán las disposiciones más favorables de los mismos y lo comunicarán al Secretario General de la OISS (art. 8 CMISS)<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> JACOB SÁNCHEZ, F. M.: “La génesis del convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, obra cit., p. 4. Sobre la evolución de los movimientos migratorios a lo largo de la historia y, en especial, las relaciones entre España y América Latina en los últimos 50 años”, en LEÓN GUERRERO, M<sup>a</sup> M.; PASTOR MARTÍNEZ, M.; MARTÍNEZ HERNANDO, M.C.: “Movimientos migratorios, interculturalidad y educación”, *Naveg@merica. Revista electrónica de la Asociación de Americanistas*, 2012, núm. 8, pp. 1 a 19, en <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/36758/1/150101-561871-1-PB.pdf>

<sup>32</sup> Al respecto, RUBIO VELASCO, M<sup>a</sup> F.: “Artículo 8. Relaciones entre el presente convenio y otros instrumentos de coordinación de seguridad social”, *eRevista Internacional de la Protección Social*, Vol. 1, núm. 2, 2016, pp. 85 a 95.

## 2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

El art. 2 del CMISS contempla que el convenio se aplicará a las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios Estados parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes. Esta regulación del ámbito personal se contempla en parecidos términos a la del Reglamento 883/2004 de la UE dado, que este instrumento alude también a las personas pero especificando que “sean nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites”<sup>33</sup>. En este sentido, si comparamos ambas regulaciones la influencia del Reglamento Comunitario es tan evidente como las diferencias entre ambos instrumentos porque si el CMISS “no atiende a la condición de nacionalidad para fijar quiénes pueden quedar incluidos en su ámbito de aplicación, pueden verse implicados nacionales de terceros países que, como tales Estados, no están obligados ni por el CMISS ni por los Reglamentos Comunitarios”<sup>34</sup>. Así mismo la acepción recogida en el art. 2 del CMISS respecto al término “persona” tiene escasa entidad si atendemos a lo contemplado en el Acuerdo de Aplicación del CMISS, que al emplear el término trabajador nos está indicando que “la aplicación del Convenio Multilateral va a estar condicionada al hecho de ostentar o haberlo ostentado la condición de trabajador por cuenta ajena, por cuenta propia o funcionario” o el familiar o derechohabiente de los anteriores<sup>35</sup>. Si tenemos en cuenta el ámbito espacial en que se extiende el Convenio, los movimientos migratorios no sólo afectan a los países iberoamericanos sino también a Portugal y España, países de la UE que en los últimos años han sido los principales destinos de la emigración latinoamericana hacia Europa, y por lo tanto se “refuerza la coordinación en materia de Seguridad Social entre Iberoamérica y la UE, lo que facilitará a los trabajadores iberoamericanos el reconocimiento de los períodos cotizados en otros estados miembros de la Unión”<sup>36</sup>.

Si seguimos atendiendo al ámbito espacial tanto del CMISS como del Reglamento Comunitario, que son dos normas de coordinación de seguridad social de movimientos migratorios, el punto distinto no sólo se encuentra en el requisito de la nacionalidad sino también en el del aseguramiento<sup>37</sup>. En relación con el requisito de la nacionalidad el Derecho de la Unión Europea como organización internacional supranacional consagró el derecho de la ciudadanía de la Unión (nacionales de los Estados Miembros) en el Tratado de Maastricht de 1992 y más tarde, mediante la promulgación del R, 1231/2010 se amplía a los nacionales de terceros países residentes en el territorio de la UE<sup>38</sup>, por lo

<sup>33</sup> Véase 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”, obra cit., pp. 7 y 8.

<sup>34</sup> BARCELÓN COBEDO, S.: “Los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social”, en GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *El convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*”, obra cit., pp. 74 y 75.

<sup>35</sup> LÓPEZ DÍAZ, E.; MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Artículo 2. Campo de aplicación personal”, *eRevista Internacional de la Protección Social*”, Vol. 1, núm. 2, 2016, p. 27.

<sup>36</sup> LÓPEZ DÍAZ, E.; MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Artículo 2. Campo de aplicación personal”, obra cit., p. 31.

<sup>37</sup> VALDUEZA BLANCO, M.D.: “Ámbito espacial y temporal del convenio iberoamericano de seguridad social” en GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *El convenio multilateral iberoamericano de Seguridad Social*, obra cit., p. 141.

<sup>38</sup> El art. 2.2 del actual Reglamento 334/2004 establece que “Asimismo se aplica también a los supérstites de las personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados (...)”

que el ámbito de aplicación del Reglamento cubre tanto a los ciudadanos de la Unión Europea como a los ciudadanos en la Unión. En este caso la ampliación del ámbito de aplicación a los residentes en el territorio de la UE sólo comprende a aquéllos que se encuentren en el territorio de la Unión conforme a los requisitos de autorización para residir y/o trabajar que exige la legislación de extranjería. En este último supuesto habría plena coincidencia en el ámbito del CMISS, porque las personas que también se encuentran en situación irregular están excluidas del ámbito de aplicación por razones obvias al no tener cubiertas las obligaciones de alta y cotización y, por lo tanto, no estar incluidos en el campo de aplicación del sistema de seguridad social<sup>39</sup>. En este sentido, los inconvenientes previos del requisito de la nacionalidad se sustancian conforme a la actual regulación del art. 48 del TFUE que contempla el principio de libre circulación de trabajadores y la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad. En definitiva, el contenido del art. 2 del Convenio no hace referencia ni al status profesional de los sujetos protegidos ni al elemento de la nacionalidad pero ello no es obstáculo para que el ámbito de aplicación abarque no sólo a los nacionales de los Estados parte, sino también a los extranjeros nacionales de terceros estados, refugiados y apátridas que estén o hayan estado sometidos a la legislación de Seguridad Social de uno o algunos de los Estados Parte. En definitiva, “la supuesta cláusula de nacionalidad no entra en juego para la aplicación del Convenio pero sí para que los sujetos protegidos tengan la condición de migrantes en situación regular o legal”<sup>40</sup>. Como bien ha afirmado la doctrina “la nacionalidad no es un requisito inexcusable para aplicar las reglas de coordinación existentes en la Unión Europea, como tampoco lo es para ser incluido en el ámbito de aplicación” del CMISS<sup>41</sup>. Por otro lado, es necesario poner en relación este art. 2 del Convenio con el art. 3, dado que como vamos a ver la protección afecta sólo a las pensiones contributivas o profesionales y, teniendo en cuenta el nivel de cobertura que plantea, “sólo los que sean o hayan sido trabajadores, dependientes o autónomos, podrán quedar afectados por lo dispuesto en el CMISS; y por extensión, sus familiares y derechohabientes cuando se trata de prestaciones por muerte y supervivencia”<sup>42</sup>.

### 3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

El CMISS se aplica a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con las prestaciones económicas de invalidez, vejez, supervivencia y las derivadas de accidente de trabajo y de enfermedad profesional (art. 3.1). Por lo tanto, el ámbito de aplicación material sólo comprende las prestaciones contributivas de

---

miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de tales personas, cuando dichos supérstites sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados que residan en uno de los Estados miembros”. En 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”, obra cit., p. 9, la legalidad de la residencia es una condición previa a la aplicación del Reglamento 1231/2010.

<sup>39</sup> VALDUEZA BLANCO, M.D.: “Ámbito espacial y temporal del convenio iberoamericano de seguridad social”, obra cit., pp. 142 a 147.

<sup>40</sup> LÓPEZ DÍAZ, E.: “Artículo 2. Campo de aplicación”, *eRevista Internacional de la Protección Social*, obra cit., p. 27.

<sup>41</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Aproximación a la coordinación de regímenes de seguridad social en el reglamento 883/2004 y en el convenio multilateral iberoamericano de seguridad social”, obra cit., p. 9.

<sup>42</sup> BARCELÓN COBEDO, S.: “Los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social”, obra cit., p. 77. Igualmente, sólo comprende las prestaciones profesionales, una previsión que justifica que la tutela únicamente está pensada para quienes ostenten la condición de trabajadores y no la condición de ciudadanos (p. 85).

Seguridad Social de contenido económico pero sin incluir las prestaciones en especie, que indudablemente tienen repercusión económica, como la asistencia sanitaria, la prestación farmacéutica y los servicios sociales. Al respecto, cabe señalar que el ámbito de aplicación material tiene un alcance limitado porque las prestaciones protegidas sólo alcanzan a las pensiones<sup>43</sup>. Por este motivo parece inevitable la comparación con el ámbito de aplicación material del Reglamento Comunitario 883/2004<sup>44</sup>, mucho más extenso que el del CMISS porque incluye tanto las prestaciones contributivas como las no contributivas y la aplicación de prestaciones de seguridad social de contenido económico y en especie<sup>45</sup>. Es decir, cubre generalmente las prestaciones de carácter vitalicio que exigen para su reconocimiento que el solicitante tenga cubierto el cumplimiento de largas carreras de seguro, por lo que se excluyen las prestaciones destinadas a cubrir situaciones de necesidad de carácter transitorio que exigen cortas carreras de seguro: subsidios por desempleo, maternidad y paternidad y la incapacidad temporal, puesto que el art. 3.1 del Convenio menciona únicamente la invalidez, que es una contingencia de naturaleza permanente<sup>46</sup>. Prueba del carácter restrictivo del contenido material del Convenio la tenemos en el art. 13 del CMISS, que sólo contempla las reglas para la determinación de la cuantía de las prestaciones por vejez, invalidez y supervivencia<sup>47</sup>.

En relación a las prestaciones médicas previstas en las legislaciones de los Estados Parte, el CMISS las excluye expresamente sin perjuicio de que dos o más Estados Parte del Convenio extiendan su aplicación mediante acuerdos bilaterales o multilaterales, debiéndose inscribir los efectos de esta extensión en el Anexo III, que afectará únicamente a los Estados que los hayan suscrito, sin que surtan efectos para los demás Estados Parte (art. 3.5)<sup>48</sup>. Al respecto, el Anexo III del Convenio no parece incluir ninguna excepción a la exclusión de las prestaciones médicas previstas del CMIS. Sin embargo, como ha advertido la doctrina, esto no debe inducir a pensar que en Iberoamérica no existe coordinación legislativa sobre las prestaciones médicas. El art. 8 del Convenio no sólo establece que el Convenio no deroga convenios internacionales anteriores, sino que también son prevalentes sobre el Convenio si resultan más favorables para los migrantes. En la actualidad “existen sistemas de seguridad social de los Estados signatarios que se entrelazan legalmente para exceder la cobertura de

<sup>43</sup> BARCELÓN COBEDO, S.: “Los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social”, obra cit., p. 84.

<sup>44</sup> El art. 3.1 “ El presente Reglamento se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con: a) las prestaciones de enfermedad, b) las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; c) las prestaciones de invalidez, d) las prestaciones de vejez, e) las prestaciones de supervivencia, f) las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional, g) los subsidios de defunción, h) las prestaciones de desempleo, i) las prestaciones de prejubilación, j) las prestaciones familiares.

<sup>45</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Aproximación a la coordinación de regímenes de seguridad social en el reglamento 883/2004 y en el convenio multilateral iberoamericano de seguridad social”, obra cit., p. 9. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Artículo 3. Campo material”, *eRevista Internacional de la Protección Social*, Vol. 1, núm. 2, 2016, pp. 35 a 37.

<sup>46</sup> BARCELÓN COBEDO, S.: “Los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social”, obra cit., p.86.

<sup>47</sup> LÓPEZ INSUA, B.M.: “Artículo 13. Determinación de las prestaciones”, *eRevista internacional de la protección social*, Vol. 1, núm.1, 2016, pp. 154 a 156.

<sup>48</sup> El CMISS no recoge un concepto claro de qué se debe entender por prestaciones económicas, por lo que “habrá que pensarse que se refiere no sólo a las sanitarias generales sino también las de carácter rehabilitador y de recuperación”, en BARCELÓN COBEDO, S.: “Los ámbitos objetivo y subjetivo del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social”, obra cit., p. 92.

prestaciones económicas”, como el Acuerdo del Mercosur o el Convenio de Quito, “aunque el último limitado a sus consecuentes convenios bilaterales, inclusive, heterogéneos en relación a las prestaciones médicas: España-Panamá; Uruguay-Portugal; Uruguay-Venezuela”<sup>49</sup>. En España tenemos que tener presente la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuyo art. 14.1 contempla que “los extranjeros tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”<sup>50</sup>. Conforme a esta regulación hay que tener en cuenta que el TC ha declarado que “el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será determinado y podrá ser limitado por las normas correspondientes. El legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España y, por ello, exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales (...)”<sup>51</sup> por lo que es una cobertura que sólo se extiende a los extranjeros legales”. La exclusión de las prestaciones médicas del campo de aplicación material del Convenio no es la única, puesto que las exclusiones pueden venir contempladas expresamente en el Anexo II o en el Anexo I respecto a los regímenes especiales de seguridad social teniendo en cuenta la exclusión general de las prestaciones no contributivas y de asistencia social como hemos indicado más arriba. En general “las prestaciones médicas/farmacéuticas son las que más problemas plantean de cara a su coordinación” por lo que hay que entender como paradigmática la opción escogida por el CMISS, ya que aunque las excluye deja autonomía a los Estados para su inclusión bilateral, estableciendo así un modelo que permite su desarrollo futuro<sup>52</sup>.

### 3.1. LA EXCEPCIÓN DE LOS REGÍMENES CONTRIBUTIVOS DE SEGURIDAD SOCIAL ESPECIALES INCLUIDOS EN EL ANEXO I

En virtud del art. 3.2 el convenio se aplicará a los regímenes contributivos de seguridad social, generales y especiales. Si bien es cierto que estos segundos podrán ser excluidos cuando se incluyan en el Anexo I, por tratarse de prestaciones a las que no se les van a aplicar las reglas del Convenio Multilateral, como se ha contemplado respecto a Argentina, Chile, Ecuador, España y Portugal<sup>53</sup>. En el caso español se han excluido los regímenes de funcionarios civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de la Administración de Justicia. Esta exclusión del CMISS no se corresponde con la inclusión en el campo de aplicación personal del Reglamento 883/2004 que sí le es de aplicación<sup>54</sup>. Estas exclusiones de regímenes especiales de Seguridad Social, que por

<sup>49</sup> OCCHI ORSARIA, N.A.: “Anexo III. Convenios suscritos entre Estados Parte del Convenio”, obra cit., p. 161.

<sup>50</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Artículo 3. Campo de aplicación material”, obra cit., p. 9.

<sup>51</sup> STC 139/2016, de 21 de julio (BOE 15 de agosto de 2016, núm. 196).

<sup>52</sup> OISS: “El Reglamento 883/04 y El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social. Encuentros en el camino, p. 24 en [http://www.oiss.org/IMG/pdf/oiss\\_junio\\_zufiaur\\_docx\\_hot\\_24\\_junio\\_ULTIMA-2.pdf](http://www.oiss.org/IMG/pdf/oiss_junio_zufiaur_docx_hot_24_junio_ULTIMA-2.pdf).

<sup>53</sup> En Argentina (personal del Servicio Exterior de la nación; investigadores científicos, personal docente, poder judicial y magistrados), Chile (regímenes provisionales de las Fuerzas Armadas y Carabineros, administrativos por la Caja de Previsión de la Defensa Nacional y la Dirección de previsión de Carabineros de Chile), Ecuador (Régimen Especial del Seguro campesino); España (Regímenes especiales de los Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de la Administración de Justicia), Portugal (todos los regímenes no incluidos en el sistema providencial de seguridad social portugués y en el sistema de seguridad social público).

<sup>54</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Aproximación a la coordinación de regímenes de seguridad social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, obra cit., p. 4.

sus especiales características podrían dificultar su aplicabilidad, han contribuido a agilizar el proceso de tramitación de ratificación y firma del convenio y posterior aplicación del CMISS<sup>55</sup>. En definitiva, se trata de una excepción constitutiva que de no mencionarse expresamente el régimen especial en el Anexo I, “habrá que entenderse que está incluido en el campo de aplicación del CMISS”<sup>56</sup>.

### 3.2. LA EXCEPCIÓN A LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS ESTABLECIDAS EN EL ANEXO II

El CMISS contempla la posibilidad de que los Estados parte excluyan determinadas prestaciones económicas de su campo de aplicación material, pero para ello establece que se deberá hacer constar en el Anexo II siempre que no se trate de las señaladas en el propio convenio en su art. 3.1. Los países que se han acogido a esta exclusión son Argentina, Brasil, Ecuador, España y Paraguay<sup>57</sup>. En general estas menciones resultarían innecesarias, porque se trata de materia que no está incluida en el contenido material del Convenio. Salvo en el caso español, en el que de no establecerse la exclusión del subsidio por defunción, cabría incluirlo en el ámbito material de aplicación del Convenio “ya que se trata de una prestación (tipo indemnización) derivada de una contingencia protegida por el Convenio (la muerte y la de supervivencia)”<sup>58</sup>. La prestación del auxilio por defunción, aunque es una prestación económica por supervivencia, no es ninguna de las prestaciones económicas por supervivencia principales (viudedad, orfandad y subsidio a favor de familiares) “sino una prestación económica de pago único y cuantía teóricamente indeterminada pero con un límite máximo ridículo (...)”<sup>59</sup>. Por último, cabe tener en cuenta que según el CMISS se consideran prestaciones económicas “la prestación pecuniaria, pensión, renta, subsidio o indemnización previstas por las legislaciones mencionadas en el art. 3 CMISS, incluido todo complemento, suplemento o revalorización (art. 1.1.m) conforme al significado que les atribuya la legislación aplicable” (art. 1.2). En este sentido nos puede resultar justificada, por ejemplo, la exclusión de las prestaciones económicas y contributivas en el Anexo II, que contempla dos modalidades de prestaciones económicas de vejez de países como Brasil y Paraguay “puesto que se trata de dos modalidades de pensión de jubilación muy *sui generis* y no de la pensión de jubilación prototípica”<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> MONSALVE CUÉLLAR, M.E.: “Anexo I. Regímenes a los que no se aplica el Convenio Multilateral”, *eRevista internacional de la protección social*, Vol. 2, núm. 1, 2017, p. 140.

<sup>56</sup> BARCELÓN COBEDO, S.: “Los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social”, obra cit., p. 94.

<sup>57</sup> Argentina (la asistencia sanitaria, las prestaciones monetarias de enfermedad, las prestaciones de desempleo y las prestaciones familiares); Brasil (aposentadoria por tempo de contribuição); Ecuador (subsídios económicos por enfermedad y maternidad del Seguro Obligatorio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social).

<sup>58</sup> BARCELÓN COBEDO, S.: “Los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social”, obra cit., p. 94.

<sup>59</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “Anexo II. Prestaciones a las que no se aplican las reglas del Convenio Multilateral”, *eRevista Internacional de la Protección Social*, vol. 2, núm. 1, 2017, p. 144.

<sup>60</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “Anexo II. Prestaciones a las que no se aplican las reglas del Convenio Multilateral”, obra cit., p. 153.

### 3.3. LA NO APLICACIÓN A LOS REGÍMENES NO CONTRIBUTIVOS, A LA ASISTENCIA SOCIAL Y A LOS REGÍMENES DE PRESTACIONES A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS DE GUERRA O DE SUS CONSECUENCIAS

El art. 3.4 del CMISS contempla la no aplicación a los regímenes no contributivos, a la asistencia social y a los regímenes de prestaciones a favor de las víctimas de guerra o de sus consecuencias. El CMISS tiene un ámbito de aplicación más reducido que el Reglamento 883/2004 que, como hemos indicado más arriba, cubre tanto las prestaciones contributivas que sí son exportables y que permiten a un trabajador que haya obtenido un derecho a prestación en un Estado Parte a percibir las prestaciones aunque resida en otro Estado Parte; y las prestaciones especiales no contributivas, que no son exportables. El elemento que diferencia unas y otras prestaciones se encuentra en la fuente de financiación, bien mediante cotizaciones directas o indirectas de los beneficiarios o asegurados (contributivas), o bien mediante recursos procedentes de los impuestos que no exigen previas aportaciones ni requisitos de afiliación<sup>61</sup>. Las exclusiones del ámbito material del convenio de los regímenes no contributivos y de la asistencia social permiten delimitar con claridad que únicamente se incluyen en el ámbito material del convenio las prestaciones “financiadas esencialmente por aportaciones ó cotizaciones abonadas por motivo del desempeño de una actividad profesional y que se calculan refiriendo su cuantía precisamente a esas cotizaciones previas”<sup>62</sup>.

El problema de las prestaciones contributivas es que no sólo se financian vía aportaciones sino que también, como ha señalado la doctrina, participan de esos rasgos no contributivos “puesto que el Estado puede intervenir, como ocurre en España, a través de sus presupuestos, en la financiación de los gastos de la seguridad social”<sup>63</sup>. En cuanto a las prestaciones no contributivas para cuya obtención no se exige ni afiliación ni cotizaciones previas, en España puede darse el caso de que existan cotizantes que solamente tengan derecho a una prestación no contributiva si sus cotizaciones han sido insuficientes. Y, por el contrario, puede ocurrir que un trabajador tenga reconocido el derecho a la prestación contributiva sin tener que tener acreditados los períodos previos de cotización en los casos de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales<sup>64</sup>.

En cuanto a la exclusión del ámbito de aplicación material a la asistencia social el problema principal, tanto a nivel nacional como de la Unión Europea, se encuentra en la extensión del ámbito de la seguridad social y de la evolución de la asistencia social, y

<sup>61</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Artículo 3. Campo de aplicación”, obra cit., p. 37.

<sup>62</sup> BARCELÓN COBEDO, S.: “Los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social”, obra cit., p. 91.

<sup>63</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Artículo 3. Campo de aplicación material”, obra cit., p. 38.

<sup>64</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Artículo 3. Campo de aplicación material”, obra cit., p. 39. Además señala esta autora que en España existe “un vínculo entre el pago de impuestos y las pensiones, entre el número de años de residencia legal exigidos y el nacimiento del derecho a la pensión”. En España se exige para reconocer una pensión no contributiva el requisito de la residencia en territorio nacional durante un cierto tiempo, puesto que quienes la tengan en el extranjero la pueden tener rechazada.

por lo tanto la dificultad para deslindar la frontera entre la seguridad social y la asistencia social<sup>65</sup>.

En efecto, las prestaciones de asistencia social solamente se conceden en los supuestos de carencia de recursos “lo que asimila peligrosamente la Asistencia Social de la Seguridad Social a las prestaciones no contributivas, generando así nuevas dudas interpretativas”. En este sentido, se ha señalado que “mientras que las prestaciones no contributivas se desarrollan dentro del marco de las contingencias típicas del Sistema de Seguridad Social (la jubilación, la incapacidad permanente, la protección familiar), haciendo frente a situaciones de necesidad “contingenciales”; por el contrario, la protección asistencial se dedica a la tutela de situaciones distintas de las contingencias típicas o tradicionales del Sistema de Seguridad Social”<sup>66</sup>. En el caso de los Reglamentos Comunitarios, se considera que “es no contributiva y no, en cambio, asistencial (en el ámbito material, pues del R 883/2004), una prestación que otorga al potencial beneficiario un derecho incondicionado a la misma en el caso de cumplir los requisitos subjetivos y objetivos requeridos aunque, como expresión de la dificultad de establecer la diferenciación, el art. 70 del R. 883/2004 exige, para estar comprendidas dentro de su ámbito que este tipo de prestaciones no contributivas sean expresamente referenciadas, a iniciativa de cada Estado Miembro, en un Anexo X del propio R 883/2004 (Anexo 10)”<sup>67</sup>.

Con todo ello las razones que explican esta exclusión son de índole política puesto que la región iberoamericana “no tiene la misma cohesión política regional que sí posee la región europea”. No obstante, la exclusión no hay que entenderla como un obstáculo sino como un avance normativo que debe evolucionar hasta su inclusión, puesto que la migración en la región latinoamericana tiene un nivel de informalidad acentuada que hay que combatir precisamente mediante esa coordinación de las prestaciones no contributivas conforme a los términos del reglamento de la Unión Europea<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Artículo 3. Campo de aplicación material”, obra cit., p. 39; también en BARCELÓN COBEDO, S.: “Los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social”, obra cit., pp. 91 y 92. En España están excluidas las prestaciones familiares por aplicación del art. 70 del Reglamento. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Artículo 3. Campo de aplicación material”, obra cit., p. 40 según jurisprudencia reiterada “cabe afirmar que una prestación podrá considerarse como prestación de Seguridad Social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente incluidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004”.

<sup>66</sup> GUÍAS JURÍDICAS: “Asistencia Social de la Seguridad Social”, WoltersKluwer, 2017 en [http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDM2NLtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAdFqyVDUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDM2NLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAdFqyVDUAAAA=WKE).

<sup>67</sup> BARCELÓN COBEDO, S.: “Los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social”, obra cit. p. 92.

<sup>68</sup> En parecidos términos ARELLANO ORTIZ, P.: “Campo material de aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social: un paso a la vez...”, *eRevista Internacional de la Protección Social*, Vol. 2, núm. 1, 2017, pp. 127 y ss.

### 3.4. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DEL CONVENIO A PRESTACIONES O REGÍMENES EXCLUIDOS EN PRINCIPIO (ANEXO III)

La inicial limitación del ámbito de aplicación material del Convenio puede tener excepciones cuando dos o más Estados Parte deciden ampliar el ámbito objetivo del Convenio a las prestaciones o regímenes que en principio están excluidos del campo de aplicación. Esta ampliación solo afectaría a los Estados que así lo hayan suscrito mediante acuerdos bilaterales o multilaterales. No obstante, esta posibilidad no ha sido asumida hasta el momento por ninguno de los Estados signatarios<sup>69</sup>.

## 4. CONCLUSIONES

El CIMSS y el Reglamento 883/2004 son instrumentos de coordinación de seguridad social que garantizan el ejercicio de la libre circulación de trabajadores. El ámbito subjetivo de aplicación del CIMSS es bastante amplio y no está condicionado al requisito de la nacionalidad, sino al del aseguramiento. En cambio, el ámbito de aplicación material, más restringido que el del Reglamento comunitario, sólo abarca las prestaciones económicas de invalidez, de vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y de enfermedad profesional. Sin embargo, como se ha defendido, se trata de las prestaciones económicas más importantes y necesitadas de la existencia de normas de protección. Las limitaciones del ámbito material del CIMSS no suponen a largo plazo un inconveniente para alcanzar en el futuro una mayor protección de los trabajadores migrantes (que llegue también a proteger a los trabajadores informales) sino que por el contrario, dado el éxito alcanzado frente a los antecedentes normativos, es un instrumento tan eficaz como el Reglamento comunitario de la UE para la evolución y protección integral de los trabajadores migrantes del ámbito iberoamericano. Por otro lado tanto el CIMSS como los Reglamentos comunitarios de coordinación de seguridad social pueden ser la base para que las instituciones europeas y la OISS puedan avanzar en el desarrollo de la cooperación entre la UE y la OISS, con la finalidad de obtener la protección de la mejora de los trabajadores migrantes que hayan realizado prestaciones de servicios en uno y otro lado del Atlántico (convenio marco sobre legislación aplicable y sobre exportación de pensiones)<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “Anexo II. Prestaciones a las que no se aplican las reglas del Convenio Multilateral”, obra cit., p. 145.

<sup>70</sup> Véase OISS: “El Reglamento 883/04 y El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, Encuentros en el Camino, p. 42 y 46 [http://www.oiss.org/IMG/pdf/oiss\\_junio\\_zufiaur\\_docx\\_hot\\_24\\_junio\\_ULTIMA-2.pdf](http://www.oiss.org/IMG/pdf/oiss_junio_zufiaur_docx_hot_24_junio_ULTIMA-2.pdf).



# VII. LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL A LOS TRABAJADORES DEL MAR DE ACUERDO CON LAS NORMAS INTERNACIONALES DE APLICACIÓN A LOS MISMOS\*

XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ  
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad da Coruña*

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad del País Vasco*

## 1. LA EXTRATERRITORIALIDAD Y EL CARÁCTER MARCADAMENTE INTERNACIONAL DE LAS ACTIVIDADES MARÍTIMO-PESQUERAS REALIZADAS A BORDO DE BUQUES

### 1.1. EL BUQUE COMO SINGULARIDAD DEL TRABAJO EN EL MAR

1. En el conjunto de singularidades que se registra en las actividades marítimo-pesqueras —clasificadas en su día distinguiendo las realizadas «en el mar» y las realizadas «para el mar»<sup>1</sup>— destaca una muy concreta<sup>2</sup>, que es la relativa al buque. Su

---

\* Texto de la ponencia presentada al *Congreso Internacional el futuro del Derecho Social en España y en la Unión Europea: la coordinación de sistemas de seguridad social desde la perspectiva del pilar europeo de derechos sociales* (Cádiz, 17-19 de julio de 2017), organizado por la Red de Excelencia «Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamérica» (DER2015-69364-REDT) del Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Cádiz. Y realizado, además, al amparo tanto del proyecto de investigación financiado por el MINECO titulado “*Problemas actuales y perspectivas de futuro del desplazamiento de trabajadores transnacional: el caso de los trabajadores del transporte*” (Ref. DER2013-43423-R), como del Proyecto Europeo ERC-2013-AdG 340770- *Human Sea-The development of human activities at sea-What legal Framework? For a new maritime law*, financiado por la Comisión Europea y dirigido por el Prof. Patrick Chaumette (Universidad de Nantes).

<sup>1</sup> A este criterio de clasificación aludía el Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprobaba el texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regulaba el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar (BOE de 10 de octubre de 1974), cuando en el punto 3 de exposición de motivos afirmaba que: 1) «el campo de aplicación, inspirado en los principios de la Ley de Bases, está definido con el criterio realista de considerar como trabajador del mar, no al que le dedica más o menos horas o jornadas de trabajo en el curso del año, sino al que liga su vida a *las tareas marítimo-pesqueras dentro de los más variados grupos y sectores* que el Régimen Especial comprende»; 2) «esta consideración es básica, por cuanto no hará depender la protección social del carácter continuo o discontinuo del trabajo mismo, sino del hecho verdadero *de trabajo en el mar o para el mar* y de vivir de la compensación-económica que esta circunstancia le proporcione»; y 3) «el colectivo protegido por el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar queda constituido por quienes del mar,  
(...)

presencia en este concreto sector de la economía ha dificultado, desde siempre, la aplicación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a las personas que trabajan en el mar embarcadas<sup>3</sup>, incluso propiciando la promulgación de normas específicas para superar tales dificultades, habida cuenta del «carácter especial de la actividad marítimo-pesquera»<sup>4</sup>. Y ello, por causa de que el buque es un centro de trabajo realmente singular: centro de trabajo (lugar donde se ejecutan las obligaciones del contrato de trabajo) y hogar o residencia temporal (lugar en el que se vive y convive durante el tiempo de ejecución del contrato de trabajo)<sup>5</sup>.

2. En efecto, las actividades laborales y vitales tienen que acomodarse a todas las condiciones de la embarcación y del medio por el cual navega la propia embarcación, de modo que las personas que trabajan aquí se encuentran expuestas a riesgos específicos que no se dan de igual forma en otros sectores económicos<sup>6</sup>. Riesgos consustanciales al

---

directa o indirectamente, obtienen el medio fundamental de subsistencia y, además, por dos grupos bien definidos de trabajadores: Los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia o autónomos». Sobre el tema, véase CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *La seguridad social de los trabajadores del mar*, Civitas (Madrid, 1999), páginas 188-200.

<sup>2</sup> Sobre tales singularidades reparaba el punto 1 de la exposición de motivos del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, según el cual «las circunstancias especiales que concurren en el trabajo marítimo y pesquero, que se realiza en las condiciones más duras y en constantes situaciones de peligro, donde por razón de la actividad, tanto el marino mercante como el propio pescador, se ven obligados a permanecer fuera de su hogar y aun de su Patria durante largas temporadas y, por otra parte, la dispersión de la población pescadora en pequeños núcleos situados a lo largo del litoral español, así como la existencia de explotaciones carentes de una organización empresarial adecuada y el carácter intermitente del trabajo, que en muchos sectores está vinculado a determinadas costeras y a temporadas de abundancias y de escasez de capturas, justifica el Régimen Especial». La actual Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero (BOE de 22 de octubre de 2015), también repara sobre ellas en su preámbulo, indicando que «el trabajo marítimo y pesquero está caracterizado por una serie de notas diferenciadoras que se apartan, sustancialmente, de aquellas que definen y propician la aplicación de mecanismos protectores a otros colectivos profesionales: el espacio físico en que se lleva a cabo la actividad, la dureza de las condiciones de vida a bordo, el prolongado aislamiento de las tripulaciones, el alejamiento del hogar familiar, las elevadas tasas de morbilidad y siniestralidad, etc., así como el carácter estacional del trabajo y la existencia de una retribución a la parte» (véase su párrafo primero); y también señalando que «las circunstancias señaladas del trabajo en el mar, junto a otras como pueden ser la extraterritorialidad del trabajo marítimo, la dispersión del colectivo, la estacionalidad de las campañas, el carácter hostil e imprevisible del medio donde se desarrolla la actividad, etc., conforman, además, un marco laboral en el que, junto a las prestaciones de Seguridad Social, se hace precisa la definición y puesta en marcha de programas específicos para el sector marítimo-pesquero, en el marco de un modelo de protección diferenciado por su carácter específico e integral» (véase su párrafo quinto).

<sup>3</sup> Véase VICENTE PALACIO, M.A., «Breve panorámica histórica del régimen especial de seguridad social de los trabajadores del mar» (páginas 7-12) y «Acción protectora en el régimen especial de la seguridad social de los trabajadores del mar» (páginas 97-100), *Tribuna Social*, número 49 (1995). También de la misma autora, *El régimen especial de seguridad social de los trabajadores del mar*, Thomson-Aranzadi (Cizur Menor, 2004), páginas 1-466.

<sup>4</sup> Véase el párrafo segundo del preámbulo de la Ley 47/2015, de 21 de octubre.

<sup>5</sup> Sobre el buque como centro de trabajo, téngase en cuenta lo que dice el 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 (BOE de 24 de octubre de 2015), aunque solamente lo mencione en una ocasión, que es la que se contiene en su artículo 1.5, párrafo segundo, según el cual «en la actividad de trabajo en el mar se considerará como centro de trabajo el buque, entendiéndose situado en la provincia donde radique su puerto de base».

<sup>6</sup> Sobre el tema, véase CARRIL VÁZQUEZ, X.M., «La inexcusable necesidad de articular integralmente la prevención de riesgos laborales en buques mercantes desde la realidad específica y (...)

medio natural —realmente hostil— donde se realiza con cierta penosidad esta concreta actividad marítimo-pesquera (el mar), pero también al propio centro de trabajo (el buque), que es un espacio móvil en el que el aislamiento del personal se suma a los peligros propios de la restricción del espacio que provoca el ámbito marítimo<sup>7</sup>. Y esto hace comprensible, además, que la actuación de identificación, control y reducción de riesgos tenga que partir del hecho de que toda prevención de riesgos laborales debe adaptarse aquí a las singularidades de esta concreta industria marítima, en la que los trabajadores del mar embarcados se exponen a riesgos que, a pesar de ser muy diferentes en su procedencia, forman un conjunto inseparable precisamente por su inevitable coexistencia; pero también obliga a tratar la prevención de riesgos laborales a bordo de buques como materia muy relacionada con el extenso ámbito de actuación de la seguridad marítima, para evidenciar que las necesarias mejoras en las condiciones de vida y laborales de los trabajadores del mar embarcados constituyen también un medio esencial para garantizar su bienestar a bordo, al tiempo que repercuten positivamente en la propia seguridad marítima.

## 1.2. LA EXTRATERRITORIALIDAD DEL TRABAJO EN EL MAR A BORDO DEL BUQUE

3. Pero es que, además, el trabajo a bordo de buques se caracteriza por el hecho de constituir una realidad específicamente extraterritorial. El buque es un centro de trabajo, por definición móvil, ideado para desplazarse por el territorio (esto es, las aguas jurisdiccionales) de muy diversos Estados y que puede ser, por ello mismo, punto de convergencia de muy diversas leyes nacionales (laborales y de seguridad social) de esos diversos Estados<sup>8</sup>. Sobre esta concreta realidad del trabajo a bordo de los buques se refiere expresamente, siempre como una de las notas diferenciadoras del trabajo marítimo-pesquero, la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, cuando se menciona la «extraterritorialidad del trabajo marítimo» como una de las «circunstancias» del trabajo en el mar determinantes de sus notas diferenciadoras<sup>9</sup>.

---

extraterritorial del trabajo marítimo y el indispensable bienestar a bordo de la gente de mar», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 31 (2012), páginas 135-144.

<sup>7</sup> Véanse UNGS, T.J., y ADESS, M., «Transporte fluvial y marítimo e industrias marítimas», en el Volumen III (Parte XVII, Capítulo 102) de la *Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo* (versión española de la cuarta edición inglesa, publicada con la autorización de la Organización Internacional del Trabajo y bajo las condiciones del Acuerdo firmado entre la Oficina Internacional del Trabajo y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España en materia de publicaciones), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 1998), página 47.

<sup>8</sup> Sobre el tema, véanse MARTÍNEZ GIRÓN, J. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., «Seguridad Social internacional del mar», *Cuadernos de Derecho Judicial*, volumen XXII (1997), página 354; FOTINOPOULOU BASURKO, O., «La determinación del ordenamiento jurídico aplicable al contrato de trabajo de la gente de mar», en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Coordinadora), *Cuestiones actuales de Derecho Laboral Marítimo*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco (Vitoria-Gasteiz, 2006), páginas 115 y siguientes; y también de la misma autora, *El contrato de trabajo de la gente de mar (Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos)*, Editorial Comares (Granada, 2008).

<sup>9</sup> Véase el párrafo quinto de su preámbulo. Analizando el impacto de esta norma, véanse ALZAGA RUÍZ, I., «El campo de aplicación del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar tras la reforma llevada a cabo por la Ley 47/2015, de 21 de octubre», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número 124 (2016), páginas 87 y siguientes; y FOTINOPOULOU BASURKO, O., «Una exclusión relevante del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (...)

### 1.3. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE SEGURIDAD SOCIAL INTERNACIONAL QUE PUEDEN DARSE POR EL SER EL BUQUE UN PUNTO DE CONVERGENCIA DE NORMAS DE DIFERENTES ESTADOS

4. El hecho de que el buque sea punto de convergencia de muy diversas leyes nacionales puede provocar problemas jurídicos de seguridad social de carácter internacional, que se reconducen esencialmente a la siguiente pregunta: ¿qué ley nacional se aplica? Estos problemas de seguridad social internacional, en que eventualmente pueden verse involucradas las personas que trabajan a bordo de buques, se han venido resolviendo desde siempre por aplicación de la llamada «ley del pabellón» («ley de bandera o abanderamiento») del buque<sup>10</sup>, que está construida sobre la ficción de que el buque es parte integrante del Estado bajo cuya bandera navegue y que conduce, en principio, a la aplicación de la legislación de seguridad social de la nacionalidad del buque en que se encuentren embarcadas y trabajando tales personas<sup>11</sup>. Además, la «ley del pabellón» («ley de bandera o abanderamiento») del buque impacta de lleno en la consideración legal del trabajador del mar como emigrante, dado que forman parte de esta situación desde el punto de vista del sistema español de seguridad social quienes, por ejemplo, son marineros españoles que trabajan en buques de nacionalidad extranjera, y por el contrario, no están en esta situación los marineros españoles que trabajan en buques matriculados en el Estado español (con independencia de que siempre se está en constante relación con lo foráneo por causa del carácter extraterritorial de la actividad)<sup>12</sup>.

5. La territorialidad de la protección de seguridad social a bordo de buques, siempre en relación con la persona que trabaja en el mar como emigrante —esto es, la que presta servicios en buques nacionalizados en otros Estados distintos del suyo propio—, tiene el riesgo de que se podría prescindir inicialmente de su actividad laboral realizada en dichos buques extranjeros, y también de sus consecuencias ligadas, por causa de no haber tenido lugar en territorio español. Aquí la pregunta que hay que responder es la siguiente: ¿se puede tener en cuenta ese tiempo trabajado fuera para lucrar en el Estado

---

Social: el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar (1)», *Trabajo y derecho: una nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número extra 4 (2016), páginas 1 y siguientes.

<sup>10</sup> Sobre el tema, véase CARRIL VÁZQUEZ, X.M., «Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 108 (2001), páginas 910-912. Y con argumentos críticos al empleo de la ley del pabellón en materia de seguridad social, véase FOTINOPOULOU BASURKO, O., «¿Es necesario reformular el art. 7 de la LGSS ante la decadencia del criterio de la ley del pabellón como criterio de conexión de los sistemas de Seguridad Social de la gente del mar?», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, número 5 (2015), páginas 63-73; y también de la misma autora, «Algunas reflexiones en relación con la seguridad social internacional de los trabajadores del mar a bordo de plataformas marítimas offshore y de embarcaciones de recreo», *Libro homenaje al Prof. J.I. GARCÍA NINET* (en prensa), páginas 13 y siguientes.

<sup>11</sup> Esta ficción de que el buque es parte integrante del Estado viene confirmada expresamente en el artículo 2 («extensión del campo de aplicación») de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, cuando dispone que «quedarán encuadradas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar las personas trabajadoras o asimiladas que, cumpliendo los requisitos para estar comprendidas en el sistema de la Seguridad Social recogidos en el artículo 7 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, *ejercen su actividad en territorio nacional*, con las salvedades contempladas en el artículo 6 de la presente ley, y se encuentren incluidas en alguno de los supuestos contemplados en este capítulo».

<sup>12</sup> Véase CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *La seguridad social de los trabajadores del mar*, cit., páginas 200-2003.

español prestaciones de seguridad social? Se trata de un riesgo bien conocido (por ejemplo, al volver al Estado español, incluso para continuar su vida laboral a bordo de un buque español, al emigrante no le computarían esa vida laboral suya, con la consecuencia de que tener que cobrar prestaciones más bajas o no poder cobrarlas al requerirse para ello períodos previos y amplios de cotización), al que desde siempre se le ha querido plantar cara apelando a fuentes jurídicas internacionales de seguridad social, que son —siempre en nuestro caso— los convenios bilaterales y multilaterales de seguridad social y los reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros<sup>13</sup>.

6. Como ahora se tendrá oportunidad de comprobar, se trata de instrumentos normativos internacionales que contienen reglas para la determinación de la «ley del pabellón» («ley de bandera o abanderamiento») aplicable y excepciones que trastocan su principio de territorialidad, pero también reglas para la recepción de los trabajos previamente prestados en buques abanderados en otros Estados a los efectos de lucrar las prestaciones de seguridad social que correspondan. Sobre ello incide el artículo 6 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, que tiene un título muy ilustrativo al respecto, que no es otro que «excepción al principio de territorialidad»<sup>14</sup>. Siempre según este artículo, resulta que: 1) «estarán incluidas en el campo de aplicación de este Régimen Especial aquellas personas trabajadoras residentes en territorio español que, aunque ejerzan una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado Miembro de la Unión Europea o pabellón de un Estado con el que España haya firmado un convenio bilateral o multilateral de seguridad social en el que se recoja la excepción al principio de territorialidad, sean remuneradas por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en España»<sup>15</sup>; y 2) «también estarán comprendidas en este Régimen Especial las personas trabajadoras residentes en territorio español que trabajen en sociedades mixtas y empresas radicadas inscritas en el registro oficial, sin perjuicio de lo que pueda resultar de los tratados internacionales bilaterales o multilaterales suscritos por España»<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Sobre el tema, véanse MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª edición, Atelier (Barcelona, 2017), páginas 361-378 (precisamente relativas a la seguridad social internacional). Con especial atención y rigor al caso concreto de los convenios multilaterales, véase SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 26 (2011), páginas 201-222.

<sup>14</sup> Sobre el tema, con especial referencia al impacto de las normas que se estudian sobre los trabajadores del mar, véase RIBES MORENO, M.I., «La Problemática Derivada de la Aplicación del Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social 883/2004, y del Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social al personal que presta servicios a bordo de buques», en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. y GARRIDO PÉREZ, E. (Directoras) CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., RAMÍREZ BENDALA, M.D., SIERRA BENÍTEZ, E.M. y CERVILLA GARZÓN, M.J. (Coordinadoras), *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum (Murcia, 2015), páginas 151-165. Igualmente y en el mismo sentido, véanse RIBES MORENO, M. I., «La actividad del personal que presta servicios a bordo de buques y sus problemas frente al encuadramiento en un Régimen de Seguridad Social», *E-Revista internacional de la protección social* número 1 (2016); y BERNAL SANTAMARÍA, F., «Hacia la búsqueda de un criterio para determinar la ley aplicable en el trabajo marítimo: la responsabilidad del armador ante el Reglamento 883/2004», *E-Revista internacional de la protección social* número 1 (2016).

<sup>15</sup> Véase su apartado 1.

<sup>16</sup> Véase su apartado 2.

## 2. LA PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL DEL TRABAJO EN EL MAR EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL, CUANDO SE ESTÁ EMBARCADO EN BUQUES DE PAISES QUE NO FORMAN PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA

### 2.1. DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL (ESPAÑOLA O EXTRACOMUNITARIA) APLICABLE DE ACUERDO CON LA LEY DEL PABELLÓN Y SUS EXCEPCIONES

7. Por regla, la ley del pabellón implica aplicar sin más la legislación de seguridad social del Estado en que esté matriculado el buque, de modo que quien sea trabajador del mar a bordo forma parte del sistema de seguridad social del Estado en cuestión. Así, por ejemplo, todo trabajador del mar que trabaje en un buque de nacionalidad española queda comprendido en el campo de aplicación de la seguridad social española, concretamente en el régimen especial de seguridad social de los trabajadores del mar, que está regulado en la Ley 47/2015, de 21 de octubre. Ahora bien, se trata de una regla general que cuenta con sus excepciones, porque pueden existir convenios internacionales que contemplen excepciones a la aplicación de la citada ley del pabellón, de modo que no se aplicaría la legislación de seguridad social del Estado en que esté matriculado el buque.

8. En el caso de España, la Ley 47/2015, de 21 de octubre, alude expresamente a ello en su ya mencionado artículo 6 (sobre «excepción al principio de territorialidad»), cuando establece que se «haya firmado un convenio bilateral o multilateral de seguridad en que se recoja la excepción al principio de territorialidad, sean remuneradas por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en España». Al día de hoy, tal es el caso de los convenios bilaterales de seguridad social suscritos por nuestro Estado con Argentina<sup>17</sup>, Brasil<sup>18</sup>, Cabo Verde<sup>19</sup>, Chile<sup>20</sup>, Colombia<sup>21</sup>, Corea<sup>22</sup>, Ecuador<sup>23</sup>, Filipinas<sup>24</sup>, Japón<sup>25</sup>, Marruecos<sup>26</sup>, México<sup>27</sup>, Paraguay<sup>28</sup>, Perú<sup>29</sup>, República Dominicana<sup>30</sup>, Túnez<sup>31</sup>, Ucrania<sup>32</sup> y Uruguay<sup>33</sup>. En todos ellos —con unas u otras palabras— se afirma que, cuando el trabajador del mar sea remunerado por esa actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o domicilio en el territorio del Estado del que es residente, debe aplicarse la legislación de este último Estado.

<sup>17</sup> BOE de 10 de diciembre de 2004 y BOE de 10 de octubre de 2007.

<sup>18</sup> BOE de 15 de enero de 1996.

<sup>19</sup> BOE de 24 de octubre de 2013.

<sup>20</sup> BOE de 25 de marzo de 1998.

<sup>21</sup> BOE de 3 de marzo de 2008.

<sup>22</sup> BOE de 8 de mayo de 2013.

<sup>23</sup> BOE de 7 de febrero de 2011.

<sup>24</sup> BOE de 3 de julio de 2012.

<sup>25</sup> BOE de 30 de septiembre de 2009.

<sup>26</sup> BOE de 13 de octubre de 1982.

<sup>27</sup> BOE de 17 de marzo de 1995.

<sup>28</sup> BOE de 2 de febrero de 2006.

<sup>29</sup> BOE de 5 de febrero de 2005.

<sup>30</sup> BOE de 12 de junio de 2006.

<sup>31</sup> BOE de 26 de diciembre de 2001.

<sup>32</sup> BOE de 4 de abril de 1998.

<sup>33</sup> BOE de 24 de febrero de 2000.

9. Cuando no existen tales excepciones y se aplica con todo su rigor la ley del pabellón, hay que estar a lo que exista en materia de protección de seguridad social en el Estado en el que esté abanderado el buque. Esto plantea problemas muy graves en el caso de aquellos Estados que ofertan banderas de conveniencia, en la medida en que suelen carecer de sistemas de seguridad social equiparables al nuestro y suponen, por ello, una situación de desprotección clara de estas personas que son trabajadoras del mar. Una de las soluciones que se ofrecen por el sistema español de seguridad social para remediar esta situación es eminentemente pública y consiste en la suscripción de un convenio especial de seguridad social por parte de tales personas con la Administración de seguridad social y con cargo a su propio peculio<sup>34</sup>, aunque con ciertas limitaciones en la protección<sup>35</sup>. Y otra de las soluciones a las que se ha recurrido es eminentemente privada y ha consistido desde siempre en la práctica mercantil de suscribir pólizas de seguro privado para cubrir riesgos muy concretos<sup>36</sup>, que ha acabado legalizándose con la aprobación en España de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima<sup>37</sup>, cuyo artículo 164.2 impone su carácter obligatorio —dejando de ser así algo voluntario— al establecer que «los agentes o representantes de armadores extranjeros que contraten en España a marinos nacionales o residentes para prestar servicios en buques extranjeros serán responsables solidarios con tal armador del cumplimiento del contrato celebrado» y «estarán obligados a concertar un seguro mercantil que otorgue indemnizaciones de cuantía similar a las establecidas en el régimen de la Seguridad Social española para los casos de muerte, incapacidad por accidente y repatriación», correspondiendo la vigilancia de su cumplimiento a «las autoridades de emigración», que «no visarán los contratos celebrados que no cumplan con este requisito».

<sup>34</sup> Regulado en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la seguridad social (BOE de 18 de octubre), en el caso de que el trabajador del mar emigrante tenga cubierto, en la fecha de solicitud del convenio especial, un período de mil ochenta días de cotización al sistema de la seguridad social en los doce años inmediatamente anteriores a la baja en el régimen de la seguridad social de que se trate. Y regulado también en el Real Decreto 996/1986, de 25 de abril, por el que se regula la suscripción de Convenio Especial de los emigrantes e hijos de emigrantes (BOE de 26 de mayo), con independencia de que con anterioridad el trabajador del mar emigrante haya estado o no afiliado a la seguridad social española, e independientemente del país en el que trabaje y de que dicho país tenga o no suscrito con España acuerdo o convenio en materia de seguridad social. Acerca del convenio especial de «inclusión» de emigrantes, en cuanto que ligado a la lógica de dicha territorialidad, véase ARUFE VARELA, A., *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Comares (Granada, 2003), páginas 124 y siguientes.

<sup>35</sup> Sobre el tema, véase VICENTE PALACIO, A., «Sobre la inclusión de las contingencias profesionales en el ámbito de la acción protectora del convenio especial de emigrantes», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* número 33(2013), páginas 16-27.

<sup>36</sup> Véase CARRIL VÁZQUEZ, X.M., «Qué papel tienen los seguros privados, incluidos los concertados a través de intermediarios, en la protección social de los trabajadores del mar», en QUINTÁNS EIRAS, M.R (Directora), *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, Thomson Reuters-Aranzadi y Ministerio de Economía y Competitividad (Pamplona, 2013), págs. 499-517.

<sup>37</sup> BOE de 24 de julio de 2014.

## 2.2. RECEPCIÓN DE TRABAJOS PREVIAMENTE REALIZADOS EN OTROS BUQUES NO CUBIERTOS POR LA LEGISLACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL (ESPAÑOLA O EXTRACOMUNITARIA) DE APLICACIÓN POR LA LEY DEL PABELLÓN

10. Una vez determinada la legislación social de seguridad social aplicable por causa de la ley del pabellón y sus excepciones, no debe hacerse abstracción de que el trabajador del mar embarcado puede pretender lucrar concretas prestaciones de seguridad social, las cuales solamente se podrán causar si se cumplen las condiciones exigidas por aquella legislación de seguridad social, que puede subordinar la viabilidad de su derecho a que dicho trabajador cumpla una serie de requisitos ligados al trabajo previamente prestado en buques abanderados en otros países. La recepción de tales trabajos previos es importante, por ejemplo, en lo que se refiere a la totalización de las cotizaciones efectuadas por estos trabajadores del mar para reunir los períodos previos de cotización requeridos y también en lo que se refiere a la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación, si es que se contempla el derecho de jubilarse antes de tiempo cobrando el total de la pensión sin recortes penalizadores (que es lo que sucede en el caso del Estado español en relación con categorías específicas de trabajadores del mar). De nuevo, ello es posible si existen fuentes jurídicas internacionales de seguridad social que lo permitan.

11. En efecto, es posible legalmente cuando estos trabajos previos se han realizado en el territorio (o buques con bandera) de Estados distintos de los que integran la Unión Europea y con los que existe el correspondiente convenio bilateral de seguridad social. Se regula expresamente la totalización de los períodos de seguro o de trabajo cumplidos bajo la legislación de la otra parte contratante para lucrar prestaciones muy concretas en el caso de los convenios internacionales de seguridad social suscritos por el Estado español con Argentina, Brasil, Cabo Verde, Chile, Colombia, Corea, Ecuador, Filipinas, Japón, Marruecos, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Túnez, Ucrania y Uruguay, en los cuales se afirma —con unas u otras palabras— que la institución competente de cada Parte determinará los derechos a pensión, totalizando con los propios los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de la otra Parte (o también, que si la legislación de una Parte subordina la adquisición, conservación o recuperación del derecho a ciertas prestaciones al cumplimiento de determinados períodos de seguro, entonces la institución competente tendrá en cuenta a tal efecto, cuando sea necesario, los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación de la otra Parte, como si se tratara de períodos cumplidos con arreglo a la legislación de la primera Parte). Supuesto que este trabajador del mar emigrante retornado tenga cubierto el período de mínimo de cotización exigible en España, el cálculo de la base reguladora de la pensión se determina acudiendo de nuevo a lo que se dice para tales efectos en los citados convenios bilaterales de seguridad social, que establecen como regla —en los casos de los firmados con Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Corea, Ecuador, Japón, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Túnez, Ucrania y Uruguay— que la determinación de la base reguladora para el cálculo de las prestaciones se realiza teniendo en cuenta las bases de cotización reales acreditadas por el asegurado en España durante los años que precedan inmediatamente al pago de la última cotización a la seguridad social española.

12. Igualmente, pueden reconocerse esos períodos previos de trabajo realizado en buques de otros Estados a los efectos, por ejemplo, de reducir la edad mínima para causar pensión de jubilación, sin merma de su cuantía económica. Es lo que sucede en

el sistema español de seguridad social, a través del régimen especial de seguridad social de los trabajadores del mar, por causa de lo establecido en la actualidad por la Ley 47/2015, de 21 de octubre, cuando afirma en su artículo 30 (sobre «jubilación») que la edad para acceder a la prestación económica por jubilación será la establecida en el régimen general, aunque podrá ser rebajada mediante la aplicación de coeficientes reductores en aquellas actividades profesionales del mar de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre en las que se acusen elevados índices de morbilidad o siniestralidad, así como en aquellas otras cuya realización implique una continua separación del hogar y alejamiento familiar. Tales coeficientes reductores son los establecidos en el Real Decreto 1311/2007, de 5 de octubre<sup>38</sup>, cuyo artículo 5 trata el tema de los «trabajos a bordo de embarcaciones extranjeras», indicando que el tiempo servido por marinos españoles a bordo de embarcaciones extranjeras abanderadas será tenido en cuenta a los efectos de reducción de la edad de jubilación cuando existan con esos países instrumentos internacionales de seguridad social y cuando, en caso de no existir tal instrumento, se tenga suscrito durante dicho período un convenio especial de seguridad social con el Instituto Social de la Marina<sup>39</sup>.

### 3. LA PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL DEL TRABAJO EN EL MAR EN LOS REGLAMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL, CUANDO SE ESTÁ EMBARCADO EN BUQUES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

13. Ya en el concreto ámbito de la Unión Europea, hay que indicar que las cuestiones relacionadas con la seguridad social del trabajo marítimo-pesquero también están presentes en la normativa aprobada específicamente sobre coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros. Como se sabe, esta normativa se contiene en la actualidad en dos normas muy concretas, que son el Reglamento (CE) número 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social<sup>40</sup> y el Reglamento (CE) número 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) número 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social<sup>41</sup>. La regulación actual es el resultado de cierta evolución legislativa, cuyo inicio partía expresamente de la exclusión del trabajo marítimo-pesquero, que quedaba fuera del ámbito de aplicación de las reglas de coordinación<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> BOE de 24 de octubre.

<sup>39</sup> El cálculo del importe económico de la pensión de jubilación que corresponda no ha estado exento de cierta polémica en aquellos casos en los que se ha procedido a su determinación habiendo coeficientes reductores de la edad de jubilación, sobre los que ha tenido oportunidad de pronunciarse reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, resultando ilustrativa de ello una Sentencia suya de 30 de enero de 1997 (repertorio *Aranzadi Westlaw* RJ 1465 de 1997), sobre cálculo de la base reguladora de pensión de jubilación y determinación del porcentaje *pro rata temporis* aplicable por la seguridad social española de trabajador del mar emigrante.

<sup>40</sup> Publicado en el Diario Oficial L número 166 de 30 de abril de 2004.

<sup>41</sup> Publicado en el Diario Oficial L número 284 de 30 de octubre de 2009.

<sup>42</sup> Sobre el ámbito (personal y material) de estas normas actuales de coordinación de la seguridad social en el ámbito concreto de la Unión Europea, véase SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de Coordinación de Regímenes de Seguridad Social», en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dirección), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Laborum (Sevilla, 2010), páginas 23-38.

14. Y es que era lo que sucedía en el caso concreto del Reglamento número 3 de 25 de septiembre de 1958, sobre la seguridad social de los trabajadores migrantes<sup>43</sup>, al disponer que la aplicación de sus disposiciones a los trabajadores del mar sería determinada por un Reglamento posterior<sup>44</sup>. Para ello, fue necesario esperar a la aprobación del Reglamento número 47 de 7 de marzo de 1967<sup>45</sup>, que modificaba y completaba ciertas disposiciones del citado Reglamento número 3 con la finalidad de incorporar a los trabajadores del mar en su ámbito de aplicación<sup>46</sup>, estableciendo además reglas específicas sobre determinación de la legislación aplicable<sup>47</sup>. Estas reglas específicas fueron luego incorporadas al Reglamento número 1408 de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad<sup>48</sup>, que fue luego derogado y sustituido por el citado Reglamento (CE) número 883/2004, que lógicamente sigue incluyendo en su ámbito de aplicación a las personas que realizan trabajos marítimo-pesqueros<sup>49</sup>.

### 3.1. DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL (ESPAÑOLA O COMUNITARIA) APLICABLE DE ACUERDO CON LA LEY DEL PABELLÓN Y SUS EXCEPCIONES

15. La regulación actual sobre determinación de la legislación aplicable y sus excepciones en caso del trabajo marítimo-pesquero es el resultado de un esfuerzo de simplificación de lo indicado en su día para tales efectos por el Reglamento número 1408 de 14 de junio de 1971<sup>50</sup> en su artículo 13.2. c) (regla general y clásica sobre

<sup>43</sup> Publicado en el *Journal Officiel des Communautés Européennes* número 30 de 16 de diciembre de 1958.

<sup>44</sup> Véase su artículo 4, apartado 6.

<sup>45</sup> Formalmente titulado *modifiant et complétant certaines dispositions des règlements nos 3 et 4 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants (gens de mer)* y publicado en el *Journal Officiel des Communautés Européennes* número 67 de 10 de marzo de 1967.

<sup>46</sup> Su artículo 1.1 suprimía el artículo 4, apartado 6, del Reglamento número 3.

<sup>47</sup> Véase su artículo 2, que introducía cambios en el Título II del Reglamento número 3, concretamente en sus artículos 12 y 13.

<sup>48</sup> Publicado en su versión inicial en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 149 de 5 de julio de 1971.

<sup>49</sup> Además de las referencias expresas a «buques», «marinos» y «armador», lo evidencia con claridad su artículo 3, sobre «campo de aplicación material», cuando en su apartado 2 se dispone literalmente que «salvo disposición en contrario del anexo XI [disposiciones especiales para la aplicación de la legislación de los estados miembros, relativas a los artículos 51.3, artículo 56.1 y artículo 83], el presente Reglamento se aplicará a los regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador». Y también el propio apartado 4 de dicho artículo 3, aunque sea para señalar que «las disposiciones del título III [sobre disposiciones particulares para las distintas categorías de prestaciones] no afectarán a las disposiciones de la legislación de los Estados miembros relativas a las obligaciones del armador». Sobre el tema, véase VICENTE PALACIO, A., «El Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y las obligaciones de los armadores en el ámbito de la Seguridad Social», en SÁNCHEZ- RODAS NAVARRO, C. (Directora), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social*, Laborum (Murcia, 2010).

<sup>50</sup> Se cita conforme a la versión consolidada actualizada por el Reglamento (CE) número 118/97 del Consejo de 2 de diciembre de 1996 por el que se modifica y actualiza el Reglamento (CEE) n° 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) número 574/72 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) número 1408/71 (Diario Oficial L 28 de 30 de enero de 1997).

aplicación de la ley del pabellón)<sup>51</sup> y en su artículo 14 ter (reglas particulares aplicables a los trabajadores del mar por las que se establecen excepciones a la citada ley del pabellón)<sup>52</sup>. De acuerdo con la regulación actual<sup>53</sup>, la regla general es que los trabajadores del mar embarcados en buques de Estados miembros de la Unión Europea estarán protegidos por el sistema de seguridad social del Estado en que esté matriculado su buque (esto es, aplicación de la ley del pabellón), porque así lo dispone el artículo 11.4, inciso primero, del Reglamento (CE) número 883/2004, afirmando que «una actividad por cuenta ajena o propia ejercida normalmente a bordo de un buque en el mar que enarbole pabellón de un Estado miembro se considerará una actividad ejercida en dicho Estado miembro».

16. Pero, al igual que en el caso de los convenios bilaterales de seguridad social ya vistos, resulta que esta ley del pabellón también tiene sus excepciones en la citada norma de la Unión Europea, que permiten aplicar la legislación de seguridad social de otro Estado miembro. Y es, concretamente, en el caso de los trabajadores del mar por cuenta ajena, porque el artículo 11.4, inciso segundo, del Reglamento (CE) número 883/2004, dispone que, cuando «la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro... sea remunerada por esta actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en otro Estado miembro, estará sujeta a la legislación de este último Estado miembro si reside en dicho Estado». La aplicación de esta excepción supone, por consiguiente, que «la empresa o persona que abone la remuneración será considerada como empresario a efectos de dicha legislación», que es lo que dice el artículo 11.4, inciso tercero, del Reglamento (CE) número 883/2004.

17. Como puede apreciarse, se habla de expresamente de buque que enarbole pabellón de un Estado miembro tanto en el caso de la regla general como en el caso de

<sup>51</sup> Según el cual, «el trabajador que ejerza una actividad a bordo de un buque que arbole el pabellón de un Estado miembro estará sometido a la legislación de ese Estado»

<sup>52</sup> Según el cual: 1) la «persona que ejerza una actividad por cuenta ajena al servicio de una empresa de la que dependa normalmente, bien sea en el territorio de un Estado miembro o bien a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro, y que está destacada por esta empresa para realizar un trabajo por su cuenta a bordo de un buque que enarbole pabellón de otro Estado miembro seguirá sometida a la legislación del primer Estado miembro en las condiciones previstas en el apartado 1 del artículo 14»; 2) la «persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia, bien sea en el territorio de un Estado miembro o bien a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro, y que efectúe por su propia cuenta un trabajo a bordo de un buque que enarbole pabellón de otro Estado miembro, seguirá sometida a la legislación del primer Estado miembro en las condiciones previstas en el apartado 1 del artículo 14 bis»; 3) la «persona que, no ejerciendo habitualmente su actividad profesional en el mar, realiza un trabajo en las aguas territoriales o en un puerto de un Estado miembro, en un buque que enarbole pabellón de otro Estado miembro que se encuentre en esas aguas territoriales o en ese puerto, sin pertenecer a la tripulación de dicho buque, estará sometida a la legislación del primer Estado miembro»; y 4) la «persona que ejerza una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro y que sea remunerada por esta actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro, estará sometida a la legislación de este último Estado, si reside en su territorio; la empresa o la persona que pague la retribución será considerada como empresario para la aplicación de dicha legislación».

<sup>53</sup> Sobre el tema, véase FOTINOPOULOU BASURKO, O., «Algunas reflexiones en relación con la seguridad social internacional de los trabajadores del mar a bordo de plataformas marítimas offshore y de embarcaciones de recreo», *Libro homenaje al Prof. J.I. GARCÍA NINET* (en prensa), páginas 18 y siguientes.

sus excepciones<sup>54</sup>. Aunque se hable de buques europeos, conviene indicar que lo cierto es que también se ha aplicado el Reglamento a buques que no estaban matriculados en Estados miembros de la Unión Europea. Y ello, de acuerdo siempre con lo que ha declarado al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que confirma que sí es posible dicha aplicación cuando existe una vinculación estrecha entre la relación laboral y el territorio de la Unión Europea, al entender que la mera circunstancia de que las actividades de un trabajador se ejerzan fuera del territorio de la Unión no basta para excluir la aplicación de las normas de la Unión sobre libre circulación de trabajadores cuando la relación laboral conserva una vinculación suficientemente estrecha con dicho territorio<sup>55</sup>.

18. Lo confirma expresamente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo de 2015, dictada en el asunto C-266/13 (*L. Kik contra Staatssecretaris van Financiën*)<sup>56</sup>. Su fallo responde a ciertas cuestiones prejudiciales relacionadas con la determinación del sistema de seguridad social a que debía estar afiliado y pagar en consecuencia las correspondientes cotizaciones el Sr. *Kik*<sup>57</sup>, un nacional neerlandés y residente en los Países Bajos que había trabajado en un buque colocador de tuberías con pabellón panameño<sup>58</sup> y cuya empresa tenía a Suiza como

<sup>54</sup> Algo que no ha estado exento de polémicas en el caso de plataformas de extracción (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de enero de 2012, dictada en el asunto C-347/10, con cita expresa de otras anteriores dictadas para situaciones similares) y en el caso de dragas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de junio de 2012, dictada en el asunto C-106/11). Sobre el caso de la primera Sentencia, véanse CHAUMETTE, P., «Du travail sur les plates formes gazières et pétrolières du Plateau continental», *Droit Social*, número 4 (2012), páginas 436-438; GONZÁLEZ VEGA, J., «¿A vueltas con la “obsesión por el territorio”?»: el TJ, la plataforma continental y la aplicación espacial del Derecho de la UE (Comentario a la Sentencia TJUE de 17 de enero de 2012. A *Salemink c. Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*. Asunto C-347/10)», *Revista General de Derecho Europeo* número 30 (2013); y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Una cuestión de derechos humanos: la protección de seguridad social de nuestros trabajadores del mar emigrantes en Noruega*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2015), páginas 108-111. Y sobre el caso de la segunda Sentencia, véanse CHAUMETTE, P., «Affiliation sociale d’un marin en droit européen», *Cour de Justice de L’Union Européenne (8ch-7 Juin 2012)*, *Droit Maritime Français*, número 739 (2012), páginas 700-710; y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Una cuestión de derechos humanos: la protección de seguridad social de nuestros trabajadores del mar emigrantes en Noruega*, cit., páginas 111-115.

<sup>55</sup> Entre otras, véanse sus Sentencias de 12 de diciembre de 1974, dictada en el asunto 36/1974 (*B.N.O. Walrave y L.J.N. Koch contra Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie y Federación Española Ciclismo*); de 12 de julio de 1984, dictada en el asunto 237/1983 (*Sarl Prodest contra Caisse primaire d’assurance maladie de Paris*); y de 29 de junio de 1994, dictada en el asunto C-60/1993 (*R. L. Aldewereld contra Staatssecretaris van Financiën*).

<sup>56</sup> Sobre esta Sentencia, véanse CHAUMETTE, P., «De l’affiliation sociale des gens de mer en droit européen: extension vers les marins ressortissants européens, expatriés sous pavillon tiers ?» en <http://humansea.hypotheses.org/193>, y también, FOTINOPOULOU BASURKO, O., «¿Es necesario reformular el art. 7 de la LGSS ante la decadencia del criterio de la ley del pabellón como criterio de conexión de los sistemas de Seguridad Social de la gente de mar?», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, número 5 (2015), páginas 63-73.

<sup>57</sup> Según el apartado 21 de esta Sentencia, «la cuestión central del asunto principal es si, habida cuenta del Reglamento nº 1408/71, el Sr. *Kik* está obligado al pago de cotizaciones al régimen neerlandés de seguridad social respecto del período comprendido entre el 1 de junio y el 24 de agosto de 2004. Durante el mismo, el buque en el que trabajaba se encontró, sucesivamente, a la altura de la plataforma continental adyacente a un Estado tercero, en aguas internacionales y a la altura de la plataforma continental adyacente a determinados Estados miembros (los Países Bajos y el Reino Unido)».

<sup>58</sup> Según el apartado 20 de esta Sentencia, «durante 2004, el Sr. *Kik*, nacional neerlandés y residente en los Países Bajos, trabajó en un buque colocador de tuberías que enarbolaba pabellón panameño.  
(...)

lugar de establecimiento<sup>59</sup>, precisamente porque el Sr. *Kik* entendía que no debía estar «comprendido en el ámbito de aplicación del régimen neerlandés de seguridad social»<sup>60</sup>. A pesar de que el buque enarbola pabellón de Panamá, aquí también se resuelve por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que sí es posible la aplicación de la normativa comunitaria por las dos siguientes razones.

19. Al indicar, en primer lugar, que «el hecho de que el trabajo efectuado a bordo de un buque colocador de tuberías no pueda asimilarse al trabajo efectuado en territorio de un Estado miembro ni siquiera cuando dicho buque se encuentre a la altura de la plataforma continental adyacente a dicho Estado miembro no comporta, por sí mismo, que el Reglamento n° 1408/71 no sea aplicable: la mera circunstancia de que las actividades de un trabajador se ejerzan fuera del territorio de la Unión no basta para excluir la aplicación de las normas de la Unión sobre libre circulación de trabajadores cuando la relación laboral conserva una vinculación suficientemente estrecha con dicho territorio»<sup>61</sup>. Esta es la situación en la que se encontraba el Sr. *Kik*, porque su trabajo efectuado... durante el período controvertido en el asunto principal se caracteriza por varios factores que constituyen un vínculo con el territorio del Reino de los Países Bajos y con el de la Confederación Suiza (Estado, éste último, que debe asimilarse a los Estados miembros a efectos de la aplicación del Reglamento n° 1408/71)»<sup>62</sup>. Y es que, siempre en relación con esos vínculos estrechos, «el Sr. *Kik* residía en los Países Bajos y... el lugar de establecimiento de su empresa se situaba en Suiza»<sup>63</sup>.

---

Hasta el 31 de mayo de ese año, trabajó para una sociedad establecida en los Países Bajos y estuvo sujeto al régimen general de la seguridad social de dicho Estado miembro. A partir del 1 de junio siguiente, ejerció la misma actividad para una sociedad establecida en Suiza. Su sueldo siguió estando sujeto al impuesto neerlandés sobre la renta. De acuerdo con la legislación neerlandesa, la afiliación al régimen general de la seguridad social de los Países Bajos finaliza si la persona trabaja durante un período de cuando menos tres meses consecutivos fuera de los Países Bajos y para un empresario que esté establecido fuera de dicho Estado miembro».

<sup>59</sup> Véase el apartado 56 de esta Sentencia.

<sup>60</sup> Véase el apartado 22 de la Sentencia.

<sup>61</sup> Véase su apartado 42.

<sup>62</sup> Véase su apartado 44, inciso primero.

<sup>63</sup> *Ibidem*, inciso segundo. La asimilación de Suiza a los Estados miembros de la Unión Europea que aquí se realiza trae causa —tal y como reconoce la propia Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea— del «Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, que quedó aprobado en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2002/309/CE, Euratom, del Consejo y de la Comisión, respecto al Acuerdo de cooperación científica y tecnológica de 4 de abril de 2002 sobre la celebración de siete Acuerdos con la Confederación Suiza (DO L 114, p. 1) (en lo sucesivo, «Acuerdo CE-Suiza»)» (véase su apartado 15). La propia Sentencia da cuenta de los cambios normativos aprobados después y de las normas aplicables teniendo en cuenta la fecha de los hechos, al indicar en su apartado 15 literalmente lo siguiente: «El Reglamento n° 1408/71 fue sustituido por el Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166, p. 1), que es aplicable desde el 1 de mayo de 2010, fecha en que el Reglamento n° 1408/71 quedó derogado. El anexo II del Acuerdo CE-Suiza fue actualizado por la Decisión n° 1/2012 del Comité Mixto establecido en virtud del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, de 31 de marzo de 2012, por la que se sustituye el anexo II de dicho Acuerdo relativo a la coordinación de los regímenes de seguridad social (DO L 103, p. 51), que entró en vigor el 1 de abril de 2012. A partir de ese momento, el anexo se refiere al Reglamento n° 883/2004. No obstante, los hechos anteriores a la fecha de entrada en vigor de la Decisión n° 1/2012 siguen estando sometidos al Reglamento n° 1408/71, en virtud tanto del artículo 90, apartado 1, del (...)

20. Y también al indicar, en segundo lugar, que la determinación del sistema de seguridad social a que debía estar afiliado y pagar en consecuencia las correspondientes cotizaciones el Sr. *Kik* se debe realizar —después de descartarse la ley del pabellón (que era la panameña)— de acuerdo con el Título II del Reglamento número 1408/1971, aunque no a través de la aplicación de las reglas (general y particulares) específicamente previstas para quienes son trabajadores del mar<sup>64</sup>. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea justifica el empleo de este criterio de determinación de la legislación aplicable en el hecho de que «el presente asunto trata de una persona que trabaja en un buque que enarbola pabellón de un Estado tercero»<sup>65</sup>. Por ello, teniendo en cuenta que aquí «los únicos elementos de vinculación con la legislación de un Estado miembro o asimilado son la residencia del trabajador y el lugar de establecimiento del empresario»<sup>66</sup>, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recurre a la aplicación del «artículo 14, apartado 2, letra a), frase primera, del Reglamento n° 1408/71, que es una disposición reveladora en cuanto a la sistemática que aplica dicho Reglamento a las personas que ejercen un trabajo esencialmente itinerante que se desarrolla en condiciones que hacen que su ejercicio no pueda vincularse a un lugar concreto, y en virtud de la cual a dichas personas les es de aplicación la legislación del Estado miembro de la sede del empresario»<sup>67</sup>, en la medida en que —aun cuando, tal como indica su título, dicha disposición recoge normas aplicables a las personas distintas de los trabajadores del mar— «la situación controvertida en el asunto principal, que es la de un trabajador que ejerce una actividad por cuenta ajena, fuera del territorio de la Unión, a bordo de un buque que enarbola pabellón de un Estado tercero, es comparable a la de las personas cuyo caso se contempla directamente en dicha disposición, dado que ni el Estado del pabellón ni el lugar de trabajo tienen vinculación con la legislación de los Estados miembros»<sup>68</sup>.

21. Esto es lo que le permite concluir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, inicialmente, en una situación como la del Sr. *Kik*, la regla es que «la legislación aplicable es la del Estado miembro o asimilado en la que tenga su sede la empresa en la que aquél trabaja»<sup>69</sup> (por consiguiente, la de Suiza). Pero lo hace advirtiendo de que esta regla de determinación y aplicación de la legislación del Estado miembro de sede de la

---

Reglamento n° 883/2004 (según el cual el Reglamento n° 1408/71 se mantiene en vigor y se preservan sus efectos jurídicos a los efectos, entre otros, del Acuerdo CE-Suiza, en tanto que dicho Acuerdo no se modifique) como del anexo II, sección A, punto 3, del Acuerdo CE-Suiza, en su versión modificada (que sigue remitiendo al Reglamento n° 1408/71 «por lo que respecta a asuntos ocurridos en el pasado»).

<sup>64</sup> Véase el apartado 56 de la Sentencia, según el cual, «por lo que se refiere a la determinación, en virtud del Reglamento n° 1408/71, de la legislación aplicable a una situación como la descrita, resulta obligado señalar que la norma principal que figura en la letra c) del apartado 2 del artículo 13 del mismo, y mediante la que, para los trabajadores del mar, se designa la legislación del Estado miembro del pabellón, no es de aplicación analógica».

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> Véase el apartado 58 de la Sentencia, inciso primero.

<sup>67</sup> Véase el apartado 59 de la Sentencia. Y es que, siempre según esta Sentencia, «en la sistemática del Reglamento n° 1408/71 la aplicación de la legislación del Estado miembro de residencia del trabajador es una norma accesoria que entra en juego únicamente cuando dicha legislación tiene alguna vinculación con la relación laboral» (véase su apartado 58, inciso segundo), de modo que, «cuando el trabajador no reside en el territorio de uno de los Estados miembros en que ejerce su actividad, lo normal es que se aplique la legislación de la sede o domicilio del empresario» (véase su apartado 58, inciso tercero).

<sup>68</sup> Véase el apartado 60 de la Sentencia.

<sup>69</sup> Véase el apartado 61 de la Sentencia.

empresa puede ceder por aplicación de la legislación del Estado miembro de residencia del trabajador (por consiguiente, la de los Países Bajos)<sup>70</sup>, que es lo que sucede cuando la legislación del Estado de establecimiento del empresario no contempla la afiliación del trabajador implicado a ningún régimen de seguridad social<sup>71</sup>. Por esta razón, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acaba indicando al respecto, primero, «que las disposiciones de determinación de la legislación nacional aplicable contenidas en el título II del Reglamento n° 1408/71 deben interpretarse en el sentido de que el nacional de un Estado miembro o de la Confederación Suiza (Estado, éste último, que debe asimilarse a los Estados miembros a efectos de la aplicación del Reglamento n° 1408/71) que ejerza fuera del territorio de la Unión, incluso sobre la plataforma continental de un Estado miembro, una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado tercero, pero que trabaje para una empresa establecida en territorio de la Confederación Suiza, quedará sujeto a la legislación del Estado de establecimiento de su empresario»<sup>72</sup>; y segundo, que, «no obstante, concurriendo circunstancias como las del asunto principal, en el supuesto de que, de conformidad con el mencionado Reglamento, la aplicación de dicha legislación entrañase la afiliación a un régimen de seguro voluntario o no entrañase la afiliación a ningún régimen de seguridad social, dicho nacional estaría sujeto a la legislación del Estado miembro de su residencia»<sup>73</sup>.

### 3.2. RECEPCIÓN DE TRABAJOS PREVIAMENTE REALIZADOS EN OTROS BUQUES NO CUBIERTOS POR LA LEGISLACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL DE APLICACIÓN POR LA LEY DEL PABELLÓN

22. Fijada la legislación social de seguridad social aplicable de acuerdo con las citadas reglas de determinación del Reglamento (CE) número 883/2004, no hay que olvidar que el trabajador del mar embarcado puede querer lucrar concretas prestaciones de seguridad social. Prestaciones a las que únicamente tendría derecho cuando cumpla las condiciones impuestas por aquella legislación de seguridad social, que puede subordinar su derecho a que dicho trabajador cumpla una serie de requisitos ligados al trabajo previamente prestado en buques abanderados en otros países. Aquí, al igual que en el caso de los convenios internacionales de seguridad social, tampoco hay problemas, porque, por aplicación siempre del Reglamento (CE) número 883/2004, resulta posible

<sup>70</sup> Según el apartado 62 de la Sentencia, «no obstante, dado que el Tribunal de Justicia no dispone de información sobre los caracteres del régimen de seguro establecido por la legislación suiza y habida cuenta de que, en virtud de la legislación neerlandesa, ésta está concebida para regular la situación de un trabajador como el Sr. *Kik*, durante el período controvertido en el asunto principal, mediante la previsión de su afiliación a un régimen de seguro obligatorio, es preciso indicar que, de conformidad con el artículo 15, apartado 2, primer guión, del Reglamento n° 1408/71, cuando la aplicación de las legislaciones de varios Estados miembros (a los que se debe asimilar la Confederación Suiza) entrañe la afiliación a un régimen de seguro voluntario y a un régimen de seguro obligatorio, el interesado estará sujeto exclusivamente al régimen de seguro obligatorio».

<sup>71</sup> Véase el apartado 63 de la Sentencia, según el cual «En el supuesto de que, de conformidad con el Reglamento n° 1408/71, la legislación del Estado de establecimiento del empresario no previera la afiliación de un trabajador como el Sr. *Kik* a ningún régimen de seguridad social, correspondería aplicar la legislación del Estado miembro de su residencia, ya que, como es preciso recordar, las disposiciones del título II del Reglamento también tienen como objetivo evitar que las personas que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento se vean privadas de protección en materia de seguridad social a falta de una legislación que les sea aplicable (sentencia *van Pommeren-Bourgon diën*, EU:C:2005:431, apartado 34 y jurisprudencia citada)».

<sup>72</sup> Véase el apartado 64, inciso primero, de la Sentencia.

<sup>73</sup> Véase el apartado 64, inciso segundo, de la Sentencia.

legalmente la recepción de trabajos previos cuando se han realizado en el territorio (o buques con bandera) de Estados miembros de la Unión Europea.

23. Primero, por aplicación del principio de la totalización de períodos, a través del cual se pretende garantizar a las personas que se desplazan dentro de la Unión Europea, a las personas a su cargo y a sus supérstites, el mantenimiento de los derechos y ventajas que hayan adquirido o estén adquiriendo. Se trata de una cuestión a la que alude la mencionada norma en sus considerandos (10)<sup>74</sup> y (14)<sup>75</sup>, aunque aparece regulada con mayor detalle en su artículo 6, que lleva por título precisamente el relativo a «totalización de los períodos», en virtud del cual la institución competente de un Estado miembro «tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica». En otros preceptos del citado Reglamento (CE) número 883/2004, sobre prestaciones de seguridad social muy concretas, también se menciona dicho principio, que es el caso —entre otros<sup>76</sup>— de su artículo 45 (la totalización en los casos de prestaciones por invalidez)<sup>77</sup>, de su artículo 51 (disposiciones especiales sobre la totalización de períodos en las pensiones de vejez y supervivencia) y de su artículo 61 (normas especiales de totalización en el caso de prestaciones por desempleo).

24. Y segundo, en relación con el cálculo de la base reguladora de la pensión que se pretenda cuando se reúna el período mínimo de cotización requerido. En el caso de que el trabajador del mar retornado tenga cubierto este período exigido en España, dicha base reguladora se calcula acudiendo a lo que se dice para tales efectos en el Anexo XI del Reglamento (CE) número 883/2004, en la parte relativa a España, en que se dice que «el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales de la persona durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española», y también que «cuando en el período de

<sup>74</sup> En el que se afirma literalmente lo siguiente: «sin embargo, el principio de tratar determinados hechos o acontecimientos ocurridos en el territorio de otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en el territorio del Estado miembro cuya legislación sea aplicable no debe interferir con el principio de la totalización de los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cumplidos con arreglo a la legislación de otro Estado miembro con aquéllos cumplidos con arreglo a la legislación del Estado miembro competente. Por consiguiente, los períodos cumplidos con arreglo a la legislación de otro Estado miembro deberán tenerse en cuenta únicamente mediante la aplicación del *principio de la totalización de períodos*».

<sup>75</sup> En el que se afirma literalmente lo siguiente: «estos objetivos deben conseguirse, en particular, mediante la totalización de todos los períodos considerados en las distintas legislaciones nacionales a efectos de la adquisición y la conservación del derecho a prestaciones y del cálculo de éstas, y mediante la concesión de prestaciones a las diversas categorías de personas incluidas en el ámbito del presente Reglamento».

<sup>76</sup> Téngase igualmente en cuenta aquí lo indicado en su Anexo II, que se refiere a las disposiciones de los convenios que se mantienen en vigor, en su caso, restringidas a las personas cubiertas por dichas disposiciones, en aplicación de lo establecido en su artículo 8.1. Según las observaciones generales de este Anexo II, resulta que «ha de tenerse en cuenta que las disposiciones de convenios bilaterales que no inciden en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y se mantienen en vigor entre Estados miembros no figuran en el presente anexo»; y esto «incluye las obligaciones entre Estados miembros derivadas de convenios que contemplan, por ejemplo, disposiciones relativas a la totalización de períodos de seguro cumplidos en un tercer país».

<sup>77</sup> Según el cual, «la institución competente de un Estado miembro cuya legislación supedita la adquisición, conservación o recuperación del derecho a prestaciones al cumplimiento de períodos de seguro o residencia aplicará por analogía, en su caso, el apartado 1 del artículo 51».

referencia a tener en cuenta para el cálculo de la cuantía de la pensión, deban ser computados períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, se utilizará para los mencionados períodos la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo». Con todo, esta regla resulta inaplicable si existe otra fuente jurídica internacional que expresamente disponga otro método de cálculo más favorable para el interesado, como puede ser el relativo a tener en cuenta, en concepto de bases de cotización presuntas, las bases medias de cotización españolas correspondientes a la categoría profesional del propio interesado, inmediatamente anteriores al hecho causante, según jurisprudencia reiterada de los Tribunales españoles y del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Sobre el tema, con cita de dicha jurisprudencia reiterada, véanse MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª edición, cit., páginas 372 y 373.



# VIII. EL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR NÁUTICO DE RECREO

María Salas Porras  
*Contratada Doctora Interina*  
*Dpto. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*  
*Universidad de Málaga*

## 1. INTRODUCCIÓN

En un contexto internacional de sugerente recuperación económica y donde los terrorismos físico, intelectual y cibernético amenazan casi a cada paso, el tiempo para el ocio, así como el modo y el lugar en que se disfrute éste, adquieren una gran trascendencia.

Precisamente respecto de los lugares, España se ha convertido, al menos para el año 2016, en el undécimo destino turístico del mundo, contando con 75,3 millones de llegadas sólo para ese año, que arrojaron unas divisas próximas a los 77.000 millones de euros. De esos, 17.192 millones fueron proporcionados por el sector marítimo de recreo, que cuenta con 140.000 embarcaciones activas y contribuyó a crear 113.737 puestos indirectos de empleo. O lo que es lo mismo, en la economía española, el peso de este sector alcanza casi el 1 % y el 0.55 % en el mercado de trabajo.

Esos datos justifican que, en unas Jornadas como estas, dedicadas al estudio de la coordinación en Europa de los sistemas nacionales de Seguridad Social, se preste atención jurídica a un emergente sector productivo que, hasta hoy, ha pasado prácticamente inadvertido por la Ley 47/2015, de 21 de octubre de protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, e incluso ha sido excluido de la posibilidad de regulaciones armonizadas desde niveles internacionales por la propia decisión gubernamental nacional.

La aportación que presentamos, pues, busca abrir nuevos foros de debate y reflexión sobre potenciales puntos débiles del sistema español de Seguridad Social, en concreto, referidos a la protección social de la gente de mar y, muy especialmente, respecto de los trabajadores del sector marítimo de recreo. Con esta finalidad, el trabajo cuenta con dos apartados desde los que se aborda la configuración de las acciones de protección social destinadas a este colectivo, para lo que consideramos esencial aproximarnos, previamente, tanto al indeterminado concepto de actividad marítimo-pesquera, a los requisitos exigidos por la norma para acceder a este paraguas de protección, como al elemento de extranjería, predicado sea del sujeto trabajador, de la empresa o de la embarcación. La excepción que la norma nacional hace respecto de los buzos de recreo también es objeto de estudio, siendo este el punto de partida que nos permitirá bosquejar avances y retrocesos que la nueva regulación genera.

## 2. EL CONCEPTO JURÍDICO-NORMATIVO DE EMPRESAS MARÍTIMO-PESQUERAS EN LA ORDENACIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL Y LA INCLUSIÓN DEL SECTOR MARÍTIMO DE RECREO

Comenzar este estudio deshojando el conjunto de actividades que conforman la actividad marítimo-pesquera, tiene su razón de ser en que es, precisamente el desarrollo de esta actividad, lo que *ab ovo*<sup>1</sup> justificó la creación normativa de un régimen especial de Seguridad Social para los trabajadores que prestasen servicios en el medio marino.

Así, el Decreto 1867/1970, de 9 de julio<sup>2</sup>, en su artículo 2 realizó una enumeración cerrada<sup>3</sup> del conjunto de ocupaciones que habrían de considerarse incluidas en el término que nos interesa. Enumeración que ya se vio superada en el posterior Decreto 2864/1974, de 30 de agosto<sup>4</sup>, y en la que ha abundado lo contenido en los preceptos 3 y 4 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre<sup>5</sup>, que incluye, –entre otros y *ex novo*<sup>6</sup>–, al personal de investigación, los observadores de pesca, los acuicultores marinos, y a los administrativos, técnicos y subalternos de entidades de puesta a disposición. Independientemente de los potenciales conflictos, ya avistados por la doctrina<sup>7</sup>, que esta referencia pueda crear, debemos, cuanto menos, destacar que no ha sido un objetivo directo de esta norma tal superación, sino una consecuencia incidental derivada de la necesidad de distinguir<sup>8</sup>, entre el colectivo protegido, a los trabajadores por cuenta propia y a los autónomos, para integrar en ellos y, a la postre adelgazar, la confusa y criticada figura de los asimilados.

El sector de recreo, sin embargo, es, desde el Decreto del año 1970 hasta la Ley del año 2015, una de las actividades comprendidas en el ámbito marítimo-pesquero dado que, aun con las especialidades que más adelante se reseñarán, comparte con él, algunas de las razones que justifican la ordenación de todo un sistema de protección distinto y

<sup>1</sup> Locución latina cuya completitud es “*ab ovo usque ad malam*”, conforme a la cual se empleaba un término gastronómico para expresar el comienzo y el final de algo.

<sup>2</sup> Publicado en BOE nº 165, de 11 de julio.

<sup>3</sup> Así lo entiende también la Profesora VICENTE PALACIO, A.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Cuadernos de Aranzadi Social, Cizur Menor, Navarra, 2004, págs. 33.

<sup>4</sup> Publicado en BOE nº 243, de 10 de octubre.

<sup>5</sup> Publicada en BOE nº 253, de 22 de octubre.

<sup>6</sup> La inclusión de estos nuevos colectivos obedece a la intención, por parte del legislador, de descargar, en cierta forma, al ámbito judicial español mediante la elaboración de una norma que zanjase, de una vez por todas, los litigios cuyo objeto se circunscriben a determinar quién se considera gente de mar. Al menos esta es la conclusión propuesta en el trabajo de la Profesora ALZAGA RUÍZ, I.: “*El campo de aplicación del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar tras la reforma llevada a cabo por la Ley 47/2015, de 21 de octubre*”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social nº 124, 2016, págs. 93.

<sup>7</sup> A ello ha hecho referencia la Profesora FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “*Los convenios y recomendaciones de la OIT sobre la gente del mar: análisis de su implementación en España*”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 112, 2014, en cuyas págs. 154-155, se plantea la situación de desprotección en que podrían encontrarse, por ejemplo, los alumnos que, teniendo ya un título formativo, desarrollan prácticas extracurriculares a bordo de buques sin contrato laboral.

<sup>8</sup> La Profesora VICENTE PALACIO, A.: *El Régimen Especial...* op.c., págs. 33, menciona la disimilitud que este modo de proceder del legislador guarda respecto de otros regímenes especiales como el agrario, donde, con acierto se indica, primero se describen las actividades encuadradas en el sector y, a posteriori se definen los tipos de relaciones productivas incardinadas en el sistema de protección.

paralelo al general. Precisamente, la existencia o no de esas razones causa el que las gentes que prestan servicios en este sector, hayan sido objeto de un trato menos benévolo por parte del legislador si se compara con, por ejemplo, los colectivos de marinos mercantes o pescadores. Diferencias que, con independencia de que volvamos sobre ellas más adelante, se asientan básicamente en la inaplicación, para este colectivo, de los coeficientes correctores de la cotización –artículo 11.4 Ley 47/2015– y los coeficientes reductores para la jubilación –artículo 30 de la misma norma–.

Efectivamente, la actividad marítima de recreo no está sometida a las fluctuaciones en las capturas, a la “retribución a la parte”<sup>9</sup> y, tampoco, a la peligrosidad acechante en alta mar, –en la medida en que se desarrolla en aguas próximas a la costa– pero, por otro lado, sí que le afecta la dureza del medio en que se desenvuelve la actividad, la completa dependencia de las condiciones meteorológicas, la existencia de entidades empresariales carentes de una adecuada organización, el carácter intermitente del trabajo, así como la dispersión y el reducido número de personas dedicadas a estos menesteres. Respecto de este último motivo, y aunque pudiera parecer baladí, no lo es en absoluto si tenemos presente la desventaja que, en la búsqueda de la paridad entre las partes sociales –a efectos de la negociación colectiva, por ejemplo–, genera tal variable.

Tal vez, en aras de salvar este escollo, –el del bajo número de trabajadores– y dispensar, así, una mayor protección al colectivo o, sencillamente, por influencia del extendido paradigma productor fordista, el legislador de la década de los setenta, optó por permitir el desempeño de estas funciones sólo bajo el régimen del trabajo por cuenta ajena<sup>10</sup>. Esta elección ha sintonizado poco con una característica idiosincrática del sector, la temporalidad, casi rayana en lo que hoy conocemos como work on-demand, de las labores de este colectivo. Por ello, y aunque quedaba expedita la vía de su tratamiento jurídico y protección social como trabajadores autónomos no marinos –el RETA<sup>11</sup>–, la consecuencia más inmediata<sup>12</sup> ha sido defraudar la norma mediante la no contratación, relegando al sector a la economía sumergida y a los trabajadores a la desprotección social absoluta. Por su parte, la Ley 47/2015, en sus artículos 3 y 4, introduce en este sentido una importante modificación, en la medida en que contempla la posibilidad de que las gentes de mar dedicadas al sector de recreo, puedan optar entre vincularse a una entidad empresarial como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, lo que se espera mejore y reflote los niveles de ocupación.

<sup>9</sup> Por exceder del ámbito de estudio que abarca este trabajo, nos permitimos reenviar al lector, para un mayor abundamiento sobre “la retribución a la parte”, a las reflexiones contenidas, entre otros, en los trabajos de LÓPEZ ANIORTE, M<sup>a</sup>. C.: “*La retribución del trabajo en el mar: El salario a la parte*”, Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo, n<sup>o</sup> 123, 2004, págs. 431-434; RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.: “*Retribución de los pescadores: Ir a la parte*” en RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. (Coord.): Asturias y la mar, Editorial Prensa Asturiana, 2006, págs. 158-160.

<sup>10</sup> Véanse en este sentido el artículo 2 tanto del Decreto 1867/1970 como del Decreto 2864/1974.

<sup>11</sup> Estas siglas corresponden al Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, contenido en el Título IV del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE n<sup>o</sup> 261, de 31 de octubre.

<sup>12</sup> De este sentir es la opinión del abogado especialista en Derecho Marítimo, RODRÍGUEZ CAORSI, Y.: “*La nueva Seguridad Social del Mar*”, De Costa a Costa. Nauta 360°, [http://nauta362.expansion.com/2015/11/03de\\_costa\\_a\\_costa/1446569601.html](http://nauta362.expansion.com/2015/11/03de_costa_a_costa/1446569601.html) (Consulta realizada con fecha de 02/06/2017).

Independientemente de que los regímenes especiales de protección social –como este que nos ocupa–, terminen o no desembocando en el general<sup>13</sup>, lo cierto es que el sector marítimo de recreo español ha sido expresamente excluido del ámbito de armonización internacional que ofrece el Convenio sobre el Trabajo Marítimo<sup>14</sup> (CTM, 2006), cuya finalidad es “garantizar condiciones de trabajo decentes y una protección social adecuada para todos los ciudadanos de los Estados signatarios”.

Efectivamente, el citado Convenio, a pesar de ofrecer una definición de buque a efectos de su aplicabilidad, faculta, –conforme al tenor literal de su artículo II, párrafo 1, letra i)– a la autoridad competente de cada Estado firmante para que determine a qué embarcaciones les es de aplicación el CTM 2006, previa consulta a las organizaciones de armadores y gente de mar interesadas. En nuestro país, esa determinación ha sido adoptada en la Circular de 18 de abril de 2013<sup>15</sup>, –elaborada por la Comisión interministerial creada entre el Ministerio de Fomento y el de Empleo, liderada por la Dirección General de la Marina Mercante (DGMM, en adelante)–, desde la que expresamente se excluye a las embarcaciones de recreo inscritas en las Listas 6ª y 7ª del Registro Central de Buques<sup>16</sup>. A diferencia de lo previsto para los remolcadores, buques de suministro o buques de limpieza –entre otros–, a los que sí les será de aplicación el Convenio cuando naveguen y operen fuera de las “aguas portuarias”<sup>17</sup> y fuera de los “límites de línea de base recta”<sup>18</sup>, la sustracción sin excepciones de las embarcaciones de recreo a su ámbito de actuación, a nuestro juicio –y así trataremos de demostrarlo– supone un injustificado tratamiento desigual y peyorativo para el colectivo incardinado en este sector, cuya causa podría radicar en la intención de crear resquicios normativos que atraigan la inversión privada a cambio de rebajar los costes sociales.

<sup>13</sup> Esta afirmación no sólo se refiere a la homogeneización del contenido de la regulación de la protección, tal y como está prescrito en el artículo 10 de la LGSS, sino que va más allá en tanto que se refiere a la desaparición efectiva de los regímenes especiales. Y, así también lo considera, acertadamente a nuestro criterio, la Profesora VICENTE PALACIO, A.: *El Régimen Especial...*, op.c., págs. 14.

<sup>14</sup> Se trata de la Maritime Labour Convention 2006 (MLC, 2006), producto de la Conferencia Internacional extraordinaria de la OIT, celebrada a finales de febrero de 2006 y que no entró en vigor hasta el 20 de agosto de 2013, cuando un total de 82 Estados la ratificaron. En lo que toca a España, la ratificación tuvo ocasión el 4 de febrero de 2010, aunque la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico no ha tenido lugar hasta la publicación del BOE nº 19, de 22 de enero de 2013. Al respecto de las causas jurídico-normativas de esta tardanza, así como otras interesantes reflexiones sobre la implementación por la Unión Europea, se recomienda la lectura del trabajo de la Profesora SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “*El Convenio sobre el Trabajo Marítimo y el Derecho Social Comunitario*”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Derecho Social Internacional y Comunitario, nº 82, 2009, págs. 45-64.

<sup>15</sup> El texto de esta Circular está disponible en <https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/4672D59C-6C44-40A9-99B4-E87EAF49E07A/121684/Definiciondegentedemarybuque1.pdf>. Consulta realizada con fecha de 05/06/2017.

<sup>16</sup> Este Registro es objeto de ordenación normativa en el RD 1435/2010, de 5 de noviembre, publicado en BOE nº 269, de 6 de noviembre.

<sup>17</sup> Las “aguas portuarias” abarcarán los espacios incluidos dentro de los diques de abrigo y las zonas necesarias para las maniobras de atraque y de reviro. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/zonas-portuarias/zonas-portuarias.htm>. Consulta realizada con fecha de 05/06/2017.

<sup>18</sup> Las “líneas de base recta” se trazan para definir el punto de origen para medir la anchura del mar territorial y, a su vez, son las que generan las aguas interiores. Jurisdiccionalmente el Estado ribereño ejerce sobre tales aguas plena soberanía, aunque en el mar territorial existe una servidumbre de paso (sólo a efectos de la navegación comercial). Son por tanto un componente más del territorio de un Estado. [http://ocwus.us.es/geografia-humana/geografia-del-mar/contenidos/territorio/page\\_08.htm](http://ocwus.us.es/geografia-humana/geografia-del-mar/contenidos/territorio/page_08.htm). Consulta realizada con fecha de 05/06/2017.

Por consiguiente, los progresos y la completitud de la protección social en el sector marítimo de recreo en España sólo dependerán de las decisiones que, en todo momento, adopte nuestro país sin necesidad de tener presente los estándares internacionales o europeos<sup>19</sup> de cooperación. Lo cual, redundará, a largo plazo, en una nueva *race to the bottom* entre los países con fuertes –en términos económicos– sectores marítimos de recreo.

Y, para profundizar en el tratamiento jurídico que España otorga a este sector, resulta oportuno aclarar las posibles confusiones<sup>20</sup> que el propio término incorpora debido, quizás, a la inercia generada por tantos años –desde la Ordenanza de 1969<sup>21</sup>, pasando por las leyes ordenadoras de los Puertos del Estado y la Marina Mercante, derogadas y vigentes<sup>22</sup>– de un tratamiento jurídico unidireccional del que un claro ejemplo encontramos en el artículo 252 del RD Ley 2/2011 de Puertos del Estado y la Marina Mercante. Conforme a este precepto, por navegación de recreo se entiende “aquella cuyo objeto exclusivo es el recreo (...) sin propósito lucrativo (...) llevada a cabo mediante el arrendamiento, el contrato de pasaje (...) u otros títulos, siempre que en estos casos el buque o embarcación no sea utilizado por más de 12 personas (...)”. A esta limitativa redacción se debe nuestra sorpresa, en la medida en que, a priori, pareciera excluir cualquier actividad distinta a la allí descrita<sup>23</sup>. Un interesante contrapunto ofrecen, sin embargo, los artículos 3 y 4 de la Ley 47/2015 al exigir la onerosidad en la prestación como requisito esencial para generar el derecho a la

<sup>19</sup> Si de la Unión Europea no se ha mencionado cosa alguna, se debe a que las distintas Directivas que en materia de trabajo marítimo se han adoptado, nada tienen que ver con la armonización o coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, sino, exclusivamente con la autorización a los Estados miembros para ratificar el CTM 2006 (Directiva 2007/431/CE, del Consejo) y las obligaciones derivadas del cumplimiento de los cánones de control e inspección conforme a lo previsto por el CTM 2006 (Directiva 2013/54/UE). Por otro lado, los Reglamentos nº 883/2004, de 29 de abril, nº 987/2009 de 16 de septiembre, y nº 1231/2010, de 24 de noviembre, los tres del Parlamento y el Consejo europeo de sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social, se limitan a establecer un sistema completo y uniforme de normas para solventar los conflictos de leyes, determinando la legislación nacional aplicable a cada caso. Para un mayor abundamiento sobre su estudio, se recomienda la lectura del trabajo de la Profesora RIBES MORENO, M<sup>a</sup>. I.: “*La actividad del personal que presta servicios a bordo de buques y sus problemas frente al encuadramiento en un régimen de Seguridad Social*”, e-Revista Internacional de la Protección Social, vol. I, nº 1.

<sup>20</sup> De los trabajos de los Profesores CARRIL VÁZQUEZ, J. M<sup>a</sup>.: *La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 196 a 198 y de la Profesora ALZAGA RUÍZ, I.: “*El campo de aplicación...*”, op.c., pág. 98, parece entenderse que no cabría en modo alguno considerar la navegación de recreo una actividad profesional, cuando, por el contrario, lo es absolutamente, salvo los supuestos en que, efectivamente, la persona sea a la vez titular de la embarcación y receptor de su disfrute para esta finalidad recreativa, o bien la ceda a título gratuito. Pero, aún en estos casos de uso personal o de cesión, si la embarcación hubiese procedido de un alquiler a terceros, a una empresa chárter, o, aun siendo titular la misma persona que la utiliza, esta contratase a un patrón o capitán para su gobierno, estaríamos ante un supuesto incardinable en el recreo con finalidad mercantil.

<sup>21</sup> Se trata de la Ordenanza de 9 de agosto de 1969, sobre la regulación del trabajo en las embarcaciones de tráfico interior de puerto, publicada en BOE nº 216, de 9 de septiembre, en cuyo artículo 2 se excluía a los tripulantes de las embarcaciones de recreo, por considerarse que esta actividad no tenía ánimo de lucro.

<sup>22</sup> Respecto a la norma derogada, nos referimos a la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, publicada en el BOE nº 283, de 25 de noviembre; mientras que la norma vigente es el Real Decreto Ley 2/2011, de 5 de septiembre, publicada en el BOE nº 253, de 20 de octubre.

<sup>23</sup> Está claro que la norma distingue entre contratos de arrendamiento entre particulares y contratos con empresas chárter, pero, aun así, estimamos deleznable, cuanto menos, permitir legalmente el fraude.

protección social. Son estos preceptos, pues, los que permiten que nuestro objeto de estudio parta de la efectiva presencia de contratos de trabajo o de arrendamiento de servicios, en tanto que contemplan la posibilidad de un salario u honorario y, por consiguiente, la inclusión de estas relaciones productivas en los términos previstos sea en los artículos 7 y 10 de la Ley General de la Seguridad Social<sup>24</sup> (LGSS, en adelante), sea en el artículo 1 de la Ley 20/2007 por la que se aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo<sup>25</sup> (LETA, en adelante).

En concreto, las situaciones que, de facto, se hallarían incardinadas en este estudio serían las generadas por el contrato que un armador –entendido este como persona física o jurídica, titular de una embarcación o de una flota– realiza con un capitán, un marino, o cualesquiera de las personas físicas que, formando parte de la tripulación<sup>26</sup>, desempeñen algunas de las funciones conectadas directa o indirectamente con la finalidad del recreo –entiéndanse aquí comprendidas, desde servicios de seguridad y vigilancia, hasta amenizar la jornada, servir copas o un almuerzo–. Ya esté este contrato amparado por el régimen jurídico de arrendamiento o de Time Charter<sup>27</sup>. Por otro lado, también tendrían cabida los contratos habidos entre una persona física no titular de embarcación y el capitán, los marinos o cualquiera de los trabajadores antes mencionados, con la finalidad de que estos presten servicios puntualmente en una embarcación alquilada por aquél a un tercero.

Hecha esta aclaración, abundan en nuestro propósito de estudio, los sub-apartados que siguen, referentes, los tres primeros, a los requisitos exigidos al personal que, por cuenta propia o por cuenta ajena, se inserta en el ámbito personal de este régimen de protección –concretados en la habitualidad, en la específica formación profesional así como en la aparición del elemento de extranjería– y el último, a las razones que (in)justifican la exclusión de los buzos de recreo.

## 2.1. LA “HABITUALIDAD” EN LA ACTIVIDAD

En las primeras versiones de los Decretos ordenadores de acciones protectoras para la gente de mar, se exigía –normativa y jurisprudencialmente<sup>28</sup>– la coexistencia de dos características imprescindibles: que la actividad marítimo-pesquera constituyese el medio fundamental de vida del trabajador y que fuera desarrollada de forma habitual, personal y directa.

<sup>24</sup> Contendida en el RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, publicada en el BOE nº 261, de 31 de octubre.

<sup>25</sup> Publicada en el BOE nº 166, de 12 de julio.

<sup>26</sup> Más adelante, en el apartado 1.2 de este trabajo se reflexiona acerca de quiénes se deben entender incluidos en el término tripulación.

<sup>27</sup> Las diferencias entre los contratos de arrendamiento de buques y los contratos de fletamento tipo “Time Charter”, clásica figura contractual inglesa, habrán de establecerse atendiendo a las cláusulas y estipulaciones del contrato, para determinar en manos de quién está la dirección de la empresa. El arrendamiento será la situación en que el fletador ostenta íntegramente el control del capitán y de la dotación del buque. Time Charter es cuando el naviero se reserva el control de la nave cediendo únicamente al fletador el derecho a dar órdenes sobre la ejecución del transporte. Es decir, en el Time Charter, el armador no pierde la posesión del buque como sucedería en un puro contrato de arrendamiento, donde el control lo poseería el arrendatario. Información disponible en <http://www.derechomercantil.info/2016/04/diferencias-time-charter-arrendamiento-buques.html>. Consulta realizada a fecha de 07/06/2017.

<sup>28</sup> Por todos VICENTE PALACIO, A.: *El Régimen Especial...* op.c., págs. 37 y 38.

El que estas exigencias apareciesen exclusiva y expresamente ancladas al concepto de trabajador autónomo, encuentra su explicación, como es de prever, en que ellas ya se predicaban, –y se predicán–, del trabajo por cuenta ajena, en el que la nota de habitualidad, y el carácter personalísimo y directo de la prestación, instituyen su propia esencia<sup>29</sup>.

Concretamente, que la actividad marítimo-pesquera constituyese el medio de vida fundamental del trabajador por cuenta propia, fue un requisito de acceso a las prestaciones sociales tratado con severidad normativa en el artículo 2.2. párrafo segundo del Decreto 1867/1970. Allí se excluía del ámbito protector a aquellos trabajadores por cuenta propia cuyos cónyuges o parientes –por consanguinidad o afinidad y hasta tercer grado– fuesen titulares de un negocio mercantil o industria.

Algo se relajó esta radicalidad en la siguiente versión del artículo 2.2 contenida en el Decreto 2864/1974, al permitir que los trabajadores por cuenta propia pudiesen simultanear la actividad marítimo-pesquera que generaba el derecho a estar incluidos en el régimen especial con otras actividades “no específicamente marítimo-pesqueras”, siempre que fuesen aquéllas, y no éstas, las que sirvieran para satisfacer sus necesidades y las de su familia. Es decir, la entidad económica de la actividad y, no la habitualidad, era el elemento determinante para considerar incluidos jurídicamente a los trabajadores autónomos en el paraguas de protección ofrecido por el régimen especial.

La nueva regulación dada a este requisito por la Ley 47/2015 en su artículo 4, invierte la afirmación anterior, y, por tanto, hoy, la habitualidad<sup>30</sup> –junto al carácter personal y directo de la prestación– es el elemento determinante para considerar incluido, en las acciones protectoras, al trabajador autónomo. Por el contrario, el ánimo de lucro, cuya mediación sigue siendo exigible –para el trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena– ha sido reducido a su sola presencia, no exigiéndosele una entidad suficiente como para garantizar la pervivencia del trabajador y de su familia, como sucedía en los Decretos de la década de los setenta.

Por otra parte, estas “habitualidad” y “dependencia vital del medio de vida marino”, sí que son requisitos todavía exigibles, para incluir en el régimen especial del mar, a la figura de los “familiares colaboradores”, en la medida en que sólo se considerará tales al cónyuge y parientes –por consanguinidad o afinidad hasta segundo grado– que dependan económicamente del trabajador autónomo –de ahí la exigencia de que se trate de su medio fundamental de vida–, que convivan con él y, que de forma habitual, trabajen con ellas en las explotaciones marítimo-pesqueras –artículo 4.2 Ley 47/2015–. La ampliación de la acción protectora, ya contemplada de forma más extensa<sup>31</sup> en los Decretos 1867/1970 y 2864/1974, genera una conexión directa entre la calificación del trabajador por cuenta propia y la de su pariente, del que estos traen su causa. Los

<sup>29</sup> En este sentido se pronuncian los primeros y siguientes trabajos de la más reputada doctrina científica, como sucede con la Profesora SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “*El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho Social Internacional y Comunitario, nº 37, 1998, págs. 37 y 38, y con el Profesor DE LA VILLA GIL, L. E.: *La formación histórica del derecho español del trabajo*, Comares, 2003, págs. 58 y 59.

<sup>30</sup> De este sentir también es la Profesora ALZAGA RUÍZ, I.: “*El campo de aplicación...*”, op.c., pág. 107.

<sup>31</sup> Recordemos que, en estos Decretos, los parientes amparados bajo la figura de colaboradores, incluía hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad.

parientes colaboradores son considerados jurídicamente como trabajadores autónomos en la medida en que el ámbito familiar debilita, como ha señalado reiteradamente la doctrina<sup>32</sup>, los requisitos de la ajenidad y la dependencia exigidos en el artículo 1.3 del ET, salvo, claro está que se demuestre lo contrario.

Por último se hace preciso reseñar la posibilidad, introducida por la aprobación de la Ley 20/2007 del Trabajo Autónomo<sup>33</sup>, de que los trabajadores económicamente dependientes, así como sus familiares colaboradores, puedan también circunscribirse en este régimen especial de Seguridad Social, siempre que, claro está, cumplan con los requisitos previamente citados.

## 2.2. UNA FORMACIÓN PROFESIONAL ESPECÍFICA PARA UNA EMBARCACIÓN QUE TAMBIÉN LO ES

En general, y conforme a los artículos 3 y 4 de la Ley 47/2015, el ámbito subjetivo de la protección social, abarca a trabajadores por cuenta ajena y a autónomos, independientemente de que ostenten el Rol<sup>34</sup> de técnicos o tripulantes. Este énfasis puesto en la distinción de funciones que, alternativamente, puedan desempeñar quienes se integren en el régimen especial, ha sido ex novo introducido en la citada norma<sup>35</sup> como consecuencia de las indicaciones contenidas en el Convenio de la Organización Internacional sobre el Trabajo en el Mar, uno de cuyos objetivos es equilibrar, en términos de favorabilidad y dignidad<sup>36</sup>, la protección social dispensada a los trabajadores en tierra y a los trabajadores en mar.

Para mejorar progresivamente la actividad protectora en los Estados firmantes, el Convenio Marítimo, en el párrafo 1.f) del artículo II, define como gente de mar o marino “a toda persona empleada o contratada o que trabaje en cualquier puesto a bordo de un buque”. De forma que, a partir suya, sea posible utilizar un criterio integrador que abarque todos los supuestos posibles incluíbles en la actividad marítimo-pesquera. En este sentido, la DGMM a través de la Circular de abril de 2013, integró<sup>37</sup> en nuestro ordenamiento tal definición y concluyó que “gente de mar” serían, no sólo los miembros de la dotación y la tripulación, sino además, todos aquellos que cuenten con una formación y estén en posesión de un título profesional expedido por un Estado miembro de la UE, o del EEE o de terceros países, que ejerza funciones profesionales marítimas en los buques, tareas de seguridad o de prevención de contaminación, personal de camarotes, de limpieza, personal del bar, camareros, animadores, cantantes, personal de cocina, guardias privados, y alumnos en prácticas. Ahora bien, en la medida en que las embarcaciones dedicadas al sector de recreo, quedan excluidas de la aplicación del CTM 2006, cabe plantearse si quienes prestan servicios en ellas también han de entenderse postergadas de la amplia interpretación hecha por la Circular. No nos referimos, claro está, a los técnicos y tripulantes de la embarcación, sino a quienes no forman parte de la dotación strictu sensu, como sucede con el personal de animación, de seguridad, de restauración, etc. que, sin embargo, sí que cuenten con un título

<sup>32</sup> Así se menciona en el trabajo de VICENTE PALACIO, A.: *El Régimen Especial...* op.c., pág. 42.

<sup>33</sup> Publicada en BOE nº 166, de 12 de julio.

<sup>34</sup> En la terminología técnica marítimo-pesquera, “Rol” significa licencia de navegación.

<sup>35</sup> Sirva esta nota para mencionar que en los Decretos 1867/1970 y 2864/1974, no se mencionaba esta distinción.

<sup>36</sup> Regla 4.5 del Convenio sobre Trabajo Marítimo.

<sup>37</sup> Para un estudio más pormenorizado se recomienda la lectura del trabajo de la Profesora ALZAGA RUÍZ, I.: “*El campo de aplicación...*”, op.c., págs. 153-156.

profesional que les habilite para prestar servicios a bordo y, además, lo hagan con habitualidad. En este sentido, nos aventuramos a proponer una respuesta afirmativa. Es decir, estos trabajadores sí que estarían comprendidos en el término tripulación, en la medida en que el artículo 253.1 del RD 2/2011 nada señala en sentido contrario que nos induzca a excluirlos en la medida en que cumplan con los requisitos formales exigidos a cualquier otro marino que desarrolle funciones más propias de la navegación y llevanza de embarcaciones.

Junto a la habitualidad, la formación específica es, como señalamos otro de los requisitos exigidos para ser miembro de la dotación. Al respecto de los títulos profesionales exigidos para el gobierno de embarcaciones en el ámbito de recreo, en nuestro país, la competencia la ostenta el Ministerio de Fomento, representado por la Dirección General de la Marina Mercante, siempre que el título náutico habilite para el gobierno de embarcaciones que naveguen entre puertos de distintas Comunidades Autónomas –artículo 263 RD Ley 2/2011–. En este sentido, se han aprobado el RD 973/2009, de 12 de junio<sup>38</sup>, y el RD 875/2014, de 10 de octubre<sup>39</sup>, desde los que se regulan las titulaciones náuticas exigibles en función del tipo de embarcación de que se trate.

Independientemente de los distintos grados que estas normas ordenan –desde el básico nivel de “licencia de navegación” hasta el máximo “capitán de yate”–, es necesario no olvidar que, para enrolarse con finalidad onerosa y como patrón profesional, un requisito imprescindible es contar con el título de Patrón Profesional de Embarcaciones de Recreo (PPER, en adelante) que, conforme a la Disposición Adicional Quinta del RD 973/2009, es una habilitación para trabajar legalmente –independientemente de que las embarcaciones de recreo sean objeto de cualquier tipo de cesión entre personas físicas (lista 7ª del Registro Central de Buques), o de arrendamiento o time charter (lista 6ª del mismo Registro)–. El otro requisito es que los ocupantes de la embarcación no superen, incluida la tripulación, el número de 12 personas<sup>40</sup>, independientemente del tamaño de su eslora y con independencia del medio de propulsión<sup>41</sup> –DA 5ª, apartado 4, letra a) del RD 973/2009–.

Por consiguiente, prestar servicios por cuenta ajena en una embarcación de recreo en España, dados los condicionantes arriba expuestos, es una misión cuanto menos imposible, debido no a los requerimientos formativos, sino a los impedimentos numéricos. El tasado número de ocupantes de la embarcación parece justificar que sean los trabajadores económicamente dependientes o autónomos la opción más atractiva, lo que nos lleva a proponer si, tal vez, el legislador debería plantearse fortalecer, en

<sup>38</sup> Publicado en el BOE nº 129, de 2 de junio.

<sup>39</sup> Publicado en el BOE nº 247, de 11 de octubre.

<sup>40</sup> Si se supera este número, la embarcación debe estar matriculada como “barco de pasaje”, conforme al artículo 2.2 letra f) del RD 1247/1999, de 16 de julio, por el que se ordenan las reglas y normas de seguridad aplicables a los buques de pasaje que realicen travesías entre puertos españoles, publicado en el BOE nº 187, de 6 de agosto.

<sup>41</sup> Un sugerente análisis de la evolución del concepto de embarcación de recreo se hace en el trabajo de BURILLO PACHECO, R.: “Aspectos internacionales de la fiscalidad náutica de la embarcación de recreo”, presentado al XIII Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional, celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el primer semestre de 2011. Disponible en [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos\\_ formacion/2012\\_15\\_6.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_ formacion/2012_15_6.pdf) (Consulta realizada con fecha de 07/06/2017).

términos de derechos y protección social, su régimen jurídico. Modificar el, aparentemente aleatorio, criterio numérico y asentarlos en las dimensiones de la embarcación, permitiría comulgar con los postulados internacionales previstos en el CTM 2006, sin embargo no paliaría la hemorragia de derechos y protección social –de trabajadores e, incluso, clientes– que, conforme a las previsiones actuales, genera la externalización de responsabilidades y costes sociales, especialmente respecto de la prevención de riesgos laborales<sup>42</sup>, que produce el optar por trabajadores autónomos, económicamente dependientes o, incluso, microempresas. Una solución a largo plazo, por tanto, podría pasar por aumentar, robusteciendo, las acciones protectoras que se les dispensan así como los derechos sociales que, incipientemente, tienen reconocidos<sup>43</sup>.

### 2.3. LA RELEVANCIA DEL ELEMENTO DE EXTRANJERÍA

La conjunción de factores como la globalidad económica y el que este sector se preste especialmente a la internacionalidad por confluir en él las variables del turismo y el ocio, justifican la necesaria alusión que hacemos al elemento de extranjería y a sus influencias en la ordenación del régimen de seguridad social que afecta al sector de recreo. Así, extranjeros pueden ser el armador, la embarcación, la persona física que arrienda la embarcación, el capitán, o la tripulación, –entendida esta en los amplios términos utilizados desde la Circular de la DGMM de 2013–. Y a su ordenación jurídica dedicamos las siguientes líneas.

Para comenzar, el artículo 6 de la Ley 47/2015, por influencia directa de las previsiones contenidas en el artículo 7 de la LGSS, determina aplicable el régimen especial de protección social –en idénticos términos al español residente en España– a aquellos supuestos donde trabajadores, embarcación y empresa o persona contratante sean extranjeros, si se dan los siguientes puntos de conexión.

En primer lugar, que los trabajadores por cuenta ajena o propia sean residentes en territorio español. En este sentido, ninguna alusión se hace al plazo de tiempo mínimo para que opere tal consideración de residencia. De forma que, la aplicación suplementaria de los artículos 10.1, 14.2, 21.1 y 32 de la Ley Orgánica 4/2000 de Extranjería<sup>44</sup>, nos llevarían a incluir en este supuesto a los individuos que disfruten de un permiso de residencia temporal –superior a 90 días e inferior a 5 años<sup>45</sup>– o bien, de un permiso de residencia de larga duración –de forma indefinida<sup>46</sup>–.

En segundo lugar, que la empresa o persona que los remunere tenga sede o domicilio social en España, o bien que esté inscrita en el registro oficial. A este respecto, resulta especialmente complejo determinar cuándo un armador extranjero tiene

<sup>42</sup> De la lectura conjunta de los artículos 8 del ETA y 5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, publicada en el BOE nº 269, de 10 de noviembre, puede inferirse que el trabajador autónomo, sin trabajador a su cargo, está exento de contratar un servicio de prevención.

<sup>43</sup> En esta dirección de fortalecer los derechos sociales de los trabajadores autónomos, apunta precisamente el documento de la Organización Internacional de Trabajo “Agenda 2030 sobre Trabajo Decente y Desarrollo Sostenible”, La agenda es accesible a través de [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_470340.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_470340.pdf) (Consulta realizada con fecha de 05/06/2017).

<sup>44</sup> Publicada en BOE nº 10, de 12 de enero (en su primera versión).

<sup>45</sup> Conforme al artículo 31.1 LO 4/2000.

<sup>46</sup> Conforme al artículo 32 de la misma norma.

sede en nuestro país, en la medida, en que se trata de un concepto no definido jurídicamente. Ante esta dificultad, algunas opiniones de técnicos especialistas<sup>47</sup> se han oído a favor de emplear el criterio del “establecimiento permanente” que alude a la realización de una actividad económica en instalaciones o lugares de trabajo de forma habitual o continuada –artículo 13.1.a) del RD Leg. 5/2004 del Impuesto de la Renta de No Residentes<sup>48</sup>–. Mayor seguridad otorga, sin embargo, el segundo de los requisitos indicados, relativo a que la empresa esté “inscrita en el registro oficial”, puesto que tal asentamiento permite dar publicidad a la misma, lo que facilita que pueda ser conocida por las personas que contraten con ella<sup>49</sup>.

Y, por último, que la embarcación donde se presten servicios enarbole pabellón de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados con los que España tenga convenios bilaterales o multilaterales, además de que se inscriban debidamente en el Registro de Embarcaciones –artículo 7.a) párrafo 3 Ley 47/2015–. De esta forma se ha atendido a una de las especialísimas características del trabajo en la mar, esto es, que no siempre el servicio se presta en territorio español en la medida en que el pabellón de la embarcación es lo que determina su nacionalidad. Así, al exigir el artículo 6 de la misma norma que, para aplicar el sistema de seguridad social español, exista un vínculo fuerte de conexión con el pabellón de la embarcación, como es el pertenecer a la Unión o contar con un acuerdo de reconocimiento de derechos, se pretende filtrar y limitar el abuso de las banderas o pabellones de conveniencia, así como frenar la transgresión de derechos laborales y sociales que suele darse en estos contextos de registros abiertos<sup>50</sup>.

Fuera de las previsiones normativas han quedado los supuestos en que los trabajadores no sean residentes, los casos en que efectivamente la empresa, armador o persona contratante tampoco tenga sede o domicilio en España, o bien las situaciones en que se trate de una embarcación perteneciente a un país con el que España no tenga acuerdo. Para ninguna de estas hipótesis se han arbitrado soluciones o se han dado indicios para su tratamiento jurídico. Un vacío normativo este que bien podría verse salvado si nuestro país permitiese, para el sector de recreo, la aplicación del CTM 2006. Concretamente su Pauta B 4.5, desde la que se aboga por que, en caso de concurrencia de distintos sistemas de seguridad social, los Estados acudan al mutuo acuerdo y la cooperación para determinar la legislación aplicable que, en todo caso, tendrá que tener en cuenta el nivel y grado de protección, así como las preferencias de la gente de mar afectadas.

#### 2.4. UN COLECTIVO EXTRAÑAMENTE EXCLUIDO: LOS BUZOS DE RECREO

Tanto si los buzos prestan servicios por cuenta ajena como si lo hacen por cuenta propia, la causa que justifica su exclusión del régimen especial de protección social, es, precisamente, que se dediquen a actividades incluidas en el sector de recreo o deportivo. Y así se pone de manifiesto en los artículos 3.f) y 4.1.e) de la Ley 47/2015, desde los que, por el contrario, se incluye como protegible la actividad de buceo industrial.

<sup>47</sup> En este sentido RODRÍGUEZ CAORSI, Y.: *“La nueva Seguridad Social del Mar”*, op.c.

<sup>48</sup> Publicado en BOE nº 62, de 12 de marzo.

<sup>49</sup> Esta es una de las finalidades de la inscripción registral mercantil conforme a los artículos 16 a 19 del RD de 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el Código de Comercio, publicado en la Gaceta nº 289, de 16 de octubre.

<sup>50</sup> Para mayor abundamiento sobre los registros abiertos, los pabellones de conveniencia y su distribución, se recomienda la visita a [http://www.itfseafarers.org/what\\_are\\_focs.cfm/ViewIn/SPA](http://www.itfseafarers.org/what_are_focs.cfm/ViewIn/SPA). Consulta realizada con fecha de 08/06/2017.

Esta decisión fue criticada en su momento por el Consejo Económico y Social, en cuyo Informe nº 11/2015<sup>51</sup> avisa de la desafortunada incoherencia jurídica en que se incurre con tal exclusión.

Con acertado criterio, a nuestro juicio, el CES ha puesto sobre la mesa la candente cuestión de por qué, a lo largo de la historia del régimen especial del mar, el sector marítimo de recreo es preterido, cuando los colectivos que prestan en él servicios están sometidos a las mismas duras vicisitudes que el resto de marinos. Sin duda, su inclusión supondría exigirles idénticos requisitos, esto es, la habitualidad, el carácter personal y directo de su prestación, así como contar con los debidos permisos y títulos formativos; salvado lo cual, ninguna razón jurídica empecería su sujeción al régimen especial de la seguridad social del mar.

Independientemente de que este colectivo esté amparado por el régimen general o el especial de autónomos y de que, conforme a la DA tercera de la Ley 47/2015, el Gobierno consulte a los colectivos pertinentes y realice estudios respecto de la necesidad de su inclusión en este régimen, la decisión excluyente nos lleva a pensar que son sólo cuestiones de opción política del derecho las que han respaldado esta decisión que aleja nuestro sistema de la completitud protectora que se espera. Especialmente tras la ratificación del CTM 2006, una de cuyas finalidades es garantizar que la gente de mar y las personas a su cargo tengan acceso a una protección social digna en materia de seguridad social.

### 3. ALGUNAS NOTAS SOBRE LOS AVANCES Y RETROCESOS HABIDOS EN LA ORDENACIÓN DE LA ACCIÓN PROTECTORA DISEÑADA POR LA LEY 47/2015 PARA LOS TRABAJADORES DEL SECTOR MARÍTIMO DE RECREO

Las razones jurídico-sociales que desde instancias nacionales e internacionales conducen a buscar una convergencia entre regímenes generales y especiales de Seguridad Social, se asientan, –al menos eso queremos pensar–, en garantizar una protección digna y equilibrada para todos los trabajadores, independientemente de su sexo, de su origen, de si lo son por cuenta ajena o por cuenta propia, o del lugar y el sector de producción donde presten servicios. Y así se ha puesto de manifiesto tanto en el artículo 10 de nuestra LGSS –con idéntico contenido desde su primera redacción en el año 1994–, como recientemente a través de la elaboración y ratificación del CTM 2006.

En esta dirección podrían considerarse inmersas las distintas reformas experimentadas por la acción protectora de los trabajadores del sector de recreo.

En primer lugar nos referimos a la apertura del sector al trabajo autónomo, a los trabajadores económicamente dependientes y a las mejoras sociales que este colectivo disfruta a partir de la aprobación del RETA. Si bien tales mejoras proceden, tanto de un empuje nacional, como de una corriente internacional<sup>52</sup> que ve en ellos una de las

<sup>51</sup> Accesible a través de la web <http://www.ces.es/documents/10180/2394234/Dic112015.pdf>. Consulta realizada con fecha de 07/06/2015.

<sup>52</sup> Ejemplo de ello son la “Agenda 2030 de Trabajo Decente y Desarrollo Sostenible” de la OIT ya mencionada en este trabajo y el “Inclusive Business Creation” que han elaborado conjuntamente la OCDE y la Unión Europea. Este último accesible en <http://www.oecd.org/industry/inclusive-business-creation-good-practice-compendium-9789264251496-en.htm> (Consulta realizada con fecha de 08/06/2017).

posibles válvulas de escape al desempleo y a la deconstrucción de los derechos socio-laborales a los que apuntan la globalización, y la creciente fórmula del “crow-based-funding” o eufemísticamente conocida también como “sharing-economy”.

En segundo lugar, podríamos pensar que también en esta línea se incardinan las excepciones contenidas en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 47/2015, en la medida en que ofrecen a los trabajadores de este sector unas condiciones de protección homólogas a las de los trabajadores del régimen general y autónomo. Sin embargo, y como a continuación se expondrá, consideramos que esta homogenización descuida aspectos cruciales para una protección de calidad que, precisamente por la especialidad del medio, exige un tratamiento distinto al general, pero idéntico al especial del que disfrutaban otros colectivos.

Sin intención de entrar al detalle de todos los aspectos relacionados con esta temática, por motivos de economía de espacio, centraremos este apartado en destacar los aspectos de la acción protectora donde la nueva norma, la Ley 47/2015, ha previsto cambios que han alterado significativamente el régimen especial para los trabajadores del sector de recreo.

Para comenzar, la Ley 47 sigue una línea continuista con las previsiones del anterior Decreto de 1974, en la medida en que mantiene a los trabajadores del sector de recreo como “grupo primero” de los tres en que puede clasificarse al colectivo marítimo-pesquero. Este encuadre no es baladí, en la medida en que de él depende ser destinatario de un tipo u otro de ventajas o mejoras en la acción protectora. Así, los elementos tomados en consideración por el artículo 10 de la Ley 47/2015 para tal circunscripción, son dos: No ser objeto de retribución a la parte<sup>53</sup> –criterio este ya previsto en el artículo 19.5 del Decreto 2864/1974– y, aun siéndolo, prestar servicios en naves de gran tonelaje que superen los 150 TRB. Respecto de este último requisito, aunque no está relacionada con el ámbito de recreo, urge señalar que, debido al tipo de embarcación referida y al tiempo de permanencia en alta mar, normalmente los marinos en ellas enrolados, tienen un régimen de retribución que, sin serlo, se aproxima a los plazos y condiciones de la retribución a salario. Ello nos llevaría a concluir que es el tipo de remuneración el factor determinante para estar incluido en uno u otro grupo, como si el resto de variables y circunstancias del trabajo en la mar, pudiesen diluirse o resumirse en aquél.

Pues bien, precisamente en lo que se refiere a remuneraciones y a las bases de cotización que sobre ellas se asientan, el artículo 9 de la Ley 47/2015, prevé que, sólo para los grupos segundo y tercero, anualmente se elabore una Orden del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, desde la que se dispongan cuáles van a ser las consideradas retribuciones efectivamente percibidas<sup>54</sup>, con carácter único y obligatoriamente iguales o superiores a las establecidas para el resto de categorías profesionales de los regímenes generales. De forma que para los trabajadores del sector de recreo se utilizarán como bases de cotización<sup>55</sup>, las retribuciones efectivamente percibidas sin que estas cuenten

<sup>53</sup> La retribución a la parte ha de entenderse como la percibida por participar en el producto de la pesca.

<sup>54</sup> Para este año 2017, tales datos han sido elaborados en la Orden ESS/77/2017, de 3 de febrero, Establece para el año 2017 las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero, publicada en el BOE nº 30, de 4 de febrero.

<sup>55</sup> Para este colectivo, los artículos 15 y 17 de la Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, ha aprobado las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, (...)

con una ordenación específica o posterior control –como sucede con los demás colectivos–. La cuestión es que si, de un lado, la retribución a la parte es, o puede ser, objeto de fluctuaciones, nada lejos de esta precaria situación se hallan los trabajadores del sector de recreo –y los familiares colaboradores que corren su misma suerte–, quienes, al no contar tampoco con convenios colectivos o acuerdos interprofesionales que regulen sus condiciones de trabajo o salariales, están expuestos, en idénticos términos que los colectivos retribuidos a la parte, a las incertidumbres del mercado. Situación esta que empeora debido a la elevada tasa de temporalidad que sufre este tipo de servicios, próximas, en algunos supuestos, a los contratos cero horas.

A ello ha de unirse el otro agravio comparativo que introduce la prescripción de coeficientes correctores que, regulados en el artículo 11 de la Ley 47, sólo son aplicables a los grupos segundo y tercero para determinar las bases de cotización por contingencias comunes. Esta técnica de asistencialismo como ha sido descrita<sup>56</sup>, trata de solventar las incertidumbres económicas que golpean a los sectores más débiles –en términos económicos– pero deja por el camino a otros grupos que, como el que nos ocupa, también está necesitado de protección.

Por otra parte, un régimen especial de pago por situaciones de incapacidad permanente, se contempla para los trabajadores incluidos en los grupos II y III. En concreto, el artículo 23 de la Ley 47/2015 prevé su abono directo, por parte de la gestora o mutua colaboradora de la Seguridad Social, independientemente de que la prestación se derive de enfermedad común o profesional, así como de accidente laboral o no. Mientras que el régimen general y autónomo de protección es aplicado a los trabajadores del sector de recreo. Así los trabajadores por cuenta ajena, en los supuestos de enfermedad común o de accidente no laboral de los trabajadores por cuenta ajena, el abono del subsidio se atribuye al empresario entre los días 4 a 15 de baja en el trabajo. Y, a partir del día 16 de baja, la responsabilidad del abono incumbe a la entidad gestora o colaboradora, aun cuando la materialidad del pago se continúe llevando a cabo en concepto de pago delegado por el mismo empresario –artículo 173.1 LGSS–. Para los trabajadores por cuenta propia, el subsidio por contingencias comunes –en la medida en que están obligados al pago, excepto los TRADE–, en caso de enfermedad común o accidente no laboral se aplicará el 60 % desde el día 4 al 20 de la baja; y en caso de enfermedad común o accidente no laboral se aplicará el 75 % a partir del día 21 de la baja. Sin embargo, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional se aplicará el 75 % desde el día siguiente al de la baja, siempre que el interesado hubiese optado por la cobertura de las contingencias profesionales –excepto los TRADE que, en esta ocasión, sí están obligados al pago–.

La última de las prestaciones que presenta diferencias entre los distintos colectivos que desarrollan actividades marítimo-pesqueras, es la referente a la pensión por jubilación, regulada en el artículo 30 de la Ley 47/2015.

---

Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, publicada en el BOE nº 36, de 11 de febrero, establece las bases de cotización para trabajadores autónomos y para trabajadores por cuenta ajena en el sector de recreo.

<sup>56</sup> En este sentido se pronuncia acertadamente a nuestro criterio la Profesora VICENTE PALACIO, A.: *El Régimen Especial...* op.c., pág. 80.

En concreto, esta prestación ha sido objeto de una interesante modificación en el año 2007 a partir del RD 1311, de 5 de octubre<sup>57</sup>, que sustituye las zonas de navegación por el tipo, tamaño y función de los buques como nuevos criterios para determinar los coeficientes reductores aplicables al tiempo de trabajo efectivamente prestado, para percibir la pensión por jubilación con anterioridad al cumplimiento de la edad exigida en el régimen general y en el de autónomos.

Pues bien, tales coeficientes reductores no son de aplicación a las embarcaciones de recreo, en la medida en que la función recreativa no está contemplada en las tres descritas. Esto es, marina mercante, pesca y estiba.

Todo ello nos lleva a concluir que, efectivamente ha habido una sustanciosa mejora en lo que respecta a la aproximación –en términos cualitativos y cuantitativos– entre los trabajadores autónomos y por cuenta ajena en el sector marítimo de recreo. Sin embargo esta mejora tal vez sea debida, no tanto al aumento de la protección social dispensada a este sector, como al hecho de haberlo abierto a la posibilidad del trabajo autónomo, cuyo régimen de protección –en términos generales– sí que ha sido fruto de un incremento sin precedentes de reconocimiento de derechos sociales.

Las acciones protectoras de las que goza el resto de colectivos que desarrollan actividades marítimo-pesqueras, contienen importantes mejoras que los reservan de las duras condiciones de trabajo originadas por las circunstancias del medio al que se dedican. Mejoras que todavía hoy son negadas al sector de recreo por razones contradictorias; de un lado, aquellas basadas en la idea de que este sector no puede constituir una actividad profesional. Y, de otro, razones ancladas en una presunta potencialidad económica –por no existir remuneración a la parte– que cuestionablemente eclipsa a todas las demás condiciones penosas que circundan a estos trabajos.

#### 4. CONCLUSIONES

El sector marítimo de recreo, ciertamente preterido desde los primeros años de ordenación del régimen especial del mar, y aun a pesar de los válidos y decididos pasos dados hacia su profesionalización, necesita ser contemplado desde la realidad que lo integra, conformada por la economía sumergida, el trabajo irregular, la frecuente desprotección laboral y social, la dureza del medio en que se desarrolla, su extrema estacionalidad, el escaso número de trabajadores dedicados a esta profesión, la carencia de instrumentos colectivos –y representantes– que garanticen la defensa de sus intereses, y la negativa del legislador a reconocer como protegibles algunas de las actividades que lo integran, como sucede con el buceo.

La aprobación del CTM 2006, asentado en los firmes objetivos de garantizar una protección social digna para todos los colectivos que trabajen en el medio marino, es un importante avance en la coordinación de los sistemas de seguridad social para la gente de mar, del que el sector de recreo español no ha podido beneficiarse en toda su extensión.

---

<sup>57</sup> Publicado en el BOE nº 255, de 24 de octubre.

Nuestra propuesta pasa por tanto, por ofrecer puntos de agarre, suficientes y fuertes, que abran nuevas reflexiones en todos los niveles posibles acerca de las mejoras que podrían introducirse en la protección social de este concreto sector.

# IX. LA INCIDENCIA DEL SALARIO “A LA PARTE” SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL<sup>1</sup>

MARÍA ISABEL RIBES MORENO  
*Profesora Ayudante Doctora*  
*Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,*  
*Universidad de Cádiz*

## 1. INTRODUCCIÓN

La aplicación de los criterios de determinación en los regímenes de Seguridad Social presenta aristas respecto a determinados colectivos entre los que se encuentran, de forma destacada, los trabajadores del mar. Como es sabido, las legislaciones de seguridad social se basan en el principio de territorialidad, tomando como punto de referencia el lugar de prestación de los servicios a los efectos de determinar a quien se aplican sus disposiciones. Asimismo, la mundialización de la economía, los fenómenos migratorios y la movilidad transnacional de trabajadores han ocasionado la necesidad de que los Estados hayan formalizado acuerdos o convenios para establecer reglas de coordinación de los distintos sistemas y proteger a sus ciudadanos. Por ello, la Unión Europea (en adelante UE), al objeto de garantizar la efectividad del principio de libre circulación, elaboró Reglamentos destinados a evitar que los derechos de los trabajadores migrantes se viesan disminuidos como consecuencia de un cambio de su lugar de trabajo o residencia dentro de la Unión. Actualmente, las normas aplicables están compuestas por el Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y su Reglamento de aplicación (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de sistemas de seguridad social. Las reglas se completan con el Reglamento (UE) nº 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación de los citados Reglamentos, a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos. Este conjunto de normas tiene como objetivo establecer un “sistema completo y uniforme de normas de conflicto de leyes”<sup>2</sup>, destinado a determinar la legislación nacional aplicable al régimen de seguridad social.

Habitualmente, los problemas que se abordan respecto a los trabajadores del mar, tienden a poner de manifiesto las referidas complicaciones respecto a la determinación del régimen de seguridad social aplicable. En particular, los estudios suelen dirigirse al análisis de la problemática del encuadramiento de este personal conforme a la consideración del Estado de pabellón, como lugar de prestación de la actividad a bordo de buques. En este sentido, son numerosos los trabajos en los que se trata la dificultad

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el contexto del proyecto de investigación financiado por el MINECO titulado “Problemas actuales y perspectivas de futuro del desplazamiento de trabajadores transnacional: el caso de los trabajadores del transporte” (Ref. DER2013-43423-R), cuya investigadora principal es la DRA. FOTINOPOULOU BASURKO. También realizado en el marco del I+D+i “Redireccionando el empleo hacia el autoempleo: precarización de condiciones de trabajo y emergencia de la figura del emprendedor” (Ref. DER2015-67342-R), cuyo investigador principal es el DR. GÓMEZ MUÑOZ

<sup>2</sup> STJCE de 24.03.1994, *Van Pouque*, asunto C-71/93, ECLI:EU:C:1994:120.

de mantener este criterio como elemento de vinculación con la aparición del recurso a las banderas de conveniencia, proponiendo la necesidad de un cambio de criterio para conectar al personal marítimo-mercante y marítimo-pesquero con el sistema de protección social de un Estado determinado<sup>3</sup>. Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sus pronunciamientos ha permitido construir propuestas sobre el particular.

Sin embargo, en estas páginas, aunque la situación de los pabellones de conveniencia y la determinación de la ley aplicable también supone un problema en la pesca<sup>4</sup>, queremos destacar otro de los problemas que se evidencia en dicho sector. En este caso, hemos de señalar las diferencias que se plantean, no sólo respecto al encuadramiento, sino también, respecto al establecimiento de una base de cotización y en el pago de sus cotizaciones cuando son retribuidos por el tradicional régimen salarial “a la parte”, manifestándose una palmaria diferencia respecto al régimen general, en lo que respecta a la asunción de los costes de Seguridad Social.

## 2. LA RETRIBUCIÓN DE LOS PESCADORES MEDIANTE EL RÉGIMEN A LA PARTE

Es preciso, para exponer los problemas que se plantean, referir con detalle el modo de retribución a la parte. Esta modalidad de sistema salarial, cuya denominación nos evoca épocas pasadas, constituye un régimen retributivo ciertamente frecuente todavía a

<sup>3</sup> Respecto a la necesidad de reformular los criterios para conectar un determinado régimen de Seguridad Social, véase los trabajos de FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “¿Es necesario reformular el art. 7 de la LGSS ante la decadencia del criterio de la ley del pabellón como criterio de conexión de los sistemas de Seguridad Social de la gente de mar?”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº5/2015, Editorial Laborum, págs. 63-96. FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “What law for the international maritime employment contracts?: between flexibility and reasonableness”, *Diritto marittimo*, Vol. 115, Nº. 2, 2013, págs. 287-303. FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “Cerrando el círculo: El caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 123, 2014, págs. 79-108. Asimismo, RIBES MORENO, M.I.: “La actividad del personal que presta servicios a bordo de buques y sus problemas frente al encuadramiento en un régimen de Seguridad Social”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 1, Nº. 1, 2016, págs. 23-55, igualmente, RIBES MORENO, M.I.: “La problemática derivada de la aplicación del Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social 883/2004, y del Convenio multilateral iberoamericano de Seguridad Social al personal que presta servicios a bordo de buques”, en VVAA. *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada : retos para la disciplina laboral* (CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M.; RAMÍREZ BENDALA, M.D., SIERRA BENÍTEZ, E.M., CERVILLA GARZÓN, M.J. (coord.); SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.; GARRIDO PÉREZ, E. (dir.)), 2016, págs. 151-166.

<sup>4</sup> Sobre esta cuestión vid. Informe de 20 de noviembre de 2001, del Parlamento Europeo (Comisión de pesca) sobre el papel de los pabellones de conveniencia en el sector de la pesca (2000/2302 (INI)). Sin embargo, la mayoría de las actuaciones sobre el particular no van dirigidas a la protección de los recursos humanos a bordo, sino para reducir los incumplimientos de dichos buques respecto a la pesca ilegal. Acerca de la problemática sobre las banderas de conveniencia en el encuadramiento ante un régimen de Seguridad Social determinado vid. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Problemática socio-laboral de los pabellones de conveniencia”. *Revista de Estudios Financieros*, nº 260/2004, págs. 65-90; RUIZ SOROA, J.M. y DÍAZ SÁNCHEZ, J.: “Reflexiones sobre banderas de conveniencia y Derecho Marítimo y Laboral Español”. *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. IV, 1986, págs. 91-155. SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Pabellones de conveniencia y Seguridad Social”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 6/2002 parte Estudio, BIB 2002/816. CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: “Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 108/2001, págs. 909-927. IRIARTE ÁNGEL, J.L.: *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Beramar, 1993.

día de hoy. Además, no se trata de un hecho aislado en el ámbito pesquero en España, sino que se afecta generalizadamente a la retribución percibida por los pescadores en todos los países del mundo<sup>5</sup>.

Existen dos sistemas de remuneración en el sector pesquero mundializado, uno de ellos puede ser conforme a unidad de tiempo, estableciendo un salario por un período determinado, mensual, semanal, etc. El otro sistema que puede acordarse, que suele ser el más habitual en la pesca, es el de remuneración proporcional o a la parte. Esta modalidad se caracteriza en que la determinación de la retribución del pescador se calcula en función de las ganancias procedentes de las capturas realizadas, a veces con garantía de un salario mínimo<sup>6</sup>. Por tanto, a los efectos de concretar el salario, en primer lugar, se habrá de deducir previamente de dicha cantidad –o beneficio de la pesca– los gastos de explotación del buque y, en segundo lugar, sobre el montante resultante se aplicará una fórmula de distribución según lo que se haya acordado<sup>7</sup>. Asimismo, cabe que se materialicen sistemas combinados de remuneración entre los dos anteriores.

La retribución a la parte suscita numerosos problemas, habida cuenta que en muchos Estados no se considera a estas personas trabajadores por cuenta ajena sino autónomos, precisamente por la forma en la que se concreta su retribución<sup>8</sup>. Este hecho, además, ocasiona que estos trabajadores en numerosos Estados no se encuentren cubiertos por Sistemas de Seguridad Social. Asimismo, las posibles fluctuaciones de sus ingresos hacen necesario que se preste una especial atención en lo que respecta a la determinación de las cotizaciones al régimen de Seguridad Social aplicable, para evitar su desprotección. Hay que destacar que este tipo de retribución se da con mayor incidencia en embarcaciones pequeñas, debido a que la práctica tiene como finalidad

<sup>5</sup> Con una interesante descripción de las prácticas salariales, vid. Informe V (1), Condiciones de trabajo en el Sector Pesquero. Una norma general (un convenio complementado con una recomendación) sobre el trabajo en el sector pesquero, Oficina Internacional del Trabajo, 2003, págs 61-62.

<sup>6</sup> En principio, en el ámbito internacional la institución del salario mínimo no parece afectar a los pescadores, a diferencia de lo que sucede para otros colectivos como son los marineros preferentes. No obstante, en el territorio de la Unión Europea, se conciertan acuerdos de remuneración en el sector pesquero suscritos con Estados ribereños, o ha reconducido a las cifras previstas para los marinos

<sup>7</sup> Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188): Todos a bordo, Departamento de Actividades Sectoriales OIT, GDFWF/2013, pág. 4.

<sup>8</sup> Son numerosos los documentos que reflejan esta circunstancia, puede consultarse, Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188): Todos a bordo, cit., página 4. Igualmente, en el territorio de la Unión Europea, ver a tal efecto el documento de la Comisión “Impact assessment on the Agreement concluded between the General Confederation of Agricultural Cooperatives in the European Union (COGECA), the European Transport Workers' Federation (ETF) and the Association of National Organisations of Fishing Enterprises (EUROPÊCHE) of 21 May 2012 as amended on 8 May 2013 concerning the implementation of the Work in Fishing Convention, 2007 of the International Labour Organisation on the Accompanying the document the proposal for a Council Directive implementing the Agreement concluded between the General Confederation of Agricultural Co-operatives in the European Union (COGECA), the European Transport Workers' Federation (ETF) and the Association of National Organisations of Fishing Enterprises (EUROPÊCHE) of 21 May 2012 as amended on 8 May 2013 concerning the implementation of the Work in Fishing Convention, 2007 of the International Labour Organisation”, págs 7-9. Asimismo, con gran precisión, vid. Costs and Benefits of a Council Decision implementing the European sectoral social partners' Agreement concerning the implementation of the Work in Fishing Convention, 2007 of the ILO – VT/2014/052 Final report, Directorate-General for Employment, Social affairs and Inclusion, Diciembre 2015, donde se incluyen estadísticas respecto a esta situación.

“repartir el riesgo para afrontar los costes de mantenimiento de la flota”<sup>9</sup>. Por otra parte, el hecho de verse retribuidos a la parte, también contribuye a generar mayores riesgos laborales, puesto que el hecho de que se perciba una mayor remuneración a mayor número de capturas ocasiona que se extiendan las jornadas y se reduzca el número de miembros de la tripulación.

La normativa internacional reguladora del salario en la pesca, venía recogida en la precedente de la Organización Internacional del Trabajo<sup>10</sup>. Así, referidos específicamente al sector pesquero, se encuentran el Convenio 114, sobre el contrato de enrolamiento de los pescadores, de 1959, el Convenio 179, sobre la contratación y la colocación de la gente de mar, de 1996, el Convenio 112, sobre edad mínima (pescadores), de 1959, el Convenio 113, sobre el examen médico de los pescadores, de 1959, el Convenio 114, sobre enrolamiento de los pescadores, de 1959 y el Convenio 126, sobre el alojamiento de la tripulación (pescadores), de 1966<sup>11</sup>. En la actualidad, tras descartarse la posibilidad de que los buques de pesca se viesan incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio de Trabajo Marítimo, 2006 y, en consecuencia, desaprovechando una oportunidad única de haber regulado todo el sector de manera conjunta, las normas tradicionales han sido revisadas y reemplazadas por el Convenio 188 y la Recomendación 199, que se configuran como las normas generales para el trabajo en la pesca, y que incluyen ciertas cuestiones sobre salario. El Convenio 188, cuya entrada en vigor se producirá el 16 de noviembre de 2017<sup>12</sup>, distingue dos modalidades diferentes de retribución, por unidad de tiempo –o fija– y a la parte, y otra modalidad de carácter mixto. Así dentro de los acuerdos de empleo, conforme al Convenio, habrá de determinarse “el importe del salario del pescador o, si fuera remunerado a la parte, el porcentaje de su participación en especie y el método adoptado para el cálculo del mismo, o el importe de su salario y el porcentaje de su participación y el método adoptado para el cálculo de ésta si fuera remunerado mediante una combinación de estos dos métodos, así como, el salario mínimo que pudiera haberse convenido”<sup>13</sup>. De este modo, se recoge la existencia del mencionado régimen salarial.

Ahora bien, el nuevo Convenio viene a intentar garantizar la existencia de una protección de Seguridad Social completa para los pescadores y, a tal efecto, refiere que todo Estado miembro deberá comprometerse a adoptar medidas en ese sentido. Conforme a lo anterior, menciona la necesaria cooperación entre Estados mediante acuerdos para conseguir una protección de Seguridad Social para los pescadores, teniendo en cuenta el principio de igualdad de trato. Del mismo modo, señala la necesidad de extender, en la medida de lo posible, esta protección a las personas incluidas en sistemas de seguridad social nacionales, de manera que abarque a todos los

<sup>9</sup> VVAA.: (director CRUZ VILLALÓN, J.), *La negociación colectiva en la explotación de recursos acuícolas: pesca, acuicultura y actividades afines*, Madrid, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2009, pág. 173.

<sup>10</sup> Sobre la evolución de la normativa de la OIT respecto a los pescadores vid. CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: “Los convenios de la OIT sobre la protección de los pescadores”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número 112 (2014), págs 233 y sig.

<sup>11</sup> Todos ellos, salvo el 179 y el C.112, han sido ratificados por España.

<sup>12</sup> Un año un año después de la ratificación del mismo por Lituania, décima ratificación requerida para su entrada en vigor.

<sup>13</sup> Anexo II, apartado (i).

pescadores, incluidos quienes trabajan por cuenta propia, cuestión que suele ir vinculada a la retribución a la parte<sup>14</sup>.

En el ámbito de la Unión Europea, también se han reforzado los estándares de la OIT mediante la aprobación de la Directiva (UE) 2017/159 del Consejo de 19 de diciembre de 2016 por la que se aplica el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo en la pesca de 2007 de la Organización Internacional del Trabajo, celebrado el 21 de mayo de 2012 entre la Confederación General de Cooperativas Agrarias de la Unión Europea (Cogeca), la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) y la Asociación de las Organizaciones Nacionales de Empresas Pesqueras de la Unión Europea (Europêche), que entrará en vigor a la vez que el Convenio el 16 de noviembre de 2017<sup>15</sup>. No obstante lo anterior, las cuestiones salariales, como es sabido, se encuentran fuera de su ámbito de competencias<sup>16</sup>, y las cuestiones de Seguridad Social se canalizan mediante los referidos Reglamentos cuya finalidad es “crear el entramado necesario para permitir el engranaje de las relaciones jurídicas transnacionales”<sup>17</sup>, concretando únicamente actuaciones de articulación –que no de armonización– entre los Estados miembros.

En España el régimen jurídico del salario a la parte carece de regulación específica<sup>18</sup>, si bien, la primera norma laboral que recogió esta modalidad de retribución

<sup>14</sup> Vid. artículos 34-37 del C. 188. A tal efecto, aunque las reglas establecidas en el propio Convenio 188 establecen que el Estado garantizará a los pescadores que residen habitualmente en su territorio dicha protección de Seguridad Social, las responsabilidades podrán modificarse en función de los acuerdos bilaterales y multilaterales o disposiciones adoptadas en el marco de organizaciones de integración económica regional. Sobre estas cuestiones y la incidencia de dichos acuerdos, vid. CARRIL VÁZQUEZ, X.M.; “La seguridad social de los trabajadores del mar en el Derecho internacional y comunitario” en: VV.AA. (FOTINOPOULOU BASURKO, O.; coord.), *Jornada sobre la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*. Bilbao, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco. 2007, pág. 71 y sig.. Refiriendo dicha problemática RIBES MORENO, M.I.: “La actividad del personal que presta servicios a bordo de buques y sus problemas frente al encuadramiento en un régimen de Seguridad Social”, cit., págs. 27-35.

<sup>15</sup> Hasta la fecha de cierre de estas páginas los únicos Estados europeos que habían ratificado el C.188 eran Estonia (3 mayo 2016), Francia (28 octubre 2015) y Lituania (16 noviembre 2016), si bien al haberse incorporado a una Directiva dicho acuerdo, entrará en vigor al mismo tiempo en todos los Estados pertenecientes a la UE. Sobre la importancia de esta incorporación mediante una Directiva, aunque realizando dicha valoración respecto al procedimiento seguido en el Convenio de Trabajo Marítimo, 2006, vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “El Convenio sobre el trabajo marítimo y el Derecho social comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 82 (2009), págs. 45 y siguientes.

<sup>16</sup> DOUE L25 de 31.01.2017. Sobre la génesis y adopción de la Directiva, vid. CABEZA PEREIRO, J.: «El reto de la ratificación del Convenio OIT nº 188 sobre el trabajo en la pesca», en VVAA: SOBRINO HEREDIA, J.M. (Director), *La toma de decisiones en el ámbito marítimo: su repercusión en la cooperación internacional y en la situación de la gente de mar*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2016, pág. 50-55.

<sup>17</sup> Cfr. MIRANDA BOTO, J.M.: “El estadio previo: algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria”, en VVAA.: *El Reglamento Comunitario 1408/71, nuevas cuestiones, viejos problemas*, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (coord.), Murcia, Laborum, 2008, pág. 27.

<sup>18</sup> Aunque el régimen a la parte tiene una larga tradición. Así, ya aparecía recogido en el derogado Libro III del Código de Comercio de 1888 donde se hacía referencia al mismo en sus artículos 642, 643 y 645, aunque referían cuestiones sobre el comercio marítimo y se mencionaba el limitado derecho a indemnizaciones en distintos supuestos, ya que se ajustaba sobre la parte que le correspondía. Con mayor profundidad sobre la evolución histórica del salario a la parte, vid. SAAVEDRA ACEVEDO, J.: “El contrato de trabajo a la parte”, en VVAA.: *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Madrid, Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1956, págs. (...)

fue la Reglamentación Nacional en la Industria de la Pesca Marítima, Orden de 28 de octubre de 1946. En ella se plasmaban los dos sistemas de retribución sectoriales, es decir, la retribución fija y la retribución “a la parte”. Sin embargo, la retribución por capturas mantenía dos modalidades diferentes, la de la pesca de arrastre y la de cerco, lo que motivó la aprobación de dos reglamentaciones nacionales sobre el particular. Posteriormente, también en la Reglamentación de buques arrastreros se incluyeron disposiciones sobre el salario por capturas<sup>19</sup>. Ahora bien, el tránsito del régimen de Ordenanzas y Reglamentaciones al régimen actual ha tenido una gran complejidad tras la promulgación del Estatuto de los Trabajadores de 1980. En este sentido, aunque la disposición transitoria segunda de dicha disposición establecía la derogación general de las Ordenanzas laborales y las Reglamentaciones de Trabajo al detectarse graves problemas de cobertura, debido a la negociación colectiva caracterizada por su situación atomizada y rudimentaria, hubo que prorrogar la vigencia de todas ellas. Igualmente, en este ámbito, ha tenido gran importancia el Acuerdo de Cobertura de Vacíos de 1997, especialmente para los buques arrastreros al fresco y la pesca marítima en buques congeladores, donde también figuran disposiciones sobre el mencionado sistema de retribución. Sin embargo, aunque en épocas pasadas se discutía la naturaleza laboral de la actividad y, en consecuencia el sistema de Seguridad Social era de difícil aplicación<sup>20</sup>, en la actualidad, los pescadores retribuidos a la parte se encuentran plenamente integrados en el régimen especial de trabajadores del mar<sup>21</sup>, hoy regulado mediante la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero<sup>22</sup>.

En virtud de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, los sistemas salariales se articulan conforme al salario por unidad de tiempo, por unidad de obra o por resultado, siendo en esta última modalidad donde podría incardinarse el salario a la parte. Ahora bien, hay que distinguir si se trata de un sistema que combina la retribución por unidad de tiempo y por resultado, cuestión cada vez más frecuente, ya que se trataría de una modalidad mixta, para tratarse de un sistema por unidad de tiempo si se retribuye conforme un salario mensual. Sin embargo, no existe una regulación específica sobre el salario a la parte, en consecuencia, será la negociación colectiva la que vendrá a establecer el régimen aplicable. La negociación colectiva en el sector pesquero, considerada por la doctrina como “desarticulada” o “caótica”<sup>23</sup>, manifiesta una importante influencia de los usos y costumbres, donde el sistema retributivo cuenta con una especial singularidad –que incluso se remiten en esta cuestión a las derogadas Ordenanzas–. Los distintos convenios colectivos vienen, dentro de la estructura salarial, a determinar las especialidades de su regulación salarial y consagrar la pervivencia del

224-225. LÓPEZ ANIORTE, M. C.: “La retribución del trabajo en el mar: el salario a la parte”, *Civitas, Revista española de derecho del Trabajo*, nº123, 2004, págs. 429-432.

<sup>19</sup> Por otra parte, también la marina mercante dentro de las tres modalidades salariales previstas en su Ordenanza reguladora, recogía la retribución conforme al régimen a la parte. Vid. Ordenanza de 20 de mayo de 1969. LÓPEZ ANIORTE, M. C.: “La retribución del trabajo en el mar: el salario a la parte”, cit. págs. 431-432.

<sup>20</sup> SAAVEDRA ACEVEDO, J.: “El contrato de trabajo a la parte”, cit., págs. 225-226.

<sup>21</sup> Acerca de esta cuestión, dos magníficas obras abordan el estudio de dicho régimen, CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: *La seguridad social de los trabajadores del mar*, Madrid, Civitas, 1999; así como, VICENTE PALACIO, A.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2004.

<sup>22</sup> BOE nº 253, de 22 de octubre de 2015.

<sup>23</sup> VVAA: *La negociación colectiva en la explotación de recursos acuícolas: pesca, acuicultura y actividades afines*, (director CRUZ VILLALÓN, J.), cit., pág. 33.

salario a la parte. No obstante, tendencia a la eliminación de dicho método, ya que parte de la doctrina considera que el sector se está dirigiendo hacia una “asalarización de los pescadores”<sup>24</sup>.

En la actualidad en nuestro país, numerosos convenios colectivos del sector igualmente consagran la retribución a la parte. No se trata de un sistema único, puesto que se evidencia una importante casuística en la propia negociación colectiva, ya que el sistema retributivo se configura en cada convenio de distintas maneras<sup>25</sup>. Por un lado, ciertos instrumentos colectivos lo refieren como un modo de retribución único<sup>26</sup>, calculándose el salario sobre capturas; por otro lado, encontramos modalidades de salario mixto y, por último, también hay convenios que consagran un sistema retributivo con base en la unidad de tiempo, sin diferencias apreciables con otros sectores.

A tal efecto, la remuneración a la parte es sumamente peculiar, en la que la costumbre mantiene una influencia destacada, y se concreta de la siguiente forma. Conforme al sistema pactado, el propietario facilita el barco y el equipo. El trabajador del mar cobra una parte de las ganancias de la captura, a la que previamente se le han descontado una serie de gastos de explotación. Las diferencias entre los distintos sistemas se concretan en la forma en la que se determina la base sobre la que se aplican los porcentajes de los tripulantes. Probablemente, existen tantos sistemas como convenios colectivos, ya que se manifiestan numerosas modalidades<sup>27</sup>. De esta forma, una vez que se obtiene el “monte mayor” o “montón” –importe total de pesca capturada– se le deducirán los gastos y, en su caso, costes de la explotación del buque, para determinar la base de cálculo o “monte menor”. Posteriormente, se aplicará sobre los beneficios netos una fórmula de distribución, previamente acordada, entre el propietario del buque pesquero y los pescadores<sup>28</sup>. En consecuencia, los pescadores

<sup>24</sup> VVAA: *La negociación colectiva en la explotación de recursos acuícolas: pesca, acuicultura y actividades afines*, (director CRUZ VILLALÓN, J.), cit., pág. 173. Si bien también se manifiesta a día de hoy su implantación, vid. CABEZA PEREIRO, J., “El salario a la parte en la pesca, entre costumbre y autonomía colectiva”, en VVAA.: *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, CABEZA PEREIRO, J., RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (Coord.), Albacete, Editorial Bomarzo, 2015, pág. 422.

<sup>25</sup> Son escasos los estudios doctrinales sobre el salario a la parte en España, si bien pueden destacarse los referentes a un estudio de los convenios colectivos, señaladamente AAVV (director CRUZ VILLALÓN, J.), *La negociación colectiva en la explotación de recursos acuícolas: pesca, acuicultura y actividades afines*, cit., páginas 173-200; también CABEZA PEREIRO, J.: “El salario a la parte en la pesca, entre costumbre y autonomía colectiva”, en VVAA: *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, CABEZA PEREIRO, J., RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (Coord.), Albacete, Editorial Bomarzo, 2015, págs. 418-431. Otros autores también han abordado con mayor o menor profundidad los estudios sobre salario CORREA CARRASCO, M.: *La ordenación de las relaciones laborales en el sector marítimo-pesquero*, cit., págs 129-172, también LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “Las singularidades del trabajo en el mar: el salario a la parte”, cit., págs 432-441.

<sup>26</sup> Generalmente en la pesca de bajura, id. CORREA CARRASCO, M.: *La ordenación de las relaciones laborales en el sector marítimo-pesquero*, cit., pág. 134-135.

<sup>27</sup> A juicio de CORREA CARRASCO, M.: *La ordenación de las relaciones laborales en el sector marítimo-pesquero*, cit., págs. 135-136, existen tres modalidades: el sistema clásico, donde se detraen una serie listada de gastos comunes de producción; el sistema de participación sobre el importe líquido de la pesca, en la que la deducción incluye gastos y costes; y otra en la que la participación se realiza sobre el importe bruto de la pesca, puesto que los gastos se asumen por el armador en su totalidad.

<sup>28</sup> Generalmente en función de categorías jerárquicas. Describiendo perfectamente el régimen de retribución véase Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188): Todos a bordo, Documento temático para debate en el Foro de diálogo mundial para la promoción del Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188), cit., página 4. También con mayor detalle Condiciones (...)

obtienen todo o parte de su salario en función de la aplicación del porcentaje sobre los ingresos o beneficios brutos de la expedición pesquera.

Por tanto, esta modalidad de retribución consiste en un sistema en el cual el pescador percibe una parte del montante de la pesca capturada, tras haber deducido ciertas cantidades sobre el total de la misma. Así, son dos sus características: por una parte, el salario no está estructurado conforme a la estructura salarial habitual prevista en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, salario base y complementos salariales, aunque por supuesto los trabajadores tendrán derecho al salario mínimo interprofesional. Por otra parte, las horas extraordinarias, vacaciones y gratificaciones extraordinarias no están retribuidas adicionalmente a lo percibido en su correspondiente parte, sino que en ocasiones se incluyen en el monte menor<sup>29</sup>. Sin embargo, un problema fundamental con el que nos encontramos es el de la deducción de unos determinados conceptos del monte mayor, donde algunos convenios colectivos establecen en una lista cerrada, que no es coincidente en todos ellos, y donde la influencia de la costumbre permite que concurren ciertas ilegalidades que afectan a la obligación de cotizar. Al mismo tiempo, el hecho de que en España no se haya ratificado a día de hoy el Convenio 188 de la OIT, ni tampoco cumpla el Convenio 114<sup>30</sup> en lo que respecta, entre otras cuestiones, al contenido del contrato de trabajo es un hecho que puede contribuir a la indefensión del pescador. En efecto, la falta de cumplimiento de las disposiciones sobre forma y contenido del contrato de trabajo, supone un elemento perjudicial. Es visible que en lo atinente al salario, el conocimiento de cómo se concreta la determinación de su participación, y el método adoptado para su cálculo cuando es retribuido a la parte, es absolutamente necesario cuando se trata de exigir sus derechos.

### 3. LAS PECULIARIDADES DE LA COTIZACIÓN DE LOS PESCADORES RETRIBUIDOS MEDIANTE EL RÉGIMEN A LA PARTE

Las peculiaridades que se han descrito en páginas anteriores, se proyectan indefectiblemente en otros aspectos, como son los derivados de la protección social. En efecto, la retribución a la parte se caracteriza, entre otras particularidades, en determinar la aplicación de un sistema de cotización especial, que en la actualidad está recogido en la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

La cotización de los trabajadores remunerados a la parte ha sufrido distintas modificaciones a lo largo de los años. Sin embargo, todas las normas reguladoras se atienden a las especialidades de esta forma de retribución. En una primera etapa, desde 1969, la Ley General de Seguridad Social de Trabajadores del Mar y su Reglamento, venían a fijar para los trabajadores a la parte una cuantía estimada como base de cotización para las contingencias profesionales. Así, se establecía que anualmente las

---

de trabajo y de vida de los pescadores: 1. Sistemas de remuneración e ingresos 2. Adaptación profesional a los cambios técnicos en la industria pesquera 3. Necesidades sociales y económicas de los pescadores en pequeña escala y de las comunidades pesqueras rurales Comisión sobre las Condiciones de Trabajo en la Industria Pesquera, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1988, páginas 9-16.

<sup>29</sup> LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “Las singularidades del trabajo en el mar: el salario a la parte”, cit., págs. 436-441. En el mismo sentido, CABEZA PEREIRO, J.: “El salario a la parte en la pesca, entre costumbre y autonomía colectiva”, cit. pág. 422.

<sup>30</sup> Ratificado por España el 7 de agosto de 1961.

Delegaciones Provinciales de Trabajo en las provincias de litoral, a propuesta de la Entidad Gestora, establecerían unas remuneraciones estimadas que se habían de tener en cuenta a efectos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Estas remuneraciones, utilizadas como base de cotización para dichas contingencias, se determinaban conforme a un procedimiento previsto en el propio Reglamento<sup>31</sup>. Efectivamente, se formalizaba un sistema similar al actual, en el que se concretaban administrativamente las bases de cotización para los salarios a la parte.

Esta situación, no obstante, varió durante un segundo período, en el que se intentó homogeneizar la cotización de los trabajadores del mar con los trabajadores del Régimen General retribuidos por unidad de tiempo<sup>32</sup>, aunque manteniendo como supuesto de excepción para aquellos que prestaban servicios en embarcaciones de hasta 10 Toneladas de registro bruto y los autónomos del mar, cuyo régimen de cotización seguía conforme al sistema anterior de salarios fijados administrativamente. En cuanto al resto de trabajadores a la parte, las distintas normas determinaron que las referidas remuneraciones fijadas por las Direcciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social eran el tope mínimo de cotización para todas las contingencias. A tal efecto, asimismo se establecía un límite máximo de cotización, resultado de aplicar a dicha cantidad unos porcentajes que fueron variando. Finalmente, se estableció que las bases de cotización por contingencias comunes de las empresas y trabajadores del mar se determinarían conforme a los salarios realmente percibidos, aunque manteniendo una reducción de su cuantía mediante la aplicación de unos coeficientes correctores<sup>33</sup>.

Finalmente, la última etapa, vuelve al “sistema tradicional de cotización sobre la base fijada anualmente”<sup>34</sup>. En consecuencia, todas las contingencias tendrán como base de cotización las remuneraciones determinadas anualmente mediante Orden del

<sup>31</sup> Artículos 20.3 de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, reguladora del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, BOE nº 313, de 31 de diciembre, y 35.1 del Decreto 1867/1970, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, por la que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, BOE nº 165, de 11 de julio.

<sup>32</sup> Fueron cinco las normas que sucesivamente afectaron a este sistema de cotización. Real Decreto 234/1990, de 23 de febrero, por el que se establecen las normas básicas de cotización a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional en 1990, BOE nº 48, de 24 de febrero; Real Decreto 9/1991, de 11 de enero, por el que se establecen las normas de cotización a la Seguridad Social. Desempleo. Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional en 1991, BOE nº 14, de 16 de enero; Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, BOE nº 313, de 31 de diciembre; Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993, BOE nº 313, de 30 de diciembre; la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994, BOE nº 312, de 30 de diciembre y por último, el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, BOE nº 22, de 25 de enero.

<sup>33</sup> Así el art. 52.2 del RD 2064/1995 establecía que “En todo caso, para la determinación de las bases de cotización por contingencias comunes respecto de las empresas y trabajadores incluidos en los grupos segundo y tercero de los grupos de cotización establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 54, a las cantidades resultantes conforme a las normas establecidas en los números precedentes del presente artículo, se aplicarán los coeficientes correctores establecidos o que establezca el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a propuesta del Instituto Social de la Marina, oídas las organizaciones sindicales y empresariales respectivas, las cofradías de pescadores y las organizaciones de productores pesqueros. Dichos coeficientes correctores se fijarán teniendo en cuenta las características que concurren en las actividades comprendidas en dichos grupos y la capacidad económica de empresas y trabajadores”.

<sup>34</sup> Cfr. VICENTE PALACIO, A.: “Régimen Especial de Trabajadores del Mar”, en VVAA: *Regímenes Especiales de Seguridad Social*, Valencia, CISS 1998, pág. 231.

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a propuesta del Instituto Social de la Marina, oídas las organizaciones representativas del sector. Este régimen, como se verá, es el que sigue la normativa vigente sobre el particular.

Por tanto, esta modalidad retributiva tiene proyección sobre la Seguridad Social, puesto que a efectos de la cotización se clasifica a los trabajadores en diferentes grupos en función, no sólo del régimen retributivo, sino también de la dimensión del buque.

A tal efecto, en la actualidad se sigue esta misma solución, y la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, establece tres grupos de cotización que se concretan en los siguientes:

En primer lugar, el grupo I, que integra, además de los trabajadores retribuidos conforme a salario, también a trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia o armadores retribuidos a la parte, en embarcaciones de más de 150 toneladas de registro bruto.

El grupo II incluye a trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia o armadores retribuidos a la parte, en embarcaciones de más de 10 y menos de 150 toneladas de registro bruto. Este grupo se subdivide en dos, el II-A, cuando se presten servicios en buques que superen las 50 toneladas de registro bruto, y para tonelaje inferior se encuadrarán en el II-B.

Por último, el grupo III se integra por los que ejercen su actividad en embarcaciones de menos de 10 Toneladas de registro bruto.

La norma, como se ha descrito, también hace referencia a los armadores, aunque no nos referiremos a ellos en estas páginas por razones de espacio<sup>35</sup>. Igualmente, la norma menciona a los trabajadores por cuenta propia, sin que los trabajadores a la parte queden encuadrados en esta categoría por el mero hecho de su régimen retributivo, por ello tampoco haremos referencia a esta situación. En cuanto a los trabajadores cuando sean retribuidos conforme a un salario mensual, es decir, por unidad de tiempo, sin atender a los resultados de la pesca, la cotización no presenta peculiaridades. A tal efecto, en virtud del artículo 9 de la Ley 47/2015, se establece que serán consideradas bases de cotización las remuneraciones efectivamente percibidas y, por tanto, serán computadas del mismo modo que en el régimen general. En este sentido, se aplicarán los límites y bases, mínimas, medias y máximas que fuesen procedentes en función de la categoría profesional que tuviese el pescador. Por consiguiente, a los efectos de la cotización los trabajadores por cuenta ajena del grupo I no presentan diferencias cuando son retribuidos conforme a un salario mensual. Al mismo tiempo, esta misma circunstancia se produce para trabajadores a la parte, que embarcados en buques grandes –más de 150 Toneladas de Registro–, “coticen en iguales períodos y cuantías que los del apartado anterior”<sup>36</sup>, es decir, generalmente retribuidos en la misma forma y cuantía que los

<sup>35</sup> Puede consultarse un completo estudio sobre los autónomos en este ámbito en CERVILLA GARZÓN, M.J.: “La nueva delimitación del concepto de trabajador autónomo del sector marítimo-pesquero en la Ley 47/2015, de 21 de octubre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 44, 2016.

<sup>36</sup> Así el art. 54.1.2 del RD 2064/1995.

anteriores. Ahora bien, en las demás situaciones, como son las recogidas en los grupos II y III se determinan bases adaptadas al tipo de pesca y localización.

Por tanto, abordaremos con mayor profundidad, como se avanzó en páginas anteriores, el caso de pescadores retribuidos a la parte, para los que la normativa mantiene previsiones particulares frente a la cotización. En efecto, la determinación de las bases de cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas por este Régimen Especial, respecto de las personas trabajadoras incluidas en los grupos segundo y tercero de los grupos de cotización a que se refiere el artículo 10 de esta ley, se considerarán retribuciones efectivamente percibidas las determinadas anualmente por Orden del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a propuesta del Instituto Social de la Marina, oídas las organizaciones sindicales y empresariales representativas, las Cofradías de pescadores y las organizaciones de productores pesqueros. Dicha determinación se efectuará por provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales sobre la base de los valores medios de las remuneraciones percibidas en el año precedente y por el procedimiento que establezca el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. En dichos casos, no cabe adecuar la cotización a lo realmente percibido, sino que se ajustará a una base fija. Sin embargo, aunque pueda parecer una cuestión que impacta negativamente en la protección de los trabajadores, puesto que no es la retribución real, se trata de una estimación muy conectada ya que se basa en una estimación sobre los salarios medios del año anterior. Así, aunque quede como un reducto de épocas pasadas, tal como sucedía con otros regímenes especiales, podemos considerar que esta reforma “de ida y vuelta”<sup>37</sup> se trata de una conquista social. De esta forma se compensan épocas en las que perciben más con las que reciben salarios inferiores, equilibrando posibles situaciones que darían lugar a diferencias más que notables en las prestaciones que pudiesen resultar.

#### 4. LA PROBLEMÁTICA SUSCITADA EN EL PAGO DE LAS COTIZACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Sin embargo, es preciso destacar que en los trabajadores retribuidos a la parte, se les origina un problema de amplio calado, respecto al pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, cuyo carácter es controvertido. Se trata del alcance de la Ley y la costumbre respecto a la forma de distribuir el pago de las cuotas empresariales de Seguridad Social, cuando se trata de pescadores retribuidos con arreglo a esta modalidad. Asimismo, se trata de una cuestión que se confirma también en otros Estados<sup>38</sup>, por lo que la determinación del sistema aplicable podrá ocasionar una mayor o menor merma en el salario del trabajador.

Como es sabido, en lo que respecta a la obligación de cotizar, los sujetos responsables del pago son tanto el empresario como el trabajador. De esta forma, si nos referimos al pago de las contingencias comunes, la cotización se integra por dos aportaciones, la del empresario y la del trabajador, siendo la primera superior a la segunda, ya que es el empresario quien tiene el deber de cubrir las contingencias que

<sup>37</sup> Cfr. VICENTE PALACIO, A.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, cit., pág.89.

<sup>38</sup> Aunque con referencia a Bélgica y ya con cierta antigüedad, puede consultarse las menciones a los descuentos de las cuotas del montante de pesca en el trabajo de BLANCHARD, D.S.: “Life on a fishing trawler”, *International Labour Review*, nº 66, 1952, pág. 218.

puedan sobrevenir a los trabajadores durante la prestación<sup>39</sup>. Esto significa que se realiza una doble aportación. Sin embargo, este régimen de doble aportación tiene una excepción, ya que en el caso de las contingencias profesionales el único obligado a asumir las obligaciones es el empleador, como consecuencia de su deber de protección eficaz.

Ahora bien, dicha obligación de cotizar se manifiesta de forma completamente diferente cuando los pescadores son retribuidos a la parte, ocasionando una modificación del régimen jurídico de la obligación. En primer lugar, porque las cotizaciones profesionales podrán deducirse del monte mayor y, consecuentemente, se descontarán de la retribución del pescador. En segundo lugar, porque aunque la cotización por contingencias comunes ha de deducirse del monte menor, existe una excepción basada en la extinta Ordenanza de arrastreros al fresco y reconocida por los Tribunales, que permite deducir también la cuota con cargo al monte mayor.

A tal efecto, en dicho sector, en supuestos de retribución a la parte, se disponían reglas particulares destinadas a detraer del monte mayor o menor, las cuotas de seguridad social. Por un lado, el Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. en su artículo 20.2, establecía que “la cotización al régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (...) será a cargo exclusivo de la Empresa. Cuando se trate de embarcaciones en las que el trabajo sea remunerado por el sistema denominado «a la parte», esta cotización podrá reducirse del «Monte Mayor» o «Montón»”.

Esta circunstancia, herencia de épocas pasadas, no se ha abandonado, sino que se mantiene en el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social<sup>40</sup>, que en su artículo 51.2 a) dispone que “La cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales correrá a cargo de los empresarios. No obstante, cuando se trate de embarcaciones en las que el trabajo sea remunerado por el sistema denominado «a la parte», esta cotización podrá deducirse del «monte mayor» o «montón»”. Por consiguiente, se mantiene y consolida una excepción a la regla general que repercute de forma negativa en los trabajadores, debido a que son todos ellos los que vienen a soportar dicho coste, que se considera a todos los efectos como coste de explotación<sup>41</sup>. A nuestro juicio, se trata de una práctica especialmente censurable que incide de forma directa en la desprotección de estos trabajadores.

Pero, por otro lado, el Decreto 1867/1970, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, por la que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, incluye otra disposición cuyo tenor es aún más controvertida. Así, el artículo 24.4, refería que “El empresario descontará a sus trabajadores, en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones, la parte de cuota que corresponde a las aportaciones de los mismos,

<sup>39</sup> VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C; QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Editorial Tecnos, 2010, pág. 184.

<sup>40</sup> BOE nº 22, de 25 de enero.

<sup>41</sup> VICENTE PALACIO, A.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, cit., pág.87.

entendiéndose que este momento será el del reparto del «Monte Menor», cuando se trate de trabajadores retribuidos a la parte. Si no se realizase así, no podrá efectuarlo con posterioridad, quedando obligado a ingresar la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo”. Es visible que se trataba de una técnica cuya finalidad era que en el momento del reparto, se dedujese de la porción correspondiente al trabajador, ya que el empresario es el responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar e ingresará las aportaciones propias y las de los trabajadores. En este mismo sentido, el Real Decreto 2064/1995 mantiene esta misma situación ya que viene a reproducir en el artículo 51.2 b), el mismo tenor literal.

Sin embargo, en relación con la anterior, también se manifiesta otra excepción a la regla general, cuya legalidad es más que dudosa. Ya se ha mencionado la particular relevancia de los usos y costumbres locales y profesionales en dicho ámbito, donde las costumbres ancestrales están firmemente asentadas, pero también se consiente la pervivencia y aplicación de normas derogadas. Así, en determinados tipos de pesca se permite una práctica empresarial en la que no sólo la cotización por contingencias empresariales, sino también la atinente a contingencias comunes, se “imputa al denominado "monte mayor". Tal conducta tiene como resultado que la parte que finalmente obtiene el trabajador en el reparto de las ganancias, resulta disminuida por no respetarse los porcentajes que reglamentariamente determinan la cuota a su cargo”<sup>42</sup>. De esta forma, se manifiesta una situación en la cual el empresario o armador no atiende a sus obligaciones de Seguridad Social, sino que hace partícipe de ello, en parte, a los trabajadores.

Esta circunstancia, manifiestamente ilegal habida cuenta la normativa vigente, se presenta con cierta frecuencia ante los tribunales. A tal efecto, paradójicamente, la jurisprudencia consagra la práctica de esta excepción a la prohibición establecida tanto en el Real Decreto 2064/1995, como en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social<sup>43</sup>, artículos 7 y 143, respectivamente. La prohibición legal establece en ambas normas que será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador asuma la obligación de pagar total o parcialmente la prima o parte de cuota a cargo del empresario, ahora bien, como se ha señalado, la jurisprudencia considera que dicha práctica tiene carácter lícito<sup>44</sup>.

Los Tribunales vienen reconociendo que “en el caso de la pesca, el "salario a quiñón" o "salario a la parte", es una modalidad retributiva en la que se estipula un porcentaje mínimo de salario para los casos en los que no haya pesca y se reparte normalmente el 50 % de la facturación bruta del barco entre los pescadores que han trabajado. Esta facturación se concreta a partir del valor de la venta en lonja del pescado. El trato que realiza el armador del barco con los marineros puede contemplar el descuento de algunos gastos sobre este porcentaje, como puede ser la Seguridad

<sup>42</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social) Sentencia num. 6661/1995 de 9 diciembre.

<sup>43</sup> BOE nº 261, de 31 de octubre.

<sup>44</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sentencia de 10 de marzo, recurso núm. 7373/2014, se concreta como hecho probado que en este particular régimen retributivo, la parte es “aquella retribución en la que se asigna al trabajador una fracción determinada sobre el importe de la pesca capturada. Del volumen total de capturas en bruto (denominado Monte Mayor) se descuentan los costes de producción: (...) cuotas de seguridad social (...)”

Social u otros gastos, aunque en otras ocasiones no se realizan esos descuentos”<sup>45</sup>. Asimismo, generalmente, a la hora de justificar dicha práctica se menciona el contenido de la Orden de 31 de julio de 1976, por la que se aprueba la Ordenanza de Trabajo para la Pesca Marítima en Buques Arrastreros al Fresco, que respecto al denominado "salario a la parte", consideraba como gastos que corresponden exclusivamente al empresario las cuotas de la Seguridad Social, en la parte que corresponda abonar a las Empresas. Esta afirmación se ve mediatizada por lo que figura recogido en el artículo 119.11 de la misma, que dice que podrá deducirse del monte mayor las cuotas de seguridad social correspondientes al empresario si (...) se encuentren establecidos por usos o costumbres, siempre que estas deducciones se compensen con beneficios concedidos por el armador que excedan de las condiciones mínimas de esta ordenanza<sup>46</sup>. En concreto, era preceptivo para la realización de esta práctica dos condiciones: se precisaba que era necesario, en primer lugar, que se tratase de una costumbre inveterada y, en segundo lugar, que se compensara al trabajador con una mayor participación en el importe de la venta de la pesca.

Sin embargo, las soluciones jurisprudenciales planteadas parecen olvidar el hecho de que dicha norma fue formalmente derogada, ya que tras la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980, de 10 de marzo, su disposición transitoria 2ª decretaba el mantenimiento de la vigencia de dichas Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales procedentes del sistema preconstitucional, en tanto no fueran sustituidas por convenio colectivo<sup>47</sup>. A tal efecto, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, modificó la mencionada disposición transitoria del Estatuto, para establecer su desaparición el 31 de diciembre de 1994, salvo que se prorrogase su vigencia hasta el 31 de diciembre de 1995. Esta prórroga fue concretada mediante Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1994, que incluyó un conjunto de Órdenes Laborales y Reglamentaciones de Trabajo entre las que se encontraba la mencionada de Pesca Marítima en Buques Arrastreros al Fresco. Por otro lado, al detectarse que había problemas para la sustitución de algunas Ordenanzas antes de que finalizase el plazo de prórroga, se llegó a una solución negociada y, de este modo, se concretó la firma de un acuerdo: el Acuerdo Interprofesional sobre Cobertura de Vacíos de 28 de abril de 1997, suscrito entre UGT, CC OO, CEOE y CEPYME, conforme lo dispuesto en el artículo 83.3 ET. La finalidad de este acuerdo era “la necesidad de atender los vacíos generados en el proceso de sustitución de las Ordenanzas Laborales”. Sin embargo, esta disposición de la Ordenanza mencionada no se encuentra recogida en dicho acuerdo, por tanto, en el momento presente, carece de aplicabilidad.

Por otra parte, también encontramos sentencias que justifican la práctica en la propia costumbre, como venía mencionada en el artículo 119.11 de la Ordenanza, entendiendo de esta forma que habilita para realizar los descuentos de las cuotas en el monte mayor. No obstante, ¿cabría aplicar una costumbre, contraria a las normas legales vigentes? Sin entrar en mayores detalles por razones de extensión, consideramos que dicha aplicación

<sup>45</sup> Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 500/2014 de 27 junio.

<sup>46</sup> Acerca de esta cuestión vid. CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: *La seguridad social de los trabajadores del mar*, cit., págs. 287-289.

<sup>47</sup> Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La lenta agonía de las ordenanzas laborales y reglamentaciones de trabajo (1980-2000): crónica y balance de un proceso de sustitución en el vigésimo aniversario del Estatuto de los Trabajadores”, *Aranzadi social*, nº 5, 2000, BIB 2000\163, págs. 1-5.

no es posible en ningún caso<sup>48</sup>. No obstante, las Sentencias analizadas no refieren otra de las cuestiones que, conectadas a dicha práctica, eran preceptivas para su aplicación. Efectivamente, en las situaciones planteadas se requería que para deducir del monte mayor las cuotas de seguridad social correspondientes al empresario, había de compensarse al trabajador con una mayor participación en el importe de la venta de la pesca, no obstante, sorprende constatar que esta precisión no se recoge con claridad en las sentencias sobre este particular<sup>49</sup>.

Por último, también hemos podido comprobar que la permisividad ante esta dinámica se materializa, no sólo en salarios a la parte basado en capturas, sino también, cuando se trata de pescadores cuyos sistemas salariales no son a la parte, sino de carácter mixto, validando dicha práctica ilegal, lo que nos inquieta sobremanera<sup>50</sup>.

En consecuencia, estamos ante una realidad que ocasiona que los trabajadores retribuidos de esta forma, asuman todo o parte del pago de la cuota empresarial de Seguridad Social sobre contingencias profesionales y, ocasionalmente, las contingencias comunes, aplicando el pago de las cuotas con cargo al monte mayor o al monte menor, y consolidando una importante desigualdad. A nuestro juicio, se trata de una situación manifiestamente ilegal, discriminatoria, en la que entendemos se vulneran los derechos de los trabajadores. Asimismo, es visible que además de perjudicar a los trabajadores conforme a esta técnica, tampoco parece que en todos los casos se efectúe una compensación incrementada al pescador del resultado de la pesca<sup>51</sup>, lo que ocasiona que todavía se ocasione al colectivo afectado un mayor perjuicio económico. En consecuencia, es preciso poner de manifiesto la necesidad de eliminar dicha práctica ilegal y discriminatoria.

## 5. A MODO DE REFLEXIÓN

El trabajo en el mar se ve afectado por una gran problemática a consecuencia del lugar donde se desempeña el servicio, ello ha permitido la incidencia de fenómenos, como las banderas de conveniencia, favoreciendo que el personal a bordo se vea afectado por normas menos protectoras, o inexistentes, sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En este sentido, todas las normas que establecen la vinculación a un régimen determinado de seguridad social, lo hacen a través del recurso a la ley del

<sup>48</sup> Lo cierto es que no es posible, puesto que “la aplicación de una norma consuetudinaria opuesta a una previsión legal o convencional, aunque sea más favorable, no es admisible. Si prevalece la costumbre sobre la ley o el convenio colectivo se estaría aplicando una costumbre «contra legem» rechazada por el ordenamiento jurídico, que sólo admite la costumbre «en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales»”, cfr. AGUILERA IZQUIERDO, R.: “La costumbre laboral y los usos de empresas”, *Aranzadi social*, nº 5, 2000, BIB 2000\512, pág. 5.

<sup>49</sup> Véase sobre este mismo problema CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: “Un caso de despido disciplinario improcedente de pescador con salario mixto (parte fija más porcentaje de pesca capturada) cuando España incumple reiteradamente sus deberes como Estado miembro de la OIT sobre el contrato de enrolamiento de pescadores. Comentario de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Santiago de Compostela de 4 de agosto de 2016 (00290/2016, autos seguidos en este Juzgado con el número 966/2015)”, *Trabajo y Derecho*, 25/2016 (enero), nº 25, versión smarteca, págs. 2-3.

<sup>50</sup> Puede apreciarse en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 31 de marzo de 2017, nº de Recurso: 5262/2016.

<sup>51</sup> A ello habría que añadir la ausencia de controles estrictos sobre la realidad de los beneficios y del reparto realizado, precisamente porque en numerosos casos no está especialmente claro el montante de la retribución. Por ello, será muy conveniente la entrada en vigor del Convenio 188 OIT, donde en el acuerdo de empleo habrá de reflejarse, con toda claridad, la forma de retribuir.

pabellón como criterio conflictual, y es visible que esta ficción legal permite eludir normas de previsión social que en otro caso serían de aplicación.

En este escenario, los pescadores presentan una indefensión aún mayor, donde se destaca la penosa situación de aquellos que trabajan conforme al régimen de capturas, que en numerosos ordenamientos jurídicos no tienen el mismo nivel de protección social que cualquier otro trabajador. Dicha protección es en algún caso inexistente, por considerar a dichos pescadores a la parte como trabajadores autónomos o independientes.

Sin embargo, en España aunque la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero comprende a todos los pescadores, cualquiera que sea su forma de retribución, también se manifiestan notables diferencias con los trabajadores cuyo salario no es a la parte. A tal efecto, tras la exposición de las peculiaridades de este sistema de retribución y las diferencias que se establecen en la cotización, consideramos imprescindible resaltar la situación de este colectivo frente a la Seguridad Social.

En primer lugar, es visible que el hecho de mantener un régimen diferenciado frente a la cotización, conforme a salarios estimados, trae causa de la dificultad de establecer criterios que permitan contrastar, de forma precisa, la realidad de lo percibido. Así, las normas legales tienden a instituir instrumentos destinados a equilibrar la situación frente a la Seguridad social, determinando unos ingresos aproximados para que no se produzcan situaciones de ausencia en la cotización. Esta medida permite que se beneficie a aquellos trabajadores que están dentro del ámbito de nuestro régimen de seguridad social donde, además, los trabajadores a la parte no son excluidos del sistema ya que su actividad no se considera autónoma sino laboral.

Sin embargo, esta beneficiosa situación tiene una contrapartida no tan ventajosa. Así, en segundo lugar, hay que subrayar un problema recurrente, como es el que los pescadores retribuidos por capturas –o a la parte–, e incluso algunos que tienen un sistema salarial mixto, pueden verse afectados por unas diferencias significativas cuando se trata de cotizar a la Seguridad Social. Como se ha indicado, se sigue dando carta de naturaleza al contenido de Ordenanzas laborales anacrónicas, que están derogadas desde hace muchos años, en virtud de los cuales dichos trabajadores asumen todo o parte del pago de cotizaciones a la Seguridad Social. En los supuestos referidos, el pescador ve reducido su salario para hacer efectivo el pago de cotizaciones empresariales, utilizando una técnica que colisiona con normas de derecho necesario. Es una práctica que se distancia significativamente del régimen común de Seguridad Social, vulnerando las normas vigentes.

En conclusión, es un buen momento para reflexionar sobre la deficitaria protección de los pescadores, así como, sobre los efectos negativos de la retribución a la parte, debido a que el salario es el elemento central para la atribución de derechos e incide en el régimen de Seguridad Social. Ante esto, quizá deberíamos plantearnos considerar seriamente la conveniencia de la eliminación de estas modalidades retributivas, así como, reforzar la protección de estos trabajadores sometidos a condiciones de gran dureza, no sólo a bordo, sino también, sobre la Seguridad Social.

# X. LA CONFIGURACIÓN DEL ABANDONO DE LA GENTE DE MAR EN EL MARCO ESPAÑOL: ELEMENTOS CONFIGURADORES Y NUEVAS OPORTUNIDADES

FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA

*Profesora sustituta*

*Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Cádiz*

## 1. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, la globalización económica difuminó las fronteras nacionales que tradicionalmente ordenaron el espacio y el territorio de las diferentes naciones. En los tiempos que corren, y desde hace ya muchas décadas, se está abocado a convivir con la globalización económica, la movilidad laboral, la actividad transnacional de las empresas y la internacionalización del trabajo. Sin embargo, son unos términos que son bien conocidos en el sector del trabajo marítimo. Y, es que, la actividad marítima es internacional por definición propia, y ello, no solo por la movilidad del buque, sino también, por la proliferación de las conocidas como banderas de conveniencia u otras fórmulas de registros abiertos o internacionales.

Además, la movilidad internacional no solo es de las mercancías que se transportan a bordo de un buque, sino que va más allá de estas fronteras, para desplazar a trabajadores en el marco de una economía global. En este contexto debe primar la libre circulación de éstos para garantizar el éxito de esta industria. Claro que este éxito no será completo sin que la libertad de circulación quede amparada o tutelada bajo el paraguas de una norma que albergue al mayor número de trabajadores posible.

A ello se le une una característica muy singular del trabajo en el mar, pues es muy común que la realidad laboral a bordo de un buque quede alejada de la mirada de la sociedad en general y de los académicos en particular. Es por ello que es absolutamente prioritario la promulgación de normas específicas y concretas para la regulación de las relaciones laborales marítimas.

El marco de esta investigación se ordena en orden a analizar la ley aplicable a la protección social. Ocurre que el ordenamiento jurídico aplicable a la relación jurídica marítima dependerá, en principio, de la conocida como ley de bandera. De esta forma, que un buque esté registrado en uno u otro Estado será muy significativo para las relaciones laborales de los trabajadores en ellos embarcados. Ello ha sido óbice para que los trabajadores a bordo tengan unas condiciones de vida y de trabajo que difieren en atención a la bandera del buque en el que estén embarcados. Y, ello, porque la concreción de las condiciones socio-laborales de los marinos estará basada en la ley aplicable a esa relación jurídica.

Con este contexto, es común que los armadores registren sus buques en aquellos Estados cuya norma nacional sea poco exigente y nada protectora para con los derechos

socio-laborales de los trabajadores. Se entiende que esta es la única fórmula para competir en un mercado altamente competitivo que exige minimizar los costes socio-laborales aún a costa del sacrificio de los derechos de los asalariados. Este sacrificio alcanza a una serie de factores tales como renunciar a un salario digno, a una protección ante las contingencias laborales, a jornadas laborales adecuadas, a condiciones mínimas de habitabilidad o a la prevención de los innumerables riesgos a bordo, o ya, en el peor de los casos, a la tutela de los trabajadores ante el abandono del buque en un puerto.

Es claro que el Derecho laboral se tiene que adaptar a la realidad descrita y ofrecer una respuesta a la problemática expuesta. En esta tesitura será importante conocer la legislación aplicable a las relaciones jurídicas a bordo del buque de acuerdo a las normas internacionales de aplicación a los mismos. Ante ello, se plantea determinar la ley aplicable en materia de Seguridad Social a los efectos de conocer si el abandono puede ser un riesgo asegurable a través del sistema público de Seguridad Social.

En la línea trazada hay que subrayar que el ordenamiento internacional ha procurado ofrecer una protección mínima a los trabajadores del mar. Así, y prácticamente, desde su creación a la actualidad, la OIT reguló todo un conjunto de instrumentos normativos en este sentido. De todos ellos, y en la actualidad, destaca el Convenio del Trabajo Marítimo 2006 (CTM 2006). Se trata de un acuerdo que se ha instruido como un hito histórico en el Derecho internacional, y que ha refundido y actualizado cerca de 40 instrumentos relativos al trabajo marítimo. Pues bien, es sabido del carácter incompleto del CTM 2006, pues se gestó con el ánimo de que fuera ampliamente ratificado por los Estados parte, y aplicado de forma eficiente en el fuero interno de cada país. Con esta premisa, e incluso antes de que entrara en vigor el referido convenio, se concibió la oportunidad de enmendarlo para tratar la situación de abandono que había quedado sin regular en el mismo. Pues bien, para cubrir esta laguna, y, tras un largo proceso de gestación entró en vigor la Enmienda 2014 al CTM 2006, a nivel general, el 18 de enero de 2017<sup>1</sup>.

## 2. ABANDONO: CONCEPTO, RÉGIMEN JURÍDICO Y NATURALEZA JURÍDICA

El abandono de la gente de mar es casuístico al abandono del buque, siendo esta una realidad que es singular de la industria marítima, y ello al ser el buque el centro o el lugar de ejecución habitual de los servicios de la gente de mar, y al estar concebido para navegar y para transportar mercancías o personas. El abandono se da ante un conjunto de causas diversas que están relacionadas con la imposibilidad para el armador de seguir operando. Puede que sea ante la detención del buque por la autoridad competente debido a un incumplimiento de la norma vigente, la quiebra empresarial, el embargo del buque, el endeudamiento de las pequeñas empresas, la actitud de los bancos de préstamos, la sobredimensión de la flota o bien por ciertas conductas oportunistas de los operadores marítimos a quienes les sale más rentable abandonar el buque a su suerte que seguir explotándolo. Esta realidad ha marcado que se defina el abandono como un

<sup>1</sup> Realmente el CTM 2006 se concibió con una clara disposición de mínimo bajo la filosofía que fuera ratificado de forma amplia y generalizada por los Estados parte, también se concibió un mecanismo flexible para enmendarlo. En la actualidad, no solo están dispuestas la Enmienda que cubra el abandono de la gente de mar, así como sus reclamaciones por muerte o discapacidad a largo plazo, sino que también se ha dispuesto otro conjunto de Enmiendas, en concreto, la Enmienda 2016 al CTM 2006. Se puede consultar en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_488447.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_488447.pdf) (Último acceso: 15 de Jun. de 17).

fenómeno económico, empírico y poliédrico<sup>2</sup>. Por otro lado, el abandono está enmarcado en el contexto de una economía capitalista que exige competir a costes mínimos y que marca el deterioro de las condiciones de trabajo bajo el recurso masivo a las banderas de conveniencia. Sea como fuera, lo cierto es que el abandono provocó la preocupación y la acción de las instituciones internacionales, que culminó, como ya se ha referido, en la Enmienda 2014 al CTM 2006. La Norma A.2.5.2 que “un marino ha sido abandonado cuando, en violación de los requisitos del Convenio o de las condiciones del acuerdo de empleo, el armador: no sufrague el coste de la repatriación de la gente de mar, deje a la gente de mar sin la manutención y el apoyo necesarios, o, de algún modo haya roto unilateralmente sus vínculos con la gente de mar e incluso no haya pagado los salarios contractuales como mínimo durante un periodo de dos meses”.

El mismo texto de la Enmienda recoge la obligación para los Estados ratificantes de regular un sistema de garantía financiera rápido y eficaz para asistir a la gente de mar ante el supuesto de abandono. Este sistema podrá consistir en un régimen de Seguridad Social, un seguro o un fondo nacional u otro sistema nacional. Por tanto, cada país deberá incoar a los buques que enarbolan su pabellón a que porten a bordo este sistema de garantía financiera. En otras palabras, cada Estado debe prever una legislación que obligue a los armadores a suscribir la correspondiente garantía financiera conforme al sistema elegido.

En virtud de lo expuesto se pueden extraer varios enunciados. Uno, el armador es el principal obligado en asegurar la protección social de sus empleados. Dos, cada Estado delimita en su ordenamiento interno las obligaciones del armador. Tres, a pesar de que a nivel internacional se escenifiquen las obligaciones del armador, ello no va a significar en modo alguno que los Estados tengan que regular la protección social en los mismos términos.

Pues bien, partiendo de que el abandono es una situación fáctica que se produce en el marco de una relación laboral y que, como tal, es consecuencia de la actuación, ya sea intencionada o no, del armador, se puede incardinar que se trata de una obligación que en materia de Seguridad Social compete a aquel. Con ello se pretende exponer que el abandono es un incumplimiento empresarial y se quiere alertar que es un riesgo laboral. Dicho esto, es claro que el abandono debe quedar protegido y que es una responsabilidad del empresario en el marco del contrato de trabajo. Ahora, la cuestión que se puede debatir es si esta “contingencia” situación debe estar protegida por un sistema público de Seguridad Social o de asistencia social, o bien, si, por el contrario, es un riesgo a cubrir por un sistema privado.

En esta línea, la naturaleza jurídica de la institución del abandono debe ser una materia a debatir en el fuero interno de los Estados. Ello no es baladí, pues la naturaleza jurídica que cada Estado dibuje para la determinación del sistema de garantía financiera condicionará el alcance de la protección al marino abandonado. En este contexto, se

---

<sup>2</sup> Hay una literatura importante que revisa esta situación, entre ellas destaca CHARBONNEAU, A.: *Marché international du travail maritime un cadre juridique en formation*, Marseille, Presses Universitaires D' Airx, 2009, pág. 415-416; FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “El Convenio refundido sobre trabajo marítimo de 2006 ¿introduce satisfactoriamente las directrices de la OMI sobre abandono de marinos?”, En: VV.AA. “Derechos del hombre y trabajo marítimo: los marinos abandonados, el bienestar y la repatriación de los trabajadores del mar, Vitoria, Eusko Jaurlaritz, 2009; ATHANASSIOU, G.L: *Aspects juridiques de la concurrence maritime. Étude comparative à partir du droit communautaire*, Paris, Pedone Editorial, 1996.

esboza la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social a los trabajadores a bordo de los buques de acuerdo con las normas internacionales de aplicación a los mismos.

### 3. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A BORDO DE LOS BUQUES MERCANTES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

El buque es un elemento que singulariza las relaciones laborales marítimas, y que, a su vez, lo aleja de la realidad de cualquier otro sector productivo. Es pues un centro de trabajo o lugar de prestación de servicios que presenta unas características peculiares y casuísticas, entre las que destaca la movilidad y la capacidad para navegar. Por tanto, el buque es el centro o el lugar de trabajo que expone a los trabajadores a convivir en un espacio físico reducido y alejados del hogar familiar, a riesgos específicos, altas cifras de morbilidad y siniestralidad en atención al embarque, desembarque y a la hostilidad e imprevisibilidad de la navegación. Estas y otras peculiaridades marcaron la dificultad de aplicar a las relaciones jurídicas marítimas las leyes laborales y de Seguridad Social. Siendo así, se dictaron normas específicas para atender esta realidad<sup>3</sup>. Además, la movilidad del buque y su capacidad para desplazarse por las aguas jurisdiccionales de muy diversos Estados provocó que fuera el punto de confluencia de las leyes socio-laborales de aquellos Estados<sup>4</sup>. A ello habría que sumar la extraterritorialidad del trabajo marítimo en un entorno de globalización de la economía, de migración y de movilidad propicia la necesidad de proteger, a través de instrumentos y programas específicos, a los trabajadores afectados.

Pues bien, en la materia de la Seguridad Social es común que la legislación impere el elemento de la territorialidad<sup>5</sup>. Bajo este argumento, es tradicional que el lugar de prestación de la actividad quede vinculado a la bandera del buque, aplicándose, bajo grandes dosis de ficción, el criterio de la ley de pabellón<sup>6</sup>. Este subraya que la nacionalidad del buque está representada por el lugar donde se matricula, y que, por tanto, si un buque está inscrito en el registro español se aplicará a las relaciones jurídicas la legislación española, independiente del lugar geográfico en el que realmente se desarrolle la actividad marítima o del lugar de establecimiento de la sociedad que emplea a los trabajadores. Esta particularidad se fundamenta, nuevamente, en el carácter móvil del buque como centro de trabajo.

<sup>3</sup> Los factores anotados marcaron el impulso de la comunidad internacional y del legislador nacional por articular un marco específico para el trabajo marítimo portuario. En lo que respecta al panorama español y en la actualidad hay que acudir a la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero. (BOE núm. 253 de 22 de octubre de 2015).

<sup>4</sup> Sobre el escenario descrito, CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, Madrid, Civitas, 1999, págs. 188-200.

<sup>5</sup> En España el principio de territorialidad se contempla en el artículo 7 de la LGSS, que extiende su campo de aplicación a los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España siempre que ejerzan la actividad profesional en territorio nacional.

<sup>6</sup> El principio de ley pabellón tiene su base en la Convención Internacional del Derecho del Mar cuyo artículo 91 determina que los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar, exigiendo que debe existir una relación auténtica entre el Estado y el buque. Dado que este vínculo no está dotado de contenido, la controversia se suscita al quedar desvirtuado a raíz, sobre todo, de la propagación de las banderas de conveniencia.

Ahora, no existe conflicto de leyes para los trabajadores españoles que residan en España y para los trabajadores extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre y cuando se embarquen en buques abanderados en España<sup>7</sup>.

El problema, o el conflicto entre leyes, se plantea cuando los trabajadores se desplazan entre Estados para embarcarse en empresas que abanderan un buque distinto de su nacionalidad, y aún más, cuando lo hacen en buques bajo banderas de conveniencia. Cuando se plantea el movimiento de trabajadores conviene diferenciar la situación de los trabajadores cualificados que voluntariamente deciden desvincularse del “espacio nación como criterio de referencia en sus derechos y obligaciones laborales” de aquellos trabajadores que de forma involuntaria se ven abocados al desplazamiento involuntario. Ello suele conllevar para estos últimos, y no para los primeros, la precarización de sus condiciones de trabajo y su desprotección social<sup>8</sup>.

Si esto es así, en cualquier tipo de sector, es mucho más intenso en la industria marítima, en la que tiene un absoluto protagonismo las banderas de conveniencia, en las que las relaciones jurídicas aparecen vinculadas con varios puntos de conexión o con un ordenamiento ficticio. Y, es que, este panorama se complica, y mucho, en un entorno en el que la globalización económica, el capitalismo feroz y el recurso masivo a las banderas de conveniencia, significa el deterioro de las condiciones de trabajo y de vida a bordo. Desde luego, cuando se emplea el eufemismo de banderas de conveniencia conviene advertir al lector que se trata de países que permiten la matriculación masiva en su registro de buques con las que no mantiene el vínculo genuino exigido en el plano internacional. Esto es, no hay vínculo alguno entre el buque y el Estado, ya sea en base al capital, a la residencia, a la nacionalidad de la dotación, del armador, del empresario titular del buque o de la sociedad propietaria<sup>9</sup>. El atractivo de estos registros se centra en ofrecer ventajas socio-laborales y fiscales, principalmente, aunque también, en algunos casos, de seguridad marítima. No cabe duda de la competencia desleal de estos registros y de los numerosos problemas que plantea no solo a los trabajadores afectados, sino a los armadores que aún siguen matriculados en los registros tradicionales, o a los países con registros tradicionales que se vieron abocados a reaccionar creando los conocidos como segundos registros o registros especiales para poder competir con aquellos.

Sea como fuere, lo cierto es que se trata de un problema internacional que suscitó la preocupación de las instituciones internacionales y del legislador nacional, y también, el resurgir de otros criterios interpretativos, que, en sede judicial, se pronunciaron por advertir de la existencia de otros criterios para determinar la ley aplicable. Se trata de una técnica que permite el levantamiento del velo de la matriculación “encubierta” del buque. Ello admite considerar empresario a los efectos de la Seguridad Social a la persona o sociedad que mantiene un vínculo más estrecho con el trabajador en comparación con el vínculo del país donde el armador ha matriculado el buque. Este vínculo más estrecho puede estar basado en ser el sujeto contratante o en ser la persona

<sup>7</sup> Véase artículo 7 de la LGSS parte de un criterio de territorialidad, al considerar dentro del ámbito de aplicación de esta ley a los trabajadores que ejercen la actividad en territorio nacional.

<sup>8</sup> Sobre ello véase el prólogo de Antonio Baylos sobre la determinación del régimen aplicable a estas situaciones cada vez más cercanas a la realidad FOTINOPOULOU BASURKO, O.: *La determinación de la Ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Thomson Aranzadi, 2006.

<sup>9</sup> Se desea insistir que uno de los mayores problemas es la ausencia de efectividad del vínculo genuino. Existieron varios intentos de dotar de un contenido real a este vínculo, que no llegaron a buen puerto, pues nunca entraron en vigor. Entre ellos destaca el Convenio de las Naciones Unidas sobre las condiciones e inscripción de los buques de 1986.

que abona los salarios u otras obligaciones retributivas al trabajador<sup>10</sup>. Pues bien, el apoyo normativo se ha justificado en las posibilidades que contempla la normativa internacional y comunitaria, que han construido un marco regulador en lo que respecta a la legislación aplicable ante un conflicto de leyes<sup>11</sup>.

En concreto, y en lo que respecta a la determinación de la ley nacional aplicable se viene a disponer expresamente una norma general y unas reglas especiales. De este modo, tanto el Reglamento 883/2004<sup>12</sup>, como el Convenio Multilateral Iberoamericano, optan por el principio de unicidad de la legislación aplicable<sup>13</sup>. Así, acuden al criterio de territorialidad para señalar la legislación de Seguridad Social aplicable a las relaciones jurídicas, al exponer que el trabajador quedará sometido a la legislación del Estado en cuyo territorio preste servicios, donde realice una concreta actividad. En definitiva, aquí opera el conocido principio *lex loci laboris*<sup>14</sup>. Seguidamente, recogen un conjunto

<sup>10</sup> Sobre ello, VICENTE PALACIO, A.: *El régimen especial de Seguridad Social de los trabajadores del mar*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2004, pág. 25. De la misma autora, y con un examen de las obligaciones del armador en la norma de coordinación, “La coordinación de los sistemas de seguridad social: los reglamentos 883/2004 y 987/2009”, VV.AA., SÁNCHEZ- RODAS NAVARRO, C., (dir.), Murcia, Laborum, 2010. Sobre la responsabilidad del armador y la determinación de la ley aplicable en el abandono, BERNAL SANTAMARÍA, F.: “Hacia la búsqueda de un criterio para determinar la ley aplicable en el trabajo marítimo: la responsabilidad del armador ante el Reglamento 883/2004”, e-Revista Internacional de la Protección Social, Vol. 1, núm. 1, 2016, págs. 56-70.

<sup>11</sup> El marco regulador queda presidido por el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1989; el Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de sistemas de Seguridad Social; el Reglamento de aplicación (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 que adopta las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004; y, el Reglamento (UE) nº 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación de los referidos instrumentos a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos. Por último, anotar que el Reglamento comunitario precede en parecidos términos a los efectos de esta investigación al Reglamento 1408/71 de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

<sup>12</sup> En efecto, la unicidad de la legislación aplicable pretende evitar la concurrencia de legislaciones con los problemas que plantea a los trabajadores y a las administraciones de Seguridad Social.

<sup>13</sup> Con regulación paralela, bajo el mismo espíritu y los mismos principios que el Reglamento Comunitario, se promulgó el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, firmado en Santiago de Chile con fecha de 10 de noviembre de 2007, acompañado del Acuerdo de Aplicación firmado en Lisboa con fecha de 11 de septiembre de 2009. Ciertamente, la filosofía de ambos no es armonizar ni unificar los sistemas de seguridad, sino coordinar los sistemas para facilitar el desplazamiento de los trabajadores por los Estados, a la par que proteger los derechos de los trabajadores migrantes. Sin embargo, una de las diferencias más destacables a los efectos de esta investigación, es la referida al nivel de fuentes y a la aplicación de ambos instrumentos. Pues, el Reglamento es una norma de Derecho derivado elaborada en la UE, en la que existe el TJUE, que es un tribunal supranacional, máximo intérprete del Derecho de la UE y cuyos dictados son de obligado cumplimiento por los Tribunales nacionales. Mientras que el Convenio Multilateral es un tratado internacional cuya aplicación dependerá de su recepción por el Derecho interno de cada Estado, y serán los tribunales nacionales los únicos competentes para aplicarlo. Sobre ello, SÁNCHEZ RODAS, C.: “Sinopsis del reglamento 883/2004 y del convenio multilateral iberoamericano de Seguridad Social”, En VV.AA. (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Y GARRIDO PÉREZ, E. coord.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Sevilla, Sevilla, Laborum. 2015, págs. 181-189.

<sup>14</sup> Véase la norma general en el artículo 11 del Reglamento 883/2004 y en el artículo 9 del Convenio Multilateral Iberoamericano.

particularidades para atender diferentes situaciones, entre las que tiene visibilidad la actividad marítima<sup>15</sup>.

En lo que afecta a la prestación laboral marítima, se estipula como regla general que una actividad por cuenta ajena o propia ejercida normalmente a bordo de un buque en el mar que enarbole pabellón de un Estado miembro se considera una actividad ejercida en dicho Estado. Por lo que hasta aquí, comulga con el principio de *lex loci laboris*, manteniendo inalterable esta metáfora de extraterritorialidad habida cuenta de la hegemonía de la ley de pabellón. En definitiva, el Reglamento sigue dándole protagonismo a la ley de pabellón como estructura para cimentar los pilares de la Seguridad Social. Y, ello, a pesar de la ficción que ya desde hace tiempo representa la ley pabellón como criterio para determinar la ley aplicable habida cuenta de que es un vínculo artificial de las relaciones laborales con un Estado con el que la conexión no existe, o en el mejor de los casos, es muy débil<sup>16</sup>.

Ahora bien, cierto es que el Reglamento señala una excepción para el trabajo a bordo de un buque, pero se puede entender que esta debiera ser más concluyente. Así, establece que quien desarrolle su actividad por cuenta ajena a bordo de un buque con pabellón de un Estado miembro y sea remunerada por una empresa o una persona con sede o domicilio en otro Estado, quedará sujeta a la legislación de este último, siempre que resida en él.

Pero el Reglamento no solo recoge una desviación o alteración de la regla básica de la ley aplicable al introducir otros criterios correctores, sino que también señala de forma explícita que aquella persona o empresa que abone la remuneración será considerada empresario a los efectos de la Seguridad Social. Se trata de una previsión que tiene un eje de articulación clave en la industria marítima, dada la complejidad que suele acompañar a la hora de identificar al empresario del mar.

Ahora bien, no es solo esta la única complejidad que singulariza al trabajo en el mar, pues es muy común que el trabajador a lo largo de su vida profesional se embarque, ya sea de forma sucesiva o esporádica, en varios buques de diferente pabellón, y que sea contratado por dos o más empleadores. Siendo así, se introduce otras referencias para vincular la regulación jurídica a un Estado determinado, ya sea en atención a la sede o domicilio del país de residencia del marino, la posibilidad de elegir la norma de Seguridad Social de los posibles Estados afectados o el lugar de residencia del marino si coincide con el lugar de contratación<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Véase el marco de las excepciones a la regla general en los artículos 11 a 16 del Reglamento 883/2004 y, de forma más simplificada, en el artículo 10 del Convenio Multilateral Iberoamericano.

<sup>16</sup> Sobre ello, FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “¿Es necesario reformular el art. 7 de la LGSS ante la decadencia del criterio de la ley del pabellón como criterio de conexión de los sistemas de Seguridad Social de la gente de mar?”, *Revista de derecho de la Seguridad Social*, núm. 5, 2015, págs. 63-73.

<sup>17</sup> Sobre ello, léase RIBES MORENO, M.I.: “La Problemática Derivada de la Aplicación del Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social 883/2004, y del Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social al personal que presta servicios a bordo de buques”, En VV.AA. (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Y GARRIDO PÉREZ, E. coord.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Sevilla, Laborum, 2015, págs. 155-156.

En este orden, es interesante apuntar que, mientras la ley de bandera ha soportado una progresiva erosión en su aplicación para determinar el ordenamiento aplicable en el contrato de embarco, no ha sido así en su materia hermana, la Seguridad Social. Así, la doctrina ya se ha pronunciado sobre la necesidad de replantear la hegemonía de este criterio para el sistema de Seguridad Social. Una vía que ya ha trazado el TJUE que ha venido a destronar la ley de pabellón, despejando el camino para que la norma sustantiva esboce el destierro de la tradicional hegemonía de este principio<sup>18</sup>. Se ha señalado el impulso del TJUE en relación a la determinación de la ley aplicable en el aspecto de la Seguridad Social al dibujar una estela de pronunciamientos que determinan la ley aplicable ante una situación de conflictos entre normas<sup>19</sup>. Bajo esta premisa, existen situaciones que justifican la ley de bandera siempre que exista un vínculo suficientemente estrecho entre la relación de trabajo y el Estado de registro, y ya en otros casos, se justifican otros criterios de aplicabilidad cuando no existe este vínculo<sup>20</sup>.

En este marco jurisprudencial, se extraen algunas anotaciones de las sentencias que se han pronunciado sobre las reglas de determinación de la legislación aplicable al régimen de Seguridad Social. En algunos casos el Tribunal ha apreciado que la legislación nacional de Seguridad Social aplicable es la legislación del Estado miembro en el que la empresa tiene su domicilio social<sup>21</sup>. En otros supuestos, se ha interpretado la norma de coordinación con la suficiente flexibilidad para extender su campo de aplicación a aquellas actividades ejercidas fuera de la jurisdicción del territorio de la Unión, considerando que la relación laboral conserva una vinculación suficientemente estrecha con el territorio de la Unión. Entre estos puntos de conexión se valora que el trabajador ejerza su actividad profesional en un buque registrado en un país de la Unión,

<sup>18</sup> Un recorrido por FOTINOPOULOU BASURKO, O.: *¿Es necesario ...?*, *Op. Cit.* Con respecto a la erosión de la ley de bandera como criterio para vincular la ley al contrato de embarque; CHAUMETTE, P.: “Du lieu habituel de travail d’un marin”, *Droit Maritime français*, núm. 734, 2012, págs. 219-233. Sin embargo, la actualización de la normativa de coordinación que está en debate en el seno de la UE no ha tenido a bien incluir esta modificación normativa ya esbozada en el impulso interpretativo del TJUE.

<sup>19</sup> Una evolución de la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social y el rastreo por la jurisprudencia del TJUE por MIRANDA BOTO, J.M.: “La Seguridad Social de los trabajadores del mar en los Reglamentos Europeos”, En: VV.AA. *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, Bomarzo, 2017, págs. 255-266.

<sup>20</sup> De este modo, enuncia criterios que difieren de la regla general, y en ello, en apoyo de la norma comunitaria que se configura como un sistema de normas de conflicto dispuestas para mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de las personas que ejercen su derecho a la libre circulación.

<sup>21</sup> La STJUE de 4 de octubre de 1991, caso *Paep*, asunto C-196/90, estima la pretensión de la madre de un marino fallecido en accidente marítimo, al incoar una pensión vitalicia recogida en el ordenamiento belga. En el momento del accidente el buque hondea bandera del Reino Unido, pero ello no obstáculo para que el Tribunal considere la invocación de la legislación belga. El fundamento lo basa en el artículo 14.2c) del Reglamento 1408/71 (antecesor del Reglamento 883/2004) que disponía como aplicable ante este tipo de situación la legislación del país donde la empresa que retribuye los servicios tiene su sede social. Esta excepción a la regla general se arbitra al considerar que el Reglamento es un sistema completo y uniforme de normas de conflicto de leyes que tiene por finalidad evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones a una relación laboral e impedir que las personas comprendidas en su ámbito de aplicación se vean privadas de la protección en materia de Seguridad Social. De este modo, un Estado no puede excluir a quienes sí están protegidos por la legislación comunitaria. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de julio de 1986, caso *Luijten*, asunto C-60/85, señala que los Estados no están facultados para determinar en qué medida es aplicable su propia legislación o la de otro Estado debiendo respetar las disposiciones vigentes de Derecho comunitario.

al servicio de una empresa establecida en aquel<sup>22</sup>. En esta línea, el Tribunal opta por recurrir a la ley de pabellón como criterio de conexión para determinar la ley aplicable a la relación de trabajo, al entender que es el vínculo de conexión más estrecho<sup>23</sup>.

Pues bien, como caso muy emblemático, se da un pronunciamiento del Tribunal en el que vuelve a recurrir a la teoría de los vínculos más estrechos para conocer la ley aplicable al sistema de Seguridad Social. Así, el Tribunal se desvía de la ley pabellón como el principio rector de esa relación de trabajo, para buscar otros vínculos más estrechos y reales con el territorio de la Unión. Esta situación se proyecta en un escenario de banderas de conveniencia en las que no existe vínculo alguno, o bien este es muy débil, entre la relación laboral y el Estado de registro. Ante esta circunstancia, el Tribunal Europeo, con buen criterio, ha tratado de ordenar nuevos puntos de conexión que sirvan de base para la determinación de la ley aplicable, como la sujeción de los salarios del trabajador al impuesto de la renta de un país miembro de la Unión<sup>24</sup>.

Por tanto, hay que poner de relieve, que, el Tribunal se pronuncia y entiende ampliable el ámbito de aplicación, personal y territorial, del Reglamento a un trabajador que desarrolla su actividad en un buque abanderado fuera del “territorio” de la Unión. Esta ampliación es necesaria de cara a proteger al mayor número de trabajadores posibles, y considerando o evitando los grandes riesgos de las prácticas de aquellas empresas que realizan todo tipo de estrategias para disminuir los costes socio-laborales. Por tanto, en el terreno de la práctica jurisprudencial se está materializando la inaplicación de la ley de pabellón, bajo la cláusula de los vínculos más estrechos con otro país distinto en el que está matriculado el buque. Ahora se trata de incoar para que las pautas interpretativas expuestas por el Tribunal sean trasladadas a la norma. Sin embargo, y a tenor del último impulso comunitario, parece que este no es el propósito más urgente. Pues, la última de las actualizaciones al respecto, y en lo que atenta al objeto de esta investigación, sigue sin alterar la homogeneidad de la ley aplicable. Esto es, no incorpora la interpretación que de la norma de coordinación comunitaria ha promulgado el TJUE en sus últimos pronunciamientos con respecto a la determinación de la ley aplicable al régimen de Seguridad Social de los trabajadores del mar<sup>25</sup>.

Pues bien, una vez analizada algunas consideraciones sobre la determinación de la ley aplicable al régimen de Seguridad Social en atención a la norma internacional<sup>26</sup>,

<sup>22</sup> La STJUE, de 7 de junio de 2012, caso *Aldewereld*, asunto C-60/93, estima que la norma comunitaria es aplicable a un trabajador que ha desarrollado su actividad fuera del territorio de la Unión. Se fundamenta en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la que se infiere que la normativa comunitaria en materia de libre circulación de trabajadores se aplica a las relaciones si la relación de trabajo mantiene un vínculo de conexión suficientemente estrecho con el territorio. En este caso, el vínculo se conectó con el hecho de que el trabajador ejerciera su actividad profesional en un buque registrado en los Países Bajos, al servicio de una empresa establecida en dicho Estado miembro.

<sup>23</sup> Véase la STJUE de 27 de septiembre de 1989, Caso *Lopes da Veiga*, Asunto C-9/88, apartado 17); STJUE de 7 de junio de 2012, Caso *Bakker*, asunto C-106/11

<sup>24</sup> Véase STJUE, de 19 de marzo de 2015, caso *Kik*, asunto C-266/13.

<sup>25</sup> Sobre el Reglamento Comunitario pesa actualmente una Propuesta de actualización presentada por la Comisión Europea, de 13 de diciembre de 2016 (COM (2016) 815 final).

<sup>26</sup> En honor a la verdad cabe señalar que el estudio se ha circunscrito de forma preferente al análisis del Reglamento Comunitario en detrimento del Convenio Multilateral Iberoamericano. Y, ello, por varios motivos. Uno, por el hecho ya señalado de que el corpus del Convenio Multilateral está inspirado en el Reglamento. Dos, al considerar que las disposiciones del Reglamento comunitario resultarían aplicables a extranjeros de Terceros Estados, e incluso a los trabajadores embarcados en (...)

obra recordar que, en el tema esencial del presente estudio, se centra en conocer el impulso de los Estados, concretamente de España, a la hora de tomar la decisión de transponer la garantía financiera por abandono en el plano nacional, dado el amplio margen de flexibilidad y discrecionalidad otorgado por la Enmienda al CTM 2006.

#### 4. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL VERSUS SISTEMA DE SEGURO PRIVADO: UN PIVOTAJE DE DIFÍCIL ANCLAJE

El abandono de los trabajadores queda dibujado en un espacio concreto, un buque atracado en un puerto extranjero. El empresario de las obligaciones laborales, siendo significativo que deja de abonar los salarios debidos, de cubrir las necesidades básicas, de garantizar la protección de la salud y del bienestar de los trabajadores y la repatriación de estos. Siendo así las cosas, el abandono queda configurado como un incumplimiento grave del empresario de las obligaciones que emanan de su contrato de trabajo<sup>27</sup>. Por ende, la causa del abandono se reconduce al incumplimiento del empresario del contrato de embarco en el marco de la relación laboral. Este incumplimiento no solo tiene su marco normativo en el propio ET o en los convenios colectivos de sector, sino también, en el propio texto de la Enmienda y del CTM 2006, así como de anteriores instrumentos normativos hoy refundidos en CTM 2006<sup>28</sup>. Recoge un conjunto medidas dispuestas a ordenar la obligación del armador de restituir la situación generada ante el incumplimiento contractual. Siendo un incumplimiento del contrato de embarco por parte del empresario, se podría debatir si se trata de un riesgo laboral o no.

En base a esta premisa, la doctrina se plantea que el abandono, al ser un incumplimiento contractual del empresario, ocasiona al trabajador una situación de necesidad digna a proteger. Ello se basa en la ausencia de ingresos ante el impago de los salarios y en el aumento de los gastos al verse obligados a mantenerse en tanto dure la situación de abandono<sup>29</sup>. En esto, erigirá la asistencia social como pilar para proveer de subsistencia a los marinos que muestran una grave situación de carencia de recursos, y ello, dentro de la acción protectora del régimen de Seguridad Social. Esta situación de

---

buques extracomunitarios. Ello en atención a las disposiciones del Reglamento 1231/2010 y a la interpretación que de la norma comunitaria ha realizado el TJUE en sus últimos pronunciamientos. Tres, porque un análisis detallado del Convenio multilateral hubiera excedido y mucho los límites de espacio del presente trabajo.

<sup>27</sup> El abandono es pues una infracción muy grave porque el empresario deja de abonar o se retrasa reiteradamente los salarios debidos a sus trabajadores. Vid. artículo 8.1 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS). En España, el incumplimiento contractual del empresario habilita al trabajador a extinguir por su voluntad el contrato de trabajo. Esto quedaría fundamentado con el artículo 50, 1 b), del ET. Recuérdese que el trabajador tiene derecho a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida y a percibir una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, según reza en el artículo 4.2 f. y 29 del ET, y el artículo 35 de la Carta Magna española.

<sup>28</sup> Vid. artículo 6.3.8.8 del Convenio núm. 22 OIT, sobre contrato de enrolamiento de la gente de mar de 1926; artículos 3.1, 4 y 5.1 del Convenio núm. 23 OIT, sobre repatriación de la gente de mar de 1926; y, artículos 2.1 e) y 4 del Convenio núm. 166 OIT, sobre repatriación de la gente de mar (revisado) de 1987. Regla 2.2, Norma A.2.2.1. Pauta B2.2.1. b), d), e), l) y Pauta B2.2.5 del CTM 2006.

<sup>29</sup> Sobre ello, CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: "El régimen jurídico español de la protección social de los trabajadores del mar en casos de abandono", En: VV.AA. *Derechos del hombre y trabajo marítimo: los marinos abandonados, el bienestar y la repatriación de los trabajadores del mar* (Coord. FOTINOPOULOU BASURKO, O.), Vitoria, Gobierno Vasco, 2009, pág. 224.

necesidad es recogida por el ordenamiento jurídico español dentro de la acción protectora del Régimen Especial de Seguridad Social de los trabajadores del mar<sup>30</sup>.

Por otro lado, el mismo Real Decreto 869/2007 dispone en su Exposición de Motivos que esta situación de necesidad viene dada por la naturaleza y las condiciones del centro (entiéndase, el buque) donde se realiza la actividad laboral. Un centro de trabajo móvil que expone a los trabajadores a ejercer una profesión de riesgos de diversa índole y consideración, tanto los peligros en la mar durante el tiempo que dure la travesía, como, y ya más concretamente, el riesgo extremo en los puertos, sobre todo en los puertos extranjeros, de abandono. Por tanto, en la misma filosofía de la norma se contempla que el abandono de los trabajadores del mar es un riesgo laboral que es consecuencia del abandono del buque, del fin del contrato, o de otros supuestos de terminación o interrupción del empleo. En este contexto, se incoa que la acción protectora del régimen de Seguridad Social alcance a las prestaciones y a los servicios sociales en atención a las contingencias y a las situaciones especiales, así como a los beneficios de la asistencia social de la Seguridad Social.

En este sentido, el Real Decreto dispone de prestaciones asistenciales por contingencias y situaciones especiales del trabajo en el mar y establece determinados servicios de asistencia a aquellos trabajadores abandonados, siempre que cumplan una serie de requisitos. Desde luego, el abandono es una situación especial que se proyecta de forma extraordinaria para el trabajo en el mar dadas las consecuencias y las circunstancias que concurren en el trabajo a bordo de buque, y más, concretamente, cuando un buque recalca en un puerto extranjero.

Pues bien, el Real Decreto distingue dos tipos de situaciones por las que el Instituto Social de la Marina (ISM) garantiza la asistencia a la gente de mar en caso de abandono en atención a si el puerto es extranjero o nacional y distinguiendo una diferente protección dependiente de la nacionalidad del marino<sup>31</sup>.

Uno, la asistencia en un país extranjero a los trabajadores abandonados por empresas insolventes. En este caso, el ISM adelanta los gastos necesarios para gestionar esta situación, incluyendo el sostenimiento y repatriación al lugar de residencia, sin perjuicio de la responsabilidad del naviero, armador o representante legal. Ello significa que, por un lado, los trabajadores podrán verse amparados por la protección que dispensa la norma, siempre y cuando cumplan los requisitos recogidos por la norma de desarrollo y, una vez, que el ISM haya recabado de la representación diplomática española en el país de abandono el informe que acredite el estado de necesidad y la situación de abandono de los marinos. Este tipo de protección está ideada para: los trabajadores del mar españoles y los nacionales del EEE que tengan residencia en España y que estén incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar; los trabajadores del mar españoles, aunque no estén incluidos en el campo de aplicación del referido Régimen; los trabajadores del mar naturales de las

<sup>30</sup> El abandono está regulado en el Real Decreto núm. 869/2007, de 2 julio, que regula la concesión de prestaciones asistenciales en atención a las situaciones especiales derivadas del trabajo en la mar para trabajadores y beneficiarios del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y se establecen determinados servicios a los trabajadores del mar. Publicado en BOE núm. 168 de 14 de Julio de 2007 y desarrollado por la Orden núm. TAS/29/2008, de 15 de enero. Publicada en BOE núm.17, de 19 de enero de 2008.

<sup>31</sup> Vid Artículo 9 y10 del Real Decreto 869/2007 y artículo 3 y 4 de la Orden de desarrollo.

naciones que conforman elEEE que tengan residencia en España y no estén incluidos en el campo de aplicación del referido Régimen, siempre que no haya sido asumida su repatriación, en el caso que le corresponda, por el Estado del que sean nacionales.

Dos, la asistencia a los trabajadores del mar transeúntes, ya sean nacionales o extranjeros, que, estando en territorio nacional, requieran de atenciones urgentes por cualquier causa justificada. Esta asistencia se presta hasta tanto la empresa armadora, representante legal o las autoridades competentes del país de que se trate, puedan atenderlos. De este modo, el ISM se hace cargo, de forma provisional, de los gastos de alojamiento, manutención y otras necesidades perentorias de los trabajadores. En este caso, la repatriación se facilita exclusivamente a los trabajadores españoles, de la UE y de los Estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. A diferencia del anterior servicio, este se presta a transeúntes que sean trabajadores del mar de cualquier nacionalidad.

En este punto, el Real Decreto exhorta al ISM para que reclame los gastos soportados al armador, representante legal o consignatario, o compañía aseguradora en su caso, que estén establecidos en el territorio nacional. Además, advierte que cuando no se produzca tal resarcimiento, se traslada el expediente a la Tesorería General de la Seguridad Social para que se proceda a su reclamación por la vía ejecutiva. Por último, dada la posibilidad más que usual de que el armador no esté establecido en el territorio nacional, ni disponga de representante legal ni consignatario, podría iniciar el oportuno expediente para que se reclame el gasto a la representación diplomática del Estado de bandera del buque, y a su vez, este pueda exigir el reintegro al armador.

Con respecto a estas previsiones cabe subrayar, que se dispone de un procedimiento en el que se reclama la asistencia diplomática española para que recabe la información pertinente y disponga la situación de necesidad. Se trata de una solicitud administrativa que inicia el interesado ante la dirección provincial o local del ISM, y a la que debe acompañar la documentación determinada reglamentariamente. Esta solicitud se tramita por la dirección provincial del ISM que realiza las comprobaciones que procedan, y que dicta la resolución motivada concediendo el servicio y el importe, o en su caso, desestimando tal petición<sup>32</sup>. Con todo ello, se pretende poner de relieve que los plazos previstos por la norma más la demora mientras se recaba la documentación por parte de trabajador abandonado y la información pertinente por parte del ISM hacen que se dilate en exceso en el tiempo la solución al problema. No parece, a pesar de lo loable de los enunciados expuestos por las normas analizadas, que esta sea la solución más eficiente para garantizar una pronta atención a los marinos abandonados. Esta disertación tiene su base en que el abandono genera una situación que si no es atendida con la suficiente celeridad expone a los trabajadores afectados a quedar amparados por la benevolencia y la buena voluntad de la comunidad vecinal, de la autoridad del puerto y de las asociaciones sindicales y caritativas que estén ubicadas alrededor del puerto de abandono. Y, ello habida cuenta que el empresario deja de abonar los salarios, y, deja de dispensar los víveres, la asistencia médica, así como deja de cubrir cualquier otra necesidad a bordo durante el tiempo, a todas luces, indeterminado, y en muchas ocasiones, dilatado, que dure la situación. Todo ello genera condiciones de vida a bordo muy duras que afecta física y psicológicamente a la tripulación, quedando en el más absoluto desamparo humano, sin el mínimo necesario para sobrevivir con dignidad.

---

<sup>32</sup> Vid. Artículo 13 a 16 del Real Decreto 869/2007 y artículo 3 y 5 de la Orden de desarrollo.

En cualquier caso, con el enunciado de la norma queda claro que los nacionales españoles, comunitarios y del EEE dispondrán de las ayudas oportunas, pues los Estados se harán cargo de su situación. Ahora bien, el problema se plantea para aquellos trabajadores extracomunitarios, para los que la norma no dispone de los mismos derechos, ni aún siquiera el derecho a ser repatriados a su país de residencia.

En base a lo narrado, y precisamente para mejorar la protección de los marinos abandonados y, sobre todo, para evitar los trámites burocráticos anotados, existen voces doctrinales que reclaman que el abandono sea configurado legalmente como un riesgo profesional específico de los trabajadores del mar. Siendo así, daría lugar a una contingencia o situación protegida, de tal forma que esta prestación se financiaría a través de las cotizaciones a la Seguridad Social. Esta propuesta se fundamenta en el hecho evidente de que es el empresario el responsable de la existencia del riesgo de abandono y, sobre todo, el causante de que aquel se materialice<sup>33</sup>. Son dos las vías alternativas que se han propuesto para los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la LGSS, a través del régimen especial de Seguridad Social, o bien a través de la suscripción de un convenio especial de Seguridad Social. En cambio, para los sujetos excluidos de este ámbito se estaría ante lo dispuesto por el Real Decreto 869/2007 y la Orden de desarrollo, que podrían quedar completados por la suscripción de los correspondientes seguros privados.

Con este marco se trataría de proteger de la forma más adecuada posible, y, sobre todo, más completa y eficiente, a los sujetos afectados por la situación de abandono. Además, con ello, se daría cumplimiento efectivo al mandato de la Enmienda al CTM 2006 que incoa a los Estados para que determine un sistema de garantía financiera rápido y eficaz para cubrir el abandono de la gente de mar.

Como se ha señalado, este sistema podrá tomar la modalidad de un régimen de Seguridad Social, un seguro o un fondo nacional o un sistema similar. De este modo, cada país ha debido de estipular, tras la consulta con las organizaciones de armadores y de gente de mar interesadas, la modalidad del sistema. Sin embargo, es muy criticable la poca luz y claridad sobre este particular, habida cuenta de que países como España ya han ratificado la Enmienda<sup>34</sup>, sin disponer o informar de la modalidad elegida.

Ahora, a pesar de los pocos pasos dados, parece que el camino elegido es cubrir esta protección a través de la modalidad privada, en detrimento de la modalidad pública de la Seguridad Social, y ello a pesar que la primera posibilidad estaba contemplada en los Convenios de la OIT y en las Reglamentaciones de Trabajo.

A pesar de ello, existen voces que proclaman que la solución es que la garantía financiera se cubra en forma de seguro privado, con una modalidad de P&I o que la garantía se preste por un banco, productos financieros o entidad similar<sup>35</sup>. En esta línea,

<sup>33</sup> CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: “El régimen jurídico español...”, *Op. Cit.* pág. 227 y ss.

<sup>34</sup> España dispuso el instrumento de ratificación de la Enmienda en BOE núm. 75 de 30 de marzo de 2017. Véase el acuerdo por el que se toma conocimiento de la entrada en vigor de la Enmienda de 2014 del Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006, de la Organización Internacional del Trabajo <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2017/refc20170310.aspx> (Último acceso: 14 de jun. de 17).

<sup>35</sup> Sobre ello NIFONTOV, D. “Seafarer abandonment insurance: a system of financial security for seafarers”, En VV.AA. *The maritime Labour Convention 2006*, Nueva York, Ef. Jennifer Lavelle, 2014, págs. 117-136.

no puede pasar por alto que es una práctica mercantil frecuente en la industria marítima que los armadores suscriban pólizas privadas con compañías de seguro bajo el objeto de otorgar una protección a los trabajadores contratados. De este modo, el armador o empresario del mar queda obligado al abono de indemnizaciones a tanto alzado ante la materialización de los riesgos contratados.

Siendo así las cosas, y al hilo de la ley aplicable al régimen de Seguridad Social analizado en el epígrafe anterior, habrá que estar atentos al rol de estos seguros privados a la hora de dispensar la protección social a los trabajadores del mar. Pues, según se ha desarrollado, en principio, sería aplicable la ley bandera del buque. Y, aquí se puede exponer que si, por ejemplo, el buque está abanderado en España le sería de aplicación la legislación socio-laboral española. Es conocido que España “mantiene” un sistema de protección social “tuitivo” que cubre a los trabajadores del mar por completo. En este punto, se ha señalado que el papel que asumen estos seguros privados es completar y mejorar la protección social de estos trabajadores. Por el contrario, si la ley aplicable fuera la legislación de un Estado que carece de ese sistema público de Seguridad Social, el papel de los seguros privados sería otro. Así, si la legislación aplicable, en virtud de la ley de pabellón, fuera la legislación panameña, los trabajadores embarcados en esos buques, carecerían de un sistema de Seguridad Social. De esta forma, el papel que están llamados a asumir los seguros privados, en este caso, sería cubrir la falta de protección social de los trabajadores<sup>36</sup>.

En el esbozo planteado, se puede exponer que mientras Panamá ha determinado con cierta prontitud la modalidad del sistema para cubrir la garantía financiera optando, como no podía ser de otra manera, por el seguro privado<sup>37</sup>, mientras España, como ya se ha señalado, aún no ha dispuesto, al menos formalmente, modalidad alguna para determinar el sistema de garantía financiera, a pesar de haber transpuesto la Enmienda 2014 del CTM 2006.

Bajo este marco, es del todo contradictorio, que ambos países, con sistemas de protección tan dispares, hayan obrado de la misma forma a la hora de determinar la modalidad de garantía financiera, pues España sí que cuenta con un sistema público de Seguridad Social, y se entiende que ha desperdiciado el amparo que ofrece todo sistema público. Todo ello favorece al sistema privado, permitiendo a las entidades financieras entrar a desterrar el sistema público de Seguridad Social, tomando un papel protagonista en detrimento de lo público. Con respecto al papel de los Clubs P&I se expone que cada país puede interpretar la legislación nacional de manera divergente, pero el objetivo de los clubs debe ser dar amparo en todos los casos posibles<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Por CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: ¿Qué papel tienen los seguros privados en la protección social de los trabajadores del mar embarcados?, I Seminario de la Red de Investigación MWW: Una mirada a los problemas actuales y cambios futuros del Derecho del Trabajo Marítimo, Bilbao, 2006.

<sup>37</sup> Con fecha de 1 de agosto de 2016, Panamá ordenó la Circular MMC-336, revisada por Compliance and Enforcement Deputy Chief, y aprobada por Compliance and Enforcement Chief que recogía la modalidad de P&I como sistema para cubrir el abandono por parte de los armadores de los buques y tripulaciones

<sup>38</sup> En efecto, a nivel internacional data el Informe anual 2016/2017 del Grupo Internacional de Clubs de Protección e Indemnización (IG P&I Clubs) que establece que la enmienda de 2014 del CTM,2006 es un escenario al que pueden hacer frente los Clubs P&I. Para ello el naviero debe disponer a bordo evidencias de la emisión de un certificado del Club o bien cualquier otro asegurador que garantice el pago de estos gastos hasta al menos cuatro meses de los salarios (...)

## 5. LA ENTRADA EN VIGOR DE LA ENMIENDA: EFECTOS EN EL PRESENTE INMEDIATO. ¿POSIBILIDADES DE MEJORA?

Con fecha de junio de 2014 en la 103ª Conferencia Internacional de Trabajo se adopta la Enmienda 2014 del CTM 2006, siendo notificada a los Estados ratificantes el 18 de julio del mismo año. Los Estados tenían hasta julio 2016 para comunicar formalmente al Director General de la OIT su desacuerdo con la misma. Pues bien, la Enmienda entró en vigor, de forma generalizada<sup>39</sup>, el 18 de julio de 2017 al no haberse alcanzado el porcentaje de desacuerdo con la misma<sup>40</sup>.

Con respecto a la entrada en vigor, procede exponer una breve anotación de la actuación de algunos países que conforman el Paris MoU<sup>41</sup>. Pues bien, de los 27 Estados parte, la Enmienda no está en vigor en Estonia, Eslovenia, Italia, Lituania, Países Bajos, Portugal y Rumania. Algunos porque entrará en vigor más tarde, otros porque se está en espera de la declaración de aceptación, y otros porque han mostrado expresamente su desacuerdo formal con la enmienda. Ahora, es llamativo que en Holanda, Italia o Portugal esta aún no sea exigible. Así, en Holanda no es aplicable, pues ha expresado formalmente su desacuerdo con la misma. Ciertamente, ha decidido emplear la posibilidad habilitada por el texto del CTM 2006 y posponer su entrada en vigor a la remisión de una notificación expresa de su aceptación. En base a ello, no puede inspeccionar esa área a los buques extranjeros como Estado rector del puerto<sup>42</sup>. Por su parte, Italia ha quedado exenta de la aplicación de la enmienda durante el periodo un año<sup>43</sup>. Por último, Portugal no ha notificado a la OIT si acepta o no la enmienda, por lo que, se está en espera de la declaración de aceptación.

En el escenario que se ha dibujado a lo largo de estas líneas, en el que los Estados apenas han concretado la determinación del sistema de garantía financiera o han optado por delegar la actuación a la iniciativa privada añadiendo nuevas obligaciones en forma de cobertura adicional a bajo coste al P&I, lo cierto es que apenas existen reglas nacionales para asegurar la protección de la gente de mar. En este punto, se cuestiona si la creación de las mismas auguraría la picaresca empresarial. Esto es, si los armadores, ante una posible detención del buque por incumplimiento de la normativa o por cualquier otra causa, entendieran más rentable abandonar el buque, y, por ende, a su

---

atrasados. Un reaseguro por tanto es necesario para incluir estos salarios impagados y los costes de repatriación. Así el IG propugna una cláusula de extensión de la cobertura del club (MLC Extension Clause) ya que la situación ha cambiado desde la entrada en vigor de la enmienda. El mismo informe se marca como reto dar una cobertura que sirva para cumplir con los diferentes requisitos establecidos para cada Estado parte del Convenio y que representan el 92 % de la flota (en términos de tonelaje).

<sup>39</sup> El estado actual de la Enmienda 2014 al CTM 2006 se puede consultar en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11301:0::NO::P11301\\_INSTRUMENT\\_A MENDMENT\\_ID:3256971](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11301:0::NO::P11301_INSTRUMENT_A MENDMENT_ID:3256971) (Último acceso: 14 de jun. de 17).

<sup>40</sup> Vid. GB. 322/LILS/3.

<sup>41</sup> El Paris MoU es un memorándum de entendimiento para el control de buques extranjeros por el Estado rector del puerto en el ámbito geográfico de Europa y Canadá.

<sup>42</sup> En virtud del artículo XV párrafo 8 a) del CTM 2006 que dispone que los Estados ratificantes podrán comunicar que la Enmienda entrará en vigor solo después de que se haya remitido al Director General de la OIT una notificación expresa de su aceptación.

<sup>43</sup> En virtud del artículo XV párrafo 8 b) del CTM 2006 que dispone la posibilidad de que el Estado ratificante comunique al Director General que se declara exento de la aplicación de la enmienda durante un periodo determinado. En este caso, es de un año, por lo que entrará en vigor el 18 de enero de 2018.

tripulación, para subrogar las obligaciones socio-laborales al respecto. En definitiva, los países como Estado de bandera, han optado por cargar la responsabilidad total al armador, que, al fin y al cabo, es el responsable de esta protección.

Siendo así, se puede subrayar la poca trascendencia, al menos en la actualidad de la Enmienda al abandono. Un ejemplo práctico para contrastar si las medidas tomadas para luchar contra el abandono y asegurar la responsabilidad del armador son eficientes o no, se podría dibujar en el siguiente caso. Desde enero de 2017, 84 deficiencias en el ámbito del Paris MoU se referían a los certificados “Certificate or documentary evidence of financial security relating to shipowners liability” y Certificate or documentary evidence of financial security for repatriation (43 deficiencias y 41 respectivamente). En su mayoría porque bien dicho certificado no estaba a bordo, o porque sólo la copia de éste estaba disponible (no el original). Pues bien, sólo en 8 casos el buque fue detenido. De los 84 casos, sólo dos buques tenían bandera de un país de la UE (Malta y Dinamarca). En el mismo orden, desde que entró en vigor la Enmienda, han sido abandonados 14 buques, uno de ellos en Las Palmas<sup>44</sup>. Este sería un caso paradigmático de la dificultad y de la ineficiencia actual de la Enmienda. Pues, el armador abandona el buque y a su tripulación no por falta de pago de los salarios, de hecho, tenía incluso suscrita la correspondiente cobertura del P&I, sino como consecuencia de la detención por otro tipo de causas. Es decir, el problema se suscitó a raíz de la detención del buque.

En definitiva, que tras meses de la entrada en vigor de la Enmienda y tras varios años ya de la entrada en vigor del CTM 2006 se puede concluir que los trabajadores albergan serias dudas de cómo actuar ante una situación de abandono. Pues, en muchas ocasiones, desconocen si se les reembolsaría los gastos de repatriación, si se les abonaría los salarios adeudados, o si, dispondrían de la correspondiente protección social. Y, en esto, ante la más que probable situación de que los marinos abandonados no tengan los recursos suficientes, ni siquiera básicos, para costear esos gastos, lo más común es que sigan quedando al amparo de los entes sindicales y de las organizaciones no gubernamentales.

En otro orden, y en lo que respecta a Panamá, parece que la situación no está del todo controlada con la iniciativa privada, pues se están dando problemas para controlar que todos los buques porten el sistema de garantía financiera. Con ello, la ITF sigue pendiente y beligerante en el control de estas cuestiones. De tal forma que la Administración Panameña para evitar problemas, ha venido gestionando los últimos casos de abandono, repatriando al personal abandonado, sin recurrir al P&I.

Con todo ello, se puede cuestionar si el certificado de la garantía financiera para cubrir el abandono no deja de ser un documento más de los que se portan a bordo, sin que, en la realidad, vincule al armador como generador de esa responsabilidad. Desde luego, esta idea da lugar a plantear y cuestionar otros caminos para tratar de asistir de forma rápida y eficaz, a los marinos abandonados. En este punto cabe realizar una crítica y es que cuando se está a punto de cumplir el cuarto aniversario de la entrada en vigor del CTM 2006, se divisan sobre el horizonte demasiadas preguntas, y en honor a la verdad, cabe discutir si existe un interés real, generalizado, gubernamental, institucional y empresarial por encontrar una respuesta que construya un cuadro jurídico que respete los derechos de los trabajadores ante una situación que no debería formar parte de la realidad de los puertos.

<sup>44</sup> Sobre este planteamiento, GONZÁLEZ GIL, J., ‘Project Officer on Ship Inspection Support’ en la Agencia Europea de Seguridad Marítima (EMSA).

# XI. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO Y CESE DE ACTIVIDAD EN ESPAÑA Y SU COORDINACIÓN EN EL REGLAMENTO 883/2004

JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ

*Profesor de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Barcelona*

## 1. INTRODUCCIÓN

El Derecho originario de la Unión Europea garantiza la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión<sup>1</sup>, lo que implica el derecho del trabajador de la UE a responder a ofertas efectivas de trabajo; a desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros<sup>2</sup>; a residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, y a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en la normativa de la UE.

La libertad de circulación de los trabajadores es también un derecho fundamental consagrado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>3</sup> que reconoce a todo ciudadano de la Unión la libertad para buscar un empleo<sup>4</sup>, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro (art. 15. 2), así como el derecho de toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales (art.34.2).

Con la finalidad de asegurar la libertad de circulación de los trabajadores<sup>5</sup>, el Consejo se comprometió a crear un sistema de seguridad social que permitiera

---

<sup>1</sup> Originalmente reconocido en el artículo 48 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957; posteriormente artículo 39 del TCE y, actualmente, artículo 45 en la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DO C 202 de 7 de junio de 2016.

<sup>2</sup> Libertad de circulación de los trabajadores dentro de la Unión que actualmente viene regulada en el Reglamento (UE) 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011. DO L 141 de 27.5.2011, p. 1/12.

<sup>3</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DO C 202 de 7.6.2016, pp. 389-405. La Carta se convirtió en jurídicamente vinculante en la UE con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009, y ahora tiene la misma validez jurídica que los tratados de la UE (art. 6.1 del Tratado de Lisboa).

<sup>4</sup> Los estudios parecen demostrar que el principal factor de movilidad de los inmigrantes hacia un país concreto es la baja tasa de desempleo, o el nivel salarial y siendo mínima la relación entre la movilidad y las prestaciones sociales. GIULIETTI, Corrado. The welfare magnet hypothesis and the welfare take-up of migrants. IZA World of Labor 2014: 37, p. 5. <https://wol.iza.org/uploads/articles/37/pdfs/welfare-magnet-hypothesis-and-welfare-take-up-of-migrants.pdf?v=1>

<sup>5</sup> Como señala SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. Los Reglamentos de coordinación de los regímenes de Seguridad Social tienen un carácter secundario dentro del ámbito comunitario concibiéndose como meros instrumentos al servicio de un objetivo más ambicioso: la libre (...)

garantizar la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; incluido el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros<sup>6</sup>.

Los Reglamentos en materia de coordinación de la seguridad social de 1958, 1972 y 2004 establecieron las normas para la protección de los derechos en materia de seguridad social de los trabajadores migrantes europeos y de los miembros de sus familias<sup>7</sup>.

El actual Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social<sup>8</sup>(en adelante, Reglamento base) y su Reglamento de aplicación (CE) 987/2009<sup>9</sup>(en adelante, Reglamento de aplicación) está en vía de modificación mediante la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2016<sup>10</sup>.

Sin embargo, como ya señalara el Parlamento Europeo, para que la libertad de circulación sea eficaz deben coordinarse todas las acciones políticas que la afectan,

---

circulación.¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: análisis crítico del capítulo 8 del Reglamento 883/2004. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32. Iustel: 2012, p. 3; y “Modernización y simplificación de la coordinación de los regímenes de protección social en la Unión Europea, pp. 115-152”. En: VV.AA. *El Futuro Europeo de la Protección Social*. Laborum, Murcia: 2010,p. 120.

<sup>6</sup> Originalmente mediante el artículo art. 51 del TCCE, actualmente, art. 48 TFUE, se encomienda la creación de un sistema de coordinación en materia de Seguridad Social que garantice estos derechos.

<sup>7</sup> La coordinación tiene como finalidad garantizar la integridad de la carrera profesional en materia de Seguridad Social del trabajador migrante, sin afectar a las divergencias de procedimiento entre los regímenes nacionales de prestaciones de Seguridad Social, sin alterar las diferencias de los derechos de las personas que trabajan en dichos Estados, sin suprimir las diferencias de fondo entre los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros y sin pretender unificar los sistemas de Seguridad Social de los estados miembros. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. ¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: análisis crítico del capítulo 8 del Reglamento 883/2004. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32. Iustel: 2012, p. 2.

<sup>8</sup> Reglamento 883/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, DO L 166/1 30.4.2004, p.1.Modificado por el: Reglamento (CE) 988/2009 de 16 de septiembre de 2009 L 284 43 30.10.2009; Reglamento (UE) 1244/2010 de 9 de diciembre de 2010 L 338 35 22.12.2010; Reglamento (UE) 465/2012 de 22 de mayo de 2012 L 149 4 8.6.2012; Reglamento (UE) 1224/2012 de 18 de diciembre de 2012 L 349 19.12.2012; Reglamento (UE) 517/2013 de 13 de mayo de 2013 L 158 10.6.2013; Reglamento (UE) 1372/2013 de 19 de diciembre de 2013 L 346 20.12.2013; Reglamento (UE) 1368/2014 de 17 de diciembre de 2014 L 366 20.12.2014; y Reglamento (UE) 2017/492 de 21 de marzo de 2017 L 76 22.3.2017.

<sup>9</sup> Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza). DO L 284 de 30.10.2009, p. 1. Modificado por el: Reglamento (UE) 1244/2010 de 9 de diciembre de 2010 L 338 22.12.2010; Reglamento (UE) 465/2012 de 22 de mayo de 2012 L 149 8.6.2012; Reglamento (UE) 1224/2012 de 18 de diciembre de 2012 L 349 19.12.2012; Reglamento (UE) 1372/2013 de 19 de diciembre de 2013 L 346 20.12.2013; Reglamento (UE) 1368/2014 de 17 de diciembre de 2014 L 366 20.12.2014; y Reglamento (UE) 2017/492 de 21 de marzo de 2017 L 76 22.3.2017.

<sup>10</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004. Estrasburgo, 13.12.2016. COM (2016) 815 final. 2016/0397 (COD).

como son en los ámbitos de la realización del mercado interior, la coordinación de los sistemas de seguridad social, los derechos de pensión complementaria, la protección de los trabajadores, la atención sanitaria transfronteriza, la educación y la formación profesional, las medidas fiscales como las destinadas a evitar la doble imposición, y la no discriminación<sup>11</sup>.

En este estudio se analiza, concretamente, la coordinación de la prestación de desempleo y las modificaciones que afectarán a esta prestación y sus posibles implicaciones<sup>12</sup>, teniendo en cuenta que el problema del desempleo se prolongará más allá del inicio de la recuperación económica<sup>13</sup>, contexto en el cual las normas de coordinación sobre las prestaciones de desempleo cobran especial importancia.

## 2. LA REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO Y CESE DE ACTIVIDAD EN ESPAÑA EN RELACIÓN A LAS SALIDAS O REGRESO DEL EXTRANJERO

La Constitución Española de 1978 exige a los poderes públicos que garanticen especialmente las prestaciones en caso de desempleo, no refiriéndose específicamente a otras prestaciones<sup>14</sup>, lo que revela la trascendencia de esta prestación.

La prestación de desempleo protege a quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo, encontrándose en alguna de las situaciones legales de desempleo previstas en el artículo 267 del Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social<sup>15</sup> (en adelante TRLGSS/15) (art. 262.1 del TRLGSS/15).

La protección por desempleo tiene un nivel contributivo, que tiene como objeto proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la suspensión del contrato o reducción de la jornada, y un nivel asistencial que protege alguna situaciones de especial necesidad en las que se pueden encontrar las personas desempleadas (art. 263 del TRLGSS/15).

Están también comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en

<sup>11</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre el fomento de la movilidad de los trabajadores en la Unión Europea (2010/2273(INI)). 2013/C 131 E/04. DO C 131E de 8.5.2013, p. 35/46.

<sup>12</sup> Señala GARCÍA NINET, José Ignacio, que en la Europa avanzada, el Sistema de Seguridad Social no puede pasar a un según plano, ya que gracias a él se puede hacer frente a la protección de un gran número de desempleados, sobre todo en momentos de altas tasas de paro. “Cuestiones actuales y perspectivas de futuro del ordenamiento español de Seguridad Social, pp. 307-326. En: VV.AA. *El Futuro Europeo de la Protección Social*. Laborum, Murcia: 2010, p. 325.

<sup>13</sup> Para GARCÍA VIÑA, Jordi, el aumento del paro de larga duración y la pérdida de capital humano a través de la descualificación de los parados de larga duración, hará más difícil la recuperación de los niveles de empleo anteriores a la situación de crisis. “¿Cómo afecta la crisis económica a los modelos actuales europeos de Seguridad Social?, pp. 89-98”. En: VV.AA. *El Futuro Europeo de la Protección Social*. Laborum, Murcia: 2010, p. 90.

<sup>14</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. “La exportación de la Renta Activa de inserción ¿Buena práctica legislativa?, pp. 65-93”. En: *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (III)*. Ediciones Laborum, Murcia: 2015, p. 67.

<sup>15</sup> 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. BOE, núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

España, siempre que ejerzan su actividad en territorio nacional y a efectos de las prestaciones no contributivas<sup>16</sup>, los extranjeros que residan legalmente en territorio español, en los términos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, en su caso, en los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos internacionales aprobados, suscritos o ratificados al efecto (art. 7 del TRLGSS/15).

## 2.1. NIVEL CONTRIBUTIVO

Entre las situaciones legales de desempleo, en el nivel contributivo, se encuentra la de los trabajadores cuando retornan a España por extinguírseles la relación laboral en el país extranjero, siempre que no obtengan prestación por desempleo en dicho país y acrediten cotización suficiente antes de salir de España [267.1. e) del TRLGSS/15].

Deberán solicitar la prestación por desempleo del nivel contributivo en el plazo de los quince días siguientes a la fecha de retorno (art. 11.3 del RD 625/1985<sup>17</sup>) y acreditar la situación legal de desempleo, aportando certificación en la que conste la fecha del retorno, el tiempo trabajado en el país extranjero, el período de ocupación cotizada, en su caso, así como que no tienen derecho a prestaciones por desempleo en dicho país (art. 11.1 del RD 625/1985).

La certificación será emitida por las Áreas y Dependencias Provinciales de Trabajo y Asuntos Sociales de las Delegaciones o Subdelegaciones de Gobierno o Certificación emitida por las Delegaciones o Subdelegaciones de Gobierno o Formulario U1 o E-301, si se retorna de un país miembro del Espacio Económico Europeo o de Suiza o formulario de enlace donde se recojan los periodos trabajados en un país con el que existe convenio sobre protección por desempleo, como es el caso del AUS/E1<sup>18</sup> si se retorna de Australia.

Por otro lado, el derecho a la prestación de desempleo se suspenderá por la entidad gestora, entre otros supuestos, por el traslado de residencia al extranjero del beneficiario que declare que tiene por objeto la búsqueda o realización de trabajo<sup>19</sup>, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, y por un período continuado inferior a doce meses. En todo caso será requisito que previamente a la salida al extranjero el beneficiario comunique la salida y esta sea autorizada por la entidad gestora, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las

<sup>16</sup> Vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64/2006, pp. 115-133; PÉREZ DEL PRADO, Daniel. Ciudadanía europea, derechos de libre circulación e igualdad de trato y protección social: tensiones en época de crisis. A propósito de la STJUE de 11 de noviembre de 2014 (Caso Dano). *Revista de Información Laboral*, núm.12/2014; SUÁREZ CORUJO, Borja. Ciudadanos de segunda: los obstáculos a la libre circulación de los pobres (trabajadores). A propósito de la STJUE 15 de septiembre de 2015, Alimanovic. *Revista de Información Laboral*, núm.1/2016

<sup>17</sup> Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo. BOE, núm. 109, de 07/05/1985.

<sup>18</sup> Formulario "Verification of working life residence in Australia". Se solicita en: Centrelink International Services. P.O. Box 273. Hobart 7001 (Australia).

<sup>19</sup> El traslado de residencia al extranjero comprende todo el tiempo de vigencia del contrato que se haya suscrito en el extranjero, incluido el período vacacional correspondiente, y otras situaciones como períodos de baja por enfermedad o descaso semanal (STSJ País Vasco, de 24 febrero 1998 [AS 1998, 763]).

prestaciones en las normas de la Unión Europea [art 271.1 f) del TRLGSS/15]. Si se supera el período de 12 meses se extinguirá la prestación (art. 272.1 del TRLGSS/15 y art. 6.3 del RD 625/1985).

Igualmente, se podrá suspender la prestación de desempleo cuando el beneficiario, previa comunicación y autorización por la entidad gestora, realice una estancia en el extranjero por un período, continuado o no, que no supere los noventa días naturales como máximo durante cada año natural [art 271.1 g) del TRLGSS/15], extinguiéndose también la prestación si se supera este período (art. 272.1 del TRLGSS/15 y art. 6.3 del RD 625/1985).

No obstante, el beneficiario de la prestación podrá seguir percibiendo la prestación de desempleo en la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 299 del TRLGSS/15 [art 271.1 g) del TRLGSS/15]. Por tanto, como dictaminara el Tribunal Supremo [STS de 18 octubre 2012 (RJ 2012\10707), Fj. 5º]<sup>20</sup> la salida al extranjero por un período de 15 días al año como máximo, siempre que haya sido puntualmente informada o comunicada a la Administración española, no supone en principio ni suspensión ni extinción de la prestación de desempleo<sup>21</sup>.

Por tanto la doctrina del Tribunal supremo distingue tres situaciones: « a) una prestación "mantenida" en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno; b) una prestación "extinguida" ... en los supuestos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte "traslado de residencia", es decir por más de los noventa días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal; c) una prestación "suspendida" en el supuesto particular del artículo 6.3 del RD 625/1985 (RCL 1985, 1039, 1325) [redacción RD 200/2006 (RCL 2006, 467) ] de "búsqueda o realización de trabajo" o "perfeccionamiento profesional" en el extranjero por tiempo inferior a "doce meses"; d) una prestación "suspendida", en todos los demás supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días, con la consiguiente ausencia del mercado de trabajo español del beneficiario de la prestación de desempleo». Según esta doctrina si se sale del territorio nacional por un período inferior a 90 días<sup>22</sup>, aun cuando se incumpla la obligación de comunicación a la

<sup>20</sup> Vid. AZAGRA SOLANO, Miguel. Prestación por desempleo. ¿Qué pasa si me marché al extranjero?. *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.4/2013.

<sup>21</sup> La Ley 1/2014, de 28 de febrero, de Protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. BOE 1 marzo 2014, núm. 52, [pág. 19294], aclaró expresamente en el TRLGSS/94 que en los supuestos de salida ocasional al extranjero por un período máximo de quince días naturales dentro de un año natural, se mantenía la condición de beneficiario y se seguía percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo. Además, se incorporó de forma expresa como supuestos de suspensión de la prestación por desempleo la estancia en el extranjero hasta un período de 90 días, o el traslado de residencia al extranjero por un período inferior a doce meses para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, debiéndose comunicar previamente la salida a la entidad gestora, que deberá autorizarla, extinguiéndose en caso contrario.

<sup>22</sup> Plazo casi idéntico a los 3 meses que el beneficiario de una prestación de desempleo conserva el derecho a las prestaciones que se desplace a otro Estado miembro para buscar trabajo (art. 64.1 c. del Reglamento 883/2004). SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. "Good legal practices in (...)

Entidad gestora, la prestación se suspenderá y no se extinguirá, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas durante el período en salida al extranjero no comunicado [SSTS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 18 octubre 2012 (RJ 2012\10707); y de 10 marzo 2014 (RJ 2014\2951); de 14 marzo 2016 (RJ 2016\1466), igualmente para el caso del subsidio de desempleo], doctrina mantenida para los supuestos acaecidos con posterioridad a la promulgación del RDL 11/2013, de 2 de agosto [SSTS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 21 abril 2015 (RJ 2015\2178); y de 14 marzo (RJ 2017\1330)] que reitera que el desplazamiento al extranjero por un tiempo inferior a 90 días no supone un traslado de residencia y, no conlleva la extinción de la prestación sino la suspensión de la misma, sin que el incumplimiento de la obligación de comunicar previamente la salida al SPEE, pueda conllevar la extinción de la prestación por aplicación de lo dispuesto en el art. 25.3 LISOS.

En el caso de trabajadores que pierden el empleo en un Estado miembro de la UE con derecho a prestación de desempleo, así como la totalización de períodos de cotización en otros Estados miembros y la exportación de prestaciones de desempleo serán analizados en el apartado sobre la actual coordinación de la Seguridad Social en Europa.

## 2.2. NIVEL ASISTENCIAL

En el nivel asistencial, serán beneficiarios del subsidio por desempleo los trabajadores españoles emigrantes<sup>23</sup> que habiendo retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo<sup>24</sup>, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo, acrediten haber trabajado como mínimo doce meses en los últimos seis años en dichos países desde su última salida de España, y no tenga derecho a la prestación por desempleo [art. 274.1 c) del TRLGSS/15], sin que se exijan cotizaciones a la Seguridad Social española.

Es requisito que estos figuren inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de un mes, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, carezcan de rentas en los términos establecidos en el artículo 275 del TRLGSS/15 y artículo 7 del Real Decreto 625/1985.

Para acreditar la situación legal de desempleo, los emigrantes retornados deberán aportar certificación del Instituto Español de Emigración en la que conste la fecha del retorno, el tiempo trabajado en el país extranjero, el período de ocupación cotizada, en su caso, así como que no tienen derecho a prestaciones por desempleo en dicho país (art. 11.1 del RD 625/1985, de 2 de abril).

---

spanish law?: clauses governing residence and the export of spanish social security benefits, pp. 23-45". En: VVAA. *Good practices in social law*. Thomson Reuters. Pamplona: 2015, p. 35.

<sup>23</sup> Lo que excluye al resto de emigrantes retornados de otra nacionalidad de la UE o del EEE, desde la modificación introducida por el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. BOE, núm. 125, de 25 de mayo de 2002, páginas 18781 a 18795.

<sup>24</sup> Vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina; MIRANDA BOTO, José María. El subsidio para emigrantes retornados: cuestiones para un debate. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 74, 2004, pp. 109-122.

El subsidio de desempleo también se suspenderá por el traslado de residencia al extranjero del beneficiario que declare que tiene por objeto la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, por un período continuado inferior a doce meses, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora; y en los supuestos de estancia en el extranjero por un período, continuado o no, de hasta noventa días naturales como máximo durante cada año natural, siempre que la salida al extranjero esté también previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora (art. 279 del TRLGSS/15).

Igualmente, no tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año.

Por tanto, el subsidio por desempleo para emigrantes retornados es una situación compleja que requiere la concurrencia de varios requisitos<sup>25</sup>.

Existen otras ayudas para la inserción en el mercado de trabajo, en la que se incluye a los emigrantes retornados<sup>26</sup> con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, como es la Renta activa de inserción<sup>27</sup>, a la que pueden tener derecho los trabajadores emigrantes que, tras haber retornado del extranjero en los 12 meses anteriores a la solicitud, hubiera trabajado, como mínimo, seis meses en el extranjero desde su última salida de España, siempre que sean mayores de 45 años y menores de 65 años de edad, no tengan derecho a la prestación contributiva ni al subsidio por desempleo, no superen los límites de ingresos propios y familiares y no haber sido beneficiario de esta renta en los últimos 365 días naturales o no haber percibido esta en tres períodos anteriores.

En el caso de trabajadores emigrantes retornados no se exige haber extinguido previamente la prestación por desempleo de nivel contributivo y/o el subsidio por desempleo de nivel asistencial [2º párr. art. 2.1 c) del RD 1369/2006, de 24 de noviembre], ni tampoco el requisito del período de inscripción como desempleado en la oficina de empleo [art. 2.2 b) del RD 1369/2006, de 24 de noviembre].

En consecuencia, a los trabajadores desempleados que no sean emigrantes retornados se les exige un período de inscripción ininterrumpida como desempleados en la oficina de empleo de 12 o más meses, período de inscripción que se interrumpe con la salida al extranjero del demandante de empleo, aunque no se considerará interrumpida la inscripción cuando el solicitante acredite que la salida al extranjero se ha producido por matrimonio o nacimiento de hijo, fallecimiento o enfermedad grave del cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o por el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, y siempre que la estancia haya sido igual o inferior a 15 días. Tampoco interrumpirá la inscripción la salida a países del

<sup>25</sup> Desdentado Bonete, Aurelio. La situación protegida en el desempleo contributivo. Un recorrido por la jurisprudencia reciente. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Seguridad Social*, núm. 89/2010, p. 38.

<sup>26</sup> En este caso no se exige nacionalidad española, sólo residir legalmente en España. Cfr. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. “La exportación de la Renta Activa de inserción ¿Buena práctica legislativa?, pp. 65-93”. En: Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (III). Ediciones Laborum, Murcia: 2015, pp. 77 y 82.

<sup>27</sup> Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. BOE, núm. 290, de 05/12/2006.

Espacio Económico europeo y Suiza para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, y siempre que la estancia sea inferior a 90 días [art. 2.1 b) del RD 1369/2006, de 24 de noviembre].

### 2.3. PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD

Mediante la Disposición adicional cuarta de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo<sup>28</sup>, el Gobierno se comprometía a proponer a las Cortes Generales la regulación de un sistema específico de protección por cese de actividad con el objeto de dispensar a los trabajadores autónomos, afiliados a la Seguridad Social y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar las prestaciones y medidas establecidas en la situación de cese total en la actividad que originó el alta en el régimen especial, no obstante poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo (art. 327.1 del TRLGSS/15).

La Ley 32/2010, de 5 de agosto<sup>29</sup>, desarrollada por el Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre<sup>30</sup>, establece las normas generales del sistema específico de protección por cese de actividad del trabajador autónomo, delimitando el objeto de protección y el ámbito subjetivo, que posteriormente será regulado en el Título V del Real Decreto legislativo 8/2015<sup>31</sup>, derogando la Ley 32/2010, salvo los artículos 10 y 11.

El derecho a la protección por cese de actividad se extinguirá, entre otros casos, por traslado de residencia al extranjero del beneficiario, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen [art. 341.1. f) del TRLGSS/15].

Así el artículo 15.1 b) del RD 1541/2011 establece que el derecho a la protección por cese de actividad quedará suspendido en los supuestos de traslado de residencia al extranjero cuando el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, o perfeccionamiento profesional, o cooperación internacional, por un periodo continuado inferior a doce meses, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea. Si se realiza el traslado de residencia al extranjero incumpliendo alguno de los requisitos anteriores supondrá la extinción del derecho.

También, suspenderá el derecho la salida ocasional al extranjero por tiempo no superior a 30 días naturales por una sola vez cada año, siempre que esa salida esté previamente comunicada y autorizada por el órgano gestor, el incumpliendo de estos requisitos también supondrá la extinción del derecho.

<sup>28</sup> Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. BOE, núm. 166, de 12 de julio de 2007.

<sup>29</sup> Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. BOE, núm. 190, de 06 de agosto de 2010.

<sup>30</sup> Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. BOE, núm. 263, de 01/11/2011.

<sup>31</sup> Como señala CERVILLA GARZÓN, María José, cabe preguntarse si el sistema de protección de desempleo y de cese de actividad no siguen desincentivando el inicio de proyectos de autoempleo. Las reformas en la prestación contributiva por desempleo y su repercusión en el inicio de actividades por cuenta propia. *Temas Laborales*, núm. 72/2003, p. 124.

### 3. ANTECEDENTES DE LAS NORMAS DE LA UE EN MATERIA DE COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Los primeros instrumentos en materia de coordinación de la Seguridad Social en Europa fueron los Reglamentos números 3 y 4 de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)<sup>32</sup> de 1958, en los que se contemplaba la coordinación de la prestación de desempleo en su capítulo 6 (arts. 33 a 38) con el objetivo general de garantizar la protección social de los trabajadores comunitarios que se desplazaban a otros países.

En el artículo 12 de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961 y ratificada por el estado Español en 1978<sup>33</sup>, los Gobiernos signatarios, Miembros del Consejo de Europa, se comprometieron a adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, encaminadas a conseguir: a) la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes Contratantes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las Partes Contratantes; y b) La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes Contratantes.

Estos primeros Reglamentos en materia de coordinación de la Seguridad Social en Europa fueron reemplazados en 1972 por el Reglamento 1408/71<sup>34</sup> y su Reglamento de aplicación 574/72<sup>35</sup>, que aplicaban los mismos principios de las normas originales, señalando la necesidad de establecer una coordinación más completa entre los regímenes de seguro y asistencia por desempleo de todos los Estados miembros y la conveniencia de reconocer a los trabajadores sin empleo el derecho a disfrutar, durante un período limitado, de las prestaciones de desempleo previstas en la legislación del Estado miembro a la que ha estado sometido en último lugar con el objeto de facilitar la búsqueda de empleo en los diferentes Estados miembros.

El objetivo de las normas de coordinación es doble, por una parte, facilitar la libre circulación de los trabajadores permitiendo que estos se desplacen al lugar en el que se les necesita dentro de la UE y, por otra, garantizar una protección social en la medida en que protegen los derechos de seguridad social adquiridos y garantizan los derechos de seguridad social a las personas que se desplazan a otros países.

<sup>32</sup> Reglamento núm. 3, para la seguridad social de los trabajadores migrantes; y Reglamento núm. 4, que determina las modalidades de aplicación y se completan las disposiciones del Reglamento núm. 3, relativo a la seguridad social de los trabajadores migrantes. Gaceta Oficial de la Comunidad Europea, núm. 30, de 6 de diciembre de 1958; pp. 561 a 664. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=OJ:P:1958:030:TOC>

<sup>33</sup> Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961. BOE, núm. 153, de 26 de junio de 1980, páginas 14533 a 14540.

<sup>34</sup> Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Diario Oficial nº L 149 de 05/07/1971 p. 0002 – 0050.

<sup>35</sup> Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad. Diario Oficial nº L 074 de 27/03/1972 p. 0001 – 0083.

En el marco del Acuerdo del Espacio Económico Europeo los Reglamentos de coordinación se aplicaron a los territorios de Islandia, Noruega, a partir del 1 de enero de 1994 y al de Liechtenstein, a partir del 1 de junio de ese mismo año. Suiza acordó la aplicación de las normas en 1999 en base al Acuerdo UE-Suiza en materia de Libre Circulación de Personas, que entraría en vigor a partir de 1 de junio de 2002<sup>36</sup>.

Con la entrada en vigor del Reglamento (CE) 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003<sup>37</sup>, las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/71 y del Reglamento (CEE) 574/72 se aplicarían a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que se encuentren en situación de residencia legal en el territorio de un Estado miembro y siempre que exista un elemento transfronterizo<sup>38</sup>, es decir, que existan vínculos con más de un estado miembro y, por tanto, no tan sólo con un tercer país y un único Estado miembro.

El Reglamento 883/04, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social<sup>39</sup>, entró en vigor el 1 de mayo de 2010, que es la fecha de entrada en vigor del Reglamento 987/2009 que lo desarrolla. Estos reglamentos son de aplicación en Suiza desde el 1 de abril de 2012 y en Noruega, Islandia y Liechtenstein desde el 1 de junio de 2012.

El Reglamento (UE) 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010<sup>40</sup>, deroga el Reglamento (CE) 859/2003, extendiendo la aplicación del Reglamento (CE) 883/2004 y del Reglamento (CE) 987/2009 a los nacionales de terceros países (salvo Dinamarca y Reino Unido<sup>41</sup>), de igual modo a lo que lo hiciera el Reglamento (CE) 859/2003 respecto a los Reglamentos 1408/71 y 574/72<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra - Acta final - Declaraciones conjuntas - Información relativa a la entrada en vigor de los siete acuerdos con la Confederación Suiza en los sectores siguientes: libre circulación de personas, transporte aéreo y por carretera, contratos públicos, cooperación científica, reconocimiento mutuo en materia de evaluación de la conformidad y agricultura. Diario Oficial n° L 114 de 30/04/2002 p. 0006 – 0072.

<sup>37</sup> Reglamento (CE) n° 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y del Reglamento (CEE) n° 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas. DOUE, núm. 124, de 20 de mayo de 2003, páginas 1 a 3.

<sup>38</sup> Existe un elemento transfronterizo cuando los elementos a considerar (trabajo, residencia, estancia y familia) estén situados en el territorio de más de un Estado miembro. COLSA SALIETO, José. “Capítulo IX La prestación de vejez en los nuevos reglamentos de coordinación de Seguridad Social, p. 248”. En: VVAA. *La coordinación de los sistemas de seguridad social los reglamentos 883/2004 y 987/2009*. Laborum: 2010.

<sup>39</sup> Sobre estos Reglamentos véase ampliamente la monografía: VV.AA. *La coordinación de los sistemas de seguridad social los reglamentos 883/2004 y 987/2009*. Laborum, Murcia: 2010.

<sup>40</sup> Reglamento (UE) n° 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004 y el Reglamento (CE) n° 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos. DOUE, núm. 344, de 29 de diciembre de 2010, páginas 1 a 3.

<sup>41</sup> En Dinamarca los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social no son aplicables a los nacionales de terceros países y en la relaciones con Reino Unido siguen siendo aplicables, a los nacionales de terceros países, los Reglamentos (CEE) 1408/71 y 574/72.

<sup>42</sup> Vid. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, Carlos. Extensión de las normas de coordinación de Seguridad Social a los nacionales de terceros Estados: El reglamento UE 1231/10. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 97, 2012, págs. 15-32.

La UE ha firmado acuerdos de asociación en materia de comercio y de cooperación en otras materias con una serie de terceros países como: Túnez, Argelia, Israel, Croacia, la ex República yugoslava de Macedonia, Albania, Serbia y Turquía. Actualmente sólo existe una Decisión del Consejo de Asociación para adoptar normas de seguridad social con Turquía<sup>43</sup> y Albania<sup>44</sup>, aunque no se ha incorporado nunca en la legislación comunitaria. Posteriormente, la UE ha retomado las negociaciones para adoptar una Decisión del Consejo de Asociación basada en los Acuerdos de Asociación con Argelia, Marruecos, Túnez, Antigua República Yugoslava de Macedonia e Israel, con el objeto de garantizar que determinadas prestaciones, tales como las pensiones, sean exportables a estos países según un principio de reciprocidad con los nacionales de la UE, puesto que en la actualidad sólo se exportan las prestaciones cuando así lo prevé la legislación nacional o un acuerdo bilateral.

El Reglamento 883/2004 y el Reglamento 987/2009 mantienen sin cambios los principios básicos de coordinación aunque se centran en particular en mejorar los procedimientos para garantizar que los principios de coordinación se puedan aplicar de un modo eficiente, incorporándose un nuevo sistema obligatorio de intercambio electrónico de información en materia de seguridad social.

Los Reglamentos de coordinación 883/2004 y 987/2009 se aplican, entre otras prestaciones, a la legislación relativa a la prestación de desempleo<sup>45</sup>, bajo el principio que es menester velar por una coordinación más estrecha y eficaz entre los regímenes de seguro de desempleo y los servicios de empleo de todos los Estados miembros.

#### 4. VIGENTE REGULACIÓN SOBRE LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UE EN MATERIA DE DESEMPLEO

La coordinación de las legislaciones sobre prestaciones de desempleo<sup>46</sup> se encuentra dentro del campo de aplicación material del Reglamento (art. 3 del Reglamento base), en el cual se reconoce que para fomentar la movilidad de los trabajadores, resulta especialmente oportuno facilitar la búsqueda de trabajo en los distintos Estados miembros, para cuya finalidad es necesario velar por una coordinación más estrecha y eficaz entre los regímenes de seguro de desempleo y los servicios de empleo de todos los Estados miembros. Por tanto, la coordinación en materia de desempleo tiene como objetivo prioritario la libertad de circulación como instrumento<sup>47</sup> de búsqueda de

<sup>43</sup> Propuesta de DECISIÓN DEL CONSEJO relativa a la posición que deberá adoptarse en nombre de la Unión Europea en el seno del Consejo de Asociación establecido por el Acuerdo por el que se crea una asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía con respecto a las disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social /\* COM/2012/0152 final - 2012/0076 (NLE) \*/

<sup>44</sup> Propuesta de DECISIÓN DEL CONSEJO relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Consejo de Estabilización y Asociación instituido por el Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Albania, por otra, con respecto a las disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social /\* COM/2012/0158 final - 2012/0079 (NLE) \*/

<sup>45</sup> Art. 3.1 h) del Reglamento 883/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004.

<sup>46</sup> Vid. GARCÍA VIÑA, Jordi. “Capítulo XI. La coordinación de prestaciones de desempleo en el Reglamento 883/2004, pp. 299-347”. En: VV.AA. *La coordinación de los sistemas de seguridad social los reglamentos 883/2004 y 987/2009*. Laborum. Murcia: 2010.

<sup>47</sup> La coordinación de los sistemas de Seguridad Social no es un fin en sí mismo sino que tiene un carácter instrumental. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. “Capítulo I. Sinopsis de las (...)”

empleo y evitar la acumulación de prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo período de seguro obligatorio (art. 10).

De conformidad al artículo 3.2 del Reglamento base quedan incluidos en su ámbito de aplicación material los regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos, aunque no contenga definición algún sobre que debe entenderse por contributivo y no contributivo<sup>48</sup>.

El campo de aplicación personal del Reglamento incluye a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites (art. 2 del Reglamento base)<sup>49</sup>, las cuales podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del Reglamento (art. 4 del Reglamento base).

En el capítulo 6 (artículos 61 a 65 bis del Reglamento base) se regula la coordinación de la prestación de desempleo, desarrollada en su Reglamento de aplicación en su capítulo V (artículos 54 a 57 del Reglamento de aplicación), que es objeto de análisis en los siguientes puntos.

#### 4.1. LEGISLACIÓN APLICABLE

No siempre es sencillo determinar cuál es la legislación aplicable en el caso de trabajadores que se trasladan a otro Estado miembro para realizar una actividad y, posteriormente, pierden el empleo y precisan solicitar la prestación de desempleo<sup>50</sup>.

El principio general es que las personas a las cuales sea aplicable este Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro (art. 11 del Reglamento base), es lo que se conoce como «el principio de exclusividad». La finalidad de esta disposición es evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales y, a su vez, impedir que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento se vean privadas de protección en materia de Seguridad Social<sup>51</sup>.

Las personas que ejerzan una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro en el que se reside y donde se ha ejercido la actividad laboral es el encargado de abonar las prestaciones de desempleo conforme al principio de que se está sujeto a la

---

reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad Social, pp. 3-23". En: VV.AA. La coordinación de los sistemas de seguridad social los reglamentos 883/2004 y 987/2009. Laborum. Murcia: 2010, p. 2.

<sup>48</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. "La exportación de la Renta Activa de inserción ¿Buena práctica legislativa?, pp. 65-93". En: Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (III). Ediciones Laborum, Murcia: 2015, p. 87.

<sup>49</sup> Vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (coord.). *Vicisitudes de la aplicación del derecho comunitario en España*. Laborum, Murcia: 2007.

<sup>50</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, Fco. Javier. La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Número 89. 2010, p. 101.

<sup>51</sup> GARCÍA VIÑA, Jordi. Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64/2006, p. 68.

legislación del Estado en el que trabaja «*lex loci laboris*» (art. 11.3. a) del Reglamento base).

El artículo 11 del Reglamento de aplicación, establece los criterios para el caso de discrepancia entre las instituciones de dos o más Estados miembros en cuanto a la determinación de la residencia de una persona a la que se aplique el Reglamento base.

Concretamente, las instituciones deberán establecer de común acuerdo el centro de interés del interesado. Para ello deberán evaluar globalmente toda la información disponible relacionada con la duración y continuidad de su presencia en el territorio de los Estados miembros afectados y la situación personal del interesado, como: la naturaleza y condiciones específicas de la actividad ejercida, si la hay, en particular el lugar donde se ejerce habitualmente la actividad, la estabilidad de la actividad y la duración de cualquier contrato de trabajo; su situación familiar y los lazos familiares; el ejercicio de toda actividad no remunerada; en el caso de los estudiantes, su fuente de ingresos; el alojamiento, en particular su grado de permanencia; y el Estado miembro en el que se considere que la persona tiene su residencia fiscal.

Si esta evaluación no permite a las instituciones afectadas llegar a un acuerdo, se considerará decisiva para determinar el lugar efectivo de residencia la voluntad de la persona, según se desprenda de tales hechos y circunstancias, y en especial las razones que la llevaron a trasladarse.

Sin embargo, se pueden dar distintas situaciones en que las personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente reciban la prestación de desempleo en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia (art. 65.2 del Reglamento base), siendo en ese caso de aplicación la legislación de dicho Estado miembro [art. 11.3. c) del Reglamento base].

Por tanto, según los casos la institución competente puede ser la del Estado miembro de empleo, la del lugar de residencia o aquel en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador y, en consecuencia, se determinará también la institución competente para reconocer la prestación de desempleo, si se dan las condiciones legales para su reconocimiento<sup>52</sup>.

El artículo 6 del reglamento de aplicación prevé que cuando exista discrepancias entre las instituciones o autoridades de dos o más Estados miembros en cuanto a la determinación de la legislación aplicable, salvo disposición en contrario del Reglamento de aplicación, el interesado quedará provisionalmente sujeto a la legislación de uno de esos Estados miembros, en el siguiente orden de prioridad:

a) la legislación del Estado miembro en el que la persona ejerza efectivamente su actividad profesional, por cuenta propia o ajena, en caso de que dicha actividad se ejerza en un solo Estado miembro;

---

<sup>52</sup> Vid. Decisión n o U2, de 12 de junio de 2009, relativa al ámbito de aplicación del artículo 65, apartado 2, del Reglamento (CE) n o 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, que se refiere al derecho a las prestaciones de desempleo de las personas en situación de desempleo total, que no sean trabajadores fronterizos, residentes en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado miembro competente durante su último período de actividad por cuenta ajena o por cuenta propia (Texto pertinente a efectos del EEE y del Acuerdo CE/Suiza). DO C 106 de 24.4.2010, p. 43/44.

b) la legislación del Estado miembro de residencia, cuando la persona interesada trabaje por cuenta propia o ajena en dos o más Estados miembros y ejerza parte de su actividad o actividades en ese Estado miembro o cuando la persona interesada no trabaje por cuenta propia ni ajena;

c) en todos los demás casos, la legislación del Estado miembro cuya aplicación se haya solicitado en primer lugar, si la persona ejerza una o varias actividades en dos o más Estados miembros.

#### 4.1.1. TRABAJADOR QUE SE DESPLAZA A OTRO ESTADO MIEMBRO PARA RESIDIR Y TRABAJAR

Cuando un trabajador se desplaza a otro Estado miembro para residir y trabajar, en principio, la institución competente del Estado miembro será la de aquel Estado miembro en donde el trabajador por cuenta propia o cuenta ajena haya estado afiliado en último lugar antes de la solicitud de la prestación de desempleo, contemplándose, según requiera la legislación interna, tanto, períodos de seguro, períodos de empleo o períodos de actividad por cuenta propia (art. 61.2 Reglamento base).

Una vez que el trabajador haya cotizado por el trabajo realizado en su nuevo Estado de residencia y, posteriormente, deviene la situación de desempleo protegida, tendrá derecho a las prestaciones de desempleo en su nuevo Estado de empleo y residencia, totalizándose los períodos de seguro realizados en los otros Estados miembros, si los hubieran.

Si el trabajador migrante desempleado desea regresar a su antiguo Estado de residencia o trasladarse a otro Estado miembro con el objetivo de buscar empleo, podrá solicitar la exportación de sus prestaciones de desempleo, tal como se analizará posteriormente.

Además, según establece la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros<sup>53</sup>, todo ciudadano de la Unión Europea<sup>54</sup> mantendrá el derecho de residencia en el caso de quedar en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, siempre que se haya inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. En el caso de haber quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, el derecho de residencia se mantendrá como mínimo durante 6 meses siempre que se inscriba en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. Además, el derecho de residencia podrá superar los 6 meses, sin tener que cumplir

<sup>53</sup> Artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. DO L 158, 30.4.2004, p.77.

<sup>54</sup> El derecho de residencia establecido se ampliará a los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él en el Estado miembro de acogida si el ciudadano de la UE reúne los requisitos para conservar el derecho de residencia.

ninguna condición, siempre que sigan buscando empleo en el Estado miembro de acogida y tengan «posibilidades reales» de encontrar trabajo<sup>55</sup>.

#### 4.1.2. TRABAJADORES FRONTERIZOS QUE SE CONVIERTEN EN DESEMPLEADOS

La primera regla hermenéutica obliga a buscar el sentido que la norma otorga al concepto de trabajador fronterizo. Así, el vigente Reglamento base define como «trabajador fronterizo»: toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana» [art. 1 f del Reglamento base].

Para mantener la previa consideración de trabajador fronterizo es imprescindible que, durante el período de empleo, éste conserve su residencia habitual fuera del Estado de empleo. Igualmente, si un trabajador traslada su residencia a un país vecino y continúa trabajando en el Estado de empleo de origen se convertirá también en un trabajador fronterizo.

Por el contrario, si el trabajador fronterizo se traslada a vivir al Estado de empleo, éste dejará de tener la consideración de trabajador fronterizo, ya que el Estado de empleo pasará a ser también Estado de residencia.

Cuando los trabajadores fronterizos se conviertan en desempleados se pueden dar dos situaciones, dependiendo de que la situación de desempleo en la que se encuentren estos trabajadores sea total o parcial.

En el caso de que el trabajador fronterizo pase a encontrarse en una situación de desempleo parcial o intermitente, deberán ponerse a disposición de su empresario o de los servicios de empleo del Estado miembro competente, y la institución del Estado miembro competente (Estado de empleo) otorgará la prestación de desempleo, si a ella tuviera derecho, previa totalización de los períodos de seguro, con arreglo a la legislación del Estado miembro competente como si residieran en dicho Estado miembro (art. 65.1 del Reglamento base).

Por tanto, los trabajadores fronterizos que se convierten en desempleados parciales o intermitentes se encuentran, a efectos de la prestación de desempleo, en igual situación que los trabajadores que residen y trabajan en el Estado miembro competente.

En todo caso, en la Decisión de 12 de junio de 2009<sup>56</sup>, la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, se resuelve que es necesario aplicar criterios comunitarios uniformes para determinar si una persona se considera total o parcialmente desempleada en el sentido del artículo 65, apartados 1 y 2, del Reglamento 883/2004. Reconoce que dicha apreciación no puede basarse en los criterios del Derecho nacional y establece que la determinación de la naturaleza del desempleo (parcial o total) dependerá de la existencia o del mantenimiento del vínculo contractual laboral entre las partes, y no de la duración de una suspensión temporal de la

<sup>55</sup> (STJCE(Pleno) Caso The Queen contra Immigration Appeal Tribunal y otros. Sentencia de 26 febrero 1991. asunto C-292/89, Antonissen (TJCE\1991\143).

<sup>56</sup> En la Decisión U3, de 12 de junio de 2009, relativa al ámbito de aplicación del concepto «desempleo parcial» aplicable a las personas desempleadas a que se refiere el artículo 65, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (2010/C 106/13).

actividad del trabajador. Una persona que siga empleada por una empresa en un Estado miembro distinto del de residencia, pero cuya actividad haya quedado en suspenso aunque con la posibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo en cualquier momento, se considerará en situación de desempleo parcial. Igualmente, un trabajador fronterizo que, inmediatamente después del fin de una relación laboral a tiempo completo con un empresario en un Estado miembro, es contratado a tiempo parcial por otro empresario en ese mismo Estado miembro también podrá tener la consideración de desempleado a tiempo parcial<sup>57</sup>.

En ausencia de vínculo laboral contractual, una persona que ya no tenga vínculo alguno con el Estado miembro de empleo (por ejemplo, por haberse rescindido el contrato o por haberse extinguido la relación laboral contractual) o una persona empleada por cuenta propia que no realice ninguna actividad profesional o comercial en el Estado miembro de actividad se considerarán que se hallan en situación de desempleo total.

Por tanto, cuando los trabajadores fronterizos pierden el empleo y pasan a una situación de desempleo total, el Estado miembro en el que residen será el Estado miembro competente y, consecuentemente, el que otorgará a su cargo las prestaciones de desempleo.

En este caso, las personas desempleadas deberán ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia, sin perjuicio de que puedan ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro en que haya transcurrido su último período de actividad por cuenta ajena o propia (art. 65.2 del Reglamento base), en todo caso, deben registrarse como demandantes de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro en que residan, sometiéndose al procedimiento de control organizado en éste y cumpliendo los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro<sup>58</sup>.

Si el desempleado se inscribe también como demandante de empleo en el Estado miembro que no abona las prestaciones, informará de ello a la institución y a los servicios de empleo del Estado miembro que abona las prestaciones. Así mismo, a petición de los servicios de empleo del Estado miembro que no abona las prestaciones, los servicios de empleo del Estado miembro que abona las prestaciones transmitirán los datos pertinentes relativos a la inscripción y a la búsqueda de empleo por parte del desempleado (art. 56.1 del Reglamento de aplicación).

Igualmente, en el caso de registrarse también como demandantes de empleo en el Estado miembro en el que haya transcurrido su último período de actividad por cuenta ajena o propia, deberán cumplir los requisitos aplicables en dicho Estado miembro (65.3 del Reglamento base), aunque el incumplimiento de obligaciones o actividades de búsqueda de empleo en el Estado miembro que no abona las prestaciones no afectará a las prestaciones concedidas por el Estado miembro de residencia, siendo preponderantes las del Estado miembro que abone las prestaciones (art. 56.2 del Reglamento de

<sup>57</sup> STJUE (Sala Octava), de 5 febrero 2015. Caso H. J. Mertens contra Raad van Bestuur van hetUitvoeringsinstituutWerknemersverzekeringen. (TJCE\2015\2).

<sup>58</sup> Cf. TRILLO GARCÍA, Andrés Ramón. "Compromiso de actividad, búsqueda de empleo en la unión europea y protección por desempleo, pp. 39-63". En: *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (III)*. Ediciones Laborum, Murcia: 2015.

aplicación), ya que son las únicas que sirven para justificar, ante institución competente, el derecho a prestaciones de desempleo. En todo caso, solo tendrán derecho a recibir prestaciones del Estado miembro en el que reside<sup>59</sup>.

Así pues, los que han sido trabajadores fronterizos y pasen a una situación de desempleo total sólo podrán recibir la prestación de desempleo a cargo de la institución del lugar de residencia y con arreglo su legislación, como si hubieran estado sujetas a la legislación de éste durante su último período de actividad como trabajador por cuenta ajena o propia [art. 65.5. a) del Reglamento base], no siendo posible para el caso de los trabajadores fronterizos desempleados optar por recibir la prestación de desempleo del Estado miembro de su último empleo, aunque con él conserve vínculos profesionales y personales de tal naturaleza que disponga allí de mejores oportunidades de reinserción profesional, que era la doctrina contenida en la sentencia *Miethe*<sup>60</sup> que se aplicaba antes de la entrada en vigor del Reglamento 883/2004 y que con la nueva regulación sólo le permite, con carácter complementario, optar por ponerse a disposición de los servicios de empleo de dicho Estado, no para obtener en él subsidios de desempleo, sino únicamente a efectos de disfrutar allí de servicios de reciclaje profesional [STJUE (Sala Tercera), de 11 de abril de 2013]<sup>61</sup>.

El Reglamento base prevé una regulación particular en el caso de trabajadores fronterizos por cuenta propia en situación de desempleo total, cuando el Estado miembro de residencia carezca de un sistema de prestaciones de desempleo para trabajadores por cuenta propia<sup>62</sup>, en cuyo caso el desempleado deberá registrarse en los servicios de empleo del Estado miembro en el que haya ejercido su último período de actividad como trabajador por cuenta propia y ponerse a disposición de los mismos, y continuar cumpliendo los requisitos que establezca la legislación de este último Estado miembro cuando solicite las prestaciones. Adicionalmente, la persona en situación de desempleo total, puede ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia (art. 65 bis. 1 del Reglamento base). En este caso, el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeta en último lugar la persona en situación de desempleo total abonará las prestaciones con arreglo a la legislación que aplique dicho Estado miembro (art. 65 bis. 1 del Reglamento base).

#### 4.1.3. OTROS TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS QUE SE CONVIERTEN EN DESEMPLEADOS

Debemos entender por otros trabajadores transfronterizos a los trabajadores que ejercen una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en un Estado miembro y residen en otro Estado miembro de la UE o en Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza

<sup>59</sup> Reglamento 987/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004/CE, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (13).

<sup>60</sup> STJCE (Sala Tercera), de 12 junio 1986. Caso Sr. Horst Miethe contra Oficina federal alemana de (TJCE 1986\95).

<sup>61</sup> STJUE (Sala Tercera), de 11 de abril de 2013. En el asunto C-443/11, F.P. Jelts, M.A. Peeters, J.G.J. Arnold y Raad van bestuur van hetUitvoeringsinstituutwerknemersverzekeringen (TJCE 2013\351).

<sup>62</sup> Artículo 65 bis incorporado por el Reglamento (UE) 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, por el que se modifican el Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004.

pero regresa a ese país menos de una vez a la semana, por tanto, no son considerados trabajadores fronterizos, según la definición del Reglamento base, aunque residan en un Estado miembro distinto al de empleo.

Por su lado, en el artículo 71.1 b) i) del Reglamento (CEE) 1408/71, se establecía que el trabajador que no sea fronterizo, que se halle en paro parcial, accidental o total, y que continúe a disposición de su empresario o de los servicios de empleo en el territorio del Estado competente, disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación de dicho Estado, como si residiese en el territorio del mismo; estas prestaciones serán abonadas por la institución competente. El artículo 65 del Reglamento (CE) 883/2004, sustituyó este artículo modificando parcialmente su contenido y estableciendo que las personas en situación de desempleo total que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y sigan residiendo en dicho Estado miembro o regresen a él se pondrán a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia, aunque como medida complementaria puedan ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro en el que haya transcurrido su último período de actividad por cuenta ajena o propia, no obstante, si no son trabajadores fronterizos y optan por no regresar a su Estado miembro de residencia deberán ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro a cuya legislación hayan estado sujetas en último lugar.

Por tanto, en este caso, los trabajadores no fronterizos que se encuentran en situación de desempleo total tienen dos opciones: regresar a su Estado de residencia e inscribirse en sus servicios de empleo y recibir en este país las prestaciones de desempleo o bien no regresar a su Estado miembro de residencia e inscribirse en los servicios de empleo y solicitar prestaciones de desempleo en el país de su último puesto de trabajo. La opción por uno u otro Estado miembro puede hacerse en base a las mayores probabilidades de encontrar trabajo, al derecho a una mayor prestación por desempleo o por otras razones personales<sup>63</sup>.

Si opta por no regresar al Estado miembro de residencia y se le concede prestaciones a cuenta de la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar y, posteriormente, regresa al Estado miembro de residencia, recibirá en primer lugar prestaciones con arreglo al artículo 64 del Reglamento base (exportación de la prestación de desempleo durante 3 meses), suspendiéndose la percepción de prestaciones con arreglo a la legislación del Estado miembro de residencia mientras perciba prestaciones con arreglo a la legislación a la que haya estado sujeto en último lugar, de acuerdo a la reglamentación que se aplique en éste [art. 65.5 b) del Reglamento base].

La institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto el trabajador en último lugar indicará a la institución del lugar de residencia, a petición de esta, si el trabajador tiene derecho a las prestaciones en virtud del artículo 64 del Reglamento base (art. 56.3 del Reglamento de aplicación).

<sup>63</sup> MELLA MÉNDEZ, Lourdes. La prestación por desempleo en el Derecho social comunitario. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 77/2008, p. 36.

#### 4.1.4. TRABAJADORES DESPLAZADOS QUE SE CONVIERTEN EN DESEMPLEADOS

El desplazamiento de trabajadores es un fenómeno típico de la economía globalizada y transnacional<sup>64</sup>, de movilidad laboral de los trabajadores de carácter temporal con la que las empresas expanden sus economías<sup>65</sup>. El desplazamiento no se sitúa tanto en el marco de la libre circulación de los trabajadores como en el marco de la libre prestación de servicios y tiene por objeto facilitar a los empleadores y trabajadores la realización de un trabajo temporal en otro país.

Todo trabajador está, en principio, sometido a la legislación del país en donde ejerce su actividad [art. 11, apartado 3, letra a) del Reglamento base]. Sin embargo, en el caso de desplazamiento de los trabajadores se permite aplicar temporalmente una excepción al principio de Estado de empleo según el artículo 12 del Reglamento base.

Se entiende por trabajadores desplazados aquellos que ejerzan una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro<sup>66</sup>. En este caso el trabajador seguirá sujeto a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada (art. 12.1 del Reglamento base).

Igualmente, la persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en un Estado miembro y que vaya a realizar una actividad similar en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de esa actividad no exceda de 24 meses (art. 12.2 del Reglamento base). No obstante, el artículo 16 del Reglamento base permite a las autoridades competentes de dos o más Estados miembros prever de común acuerdo excepciones a las reglas sobre la legislación aplicable.

Es condición que el empleador ejerza normalmente sus actividades en el Estado de envío u origen, exista una relación directa entre el trabajador desplazado y la empresa, y utilice el desplazamiento de trabajadores para realizar trabajos de carácter temporal o no continuo (que no excedan de 24 meses, salvo excepciones).

El trabajador seguirá asegurado en el país de envío, lo cual se certifica mediante el documento «A1» (antiguo formulario E 101)<sup>67</sup>, es decir, el “certificado de legislación

<sup>64</sup> DESDENTADO BONETE, Aurelio. Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64/2006, p. 20.

<sup>65</sup> GARCÍA NINET, José Ignacio; VICENTE PALACIO, María Arántzazu. La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 27, 2000, p. 14.

<sup>66</sup> El art. 2.1 de la Directiva 96/71/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. DO L 18 de 21.1.1997, p. 1-6, define al trabajador desplazado como aquel trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado en el que trabaja habitualmente.

<sup>67</sup> En España el formulario A1 o E101, según el Reglamento CE a aplicar, se expide por las Administraciones de la TGSS o en sus Direcciones Provinciales, por tanto no es necesario que el (...)

aplicable”, que deberá expedirlo la institución del Estado de origen. En este documento se certifica que el trabajador está acogido a la regla especial aplicable a los trabajadores desplazados hasta una determinada fecha. También se indican, en su caso, las condiciones de aplicación de estas reglas especiales al trabajador.

En caso de desempleo, el trabajador tendrá derecho a prestaciones de desempleo en el Estado competente en el que trabaja normalmente y está asegurado. Sin embargo, si traslada su residencia al país al que ha sido destinado, también podría tener derecho a las prestaciones de desempleo en dicho país.

Puede darse la situación de que el desempleado resida en el Estado de empleo (es decir, un trabajador fronterizo al que se le desplaza temporalmente a trabajar a su Estado de residencia), en cuyo caso, sería el Estado miembro de residencia el competente para otorgar a su cargo la prestación de desempleo. También podría darse la situación que sea un trabajador transnacional no fronterizo en cuyo caso podrá optar por no regresar al Estado miembro de residencia y solicitar la prestación en el Estado que ha estado asegurado en último lugar.

#### 4.1.5. TRABAJADORES QUE PRESTAN SERVICIOS EN DOS O MÁS ESTADOS MIEMBROS QUE SE CONVIERTEN EN DESEMPLEADOS

El artículo 11.1 del Reglamento base dispone que las personas estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro, aun cuando haya firmado varios contratos de trabajo con diferentes empresas en diferentes Estados miembros, lo cual supone que en el caso de trabajadores que estén empleados en dos o más Estados miembros sean necesarias normas particulares para determinar la legislación aplicable y, producida la contingencia a proteger, el Estado miembro competente.

Así, según el artículo 14, apartado 5, del Reglamento de aplicación, se entiende que una persona ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros si ejerce, “de manera simultánea o alterna, para la misma empresa o empleador o para varias empresas o empleadores, una o varias actividades diferentes en dos o más Estados miembros”.

Respecto a la legislación aplicable, el artículo 13 del Reglamento base establece que la persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros y ejercen una parte sustancial de su actividad en el Estado miembro de residencia estará sujeta a la legislación de dicho Estado.

Si no ejerce una parte sustancial de su actividad en el Estado miembro de residencia estará sujeta, según sea el caso, a la legislación del Estado miembro en el que tenga su

---

empresario o el trabajador lo rellenen previamente. El empresario debe solicitar el desplazamiento del trabajador mediante el documento es el TA 300, que se cumplimentará cuando un empresario envíe a alguno de sus trabajadores a realizar la actividad temporalmente en otro país y en aplicación de las normas internacionales de Seguridad Social pueda ser de aplicación la legislación española de Seguridad Social. E igualmente el trabajador por cuenta propia que se traslade temporalmente a realizar su actividad a otro país y pueda seguir manteniendo su alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia de acuerdo con la norma internacional aplicable. También se cumplimentará en el supuesto de realizar la actividad por cuenta ajena o propia simultánea o alternativamente en varios países de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo y Suiza.

sede o domicilio la/s empresa/s o el empleador/es, o a la legislación del Estado miembro de residencia.

En el caso que se ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en dos o más Estados miembros estará sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia, o a la legislación del Estado miembro en el que se encuentra el centro de interés de sus actividades.

Si la persona ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en diferentes Estados miembros primará la aplicación de la legislación del Estado miembro de la actividad por cuenta ajena (art. 13.3 del Reglamento base).

Finalmente, cuando una persona ejerza su actividad asalariada en dos o más Estados miembros por cuenta de un empleador establecido fuera del territorio de la Unión y resida en un Estado miembro sin ejercer en él una actividad sustancial, quedará sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia (art. 14.11 Reglamento de aplicación).

Por tanto, dependiendo a que legislación del Estado miembro esté sujeto el trabajador, se determinará el Estado miembro competente en el caso de que el trabajador pierda el empleo y se convierta en desempleado y según se trate de un trabajador fronterizo o desempleado parcial.

Si el trabajador que se convierte en desempleado ha estado sujeto a la legislación del Estado de residencia, la institución del Estado miembro competente para otorgar la prestación de desempleo será la del Estado miembro de residencia. Si el Estado miembro competente y de aseguramiento es un Estado distinto al de residencia, dependerá de si el desempleado ha tenido la consideración de fronterizo o se encuentra en situación de desempleo parcial o intermitente. En el primer caso, la institución del Estado miembro competente para otorgar la prestación de desempleo será la del Estado miembro de residencia y en el segundo caso el Estado miembro en donde esté asegurado. Si el desempleado antes de perder el empleo no tenía la consideración de trabajador fronterizo pero residía en un Estado miembro distinto al Estado miembro competente percibirá la prestación de desempleo a la que tenga derecho del Estado miembro de residencia si continua residiendo o regresa a él o podrá percibirlo del Estado miembro a cuya legislación hayan estado sujetas en último lugar si no regresa al Estado que era de residencia mientras estaba empleado en último lugar.

#### 4.2. TOTALIZACIÓN DE LOS PERIODOS DE SEGURO

En numerosos Estados miembros, el derecho a la prestación de desempleo exige haber cumplido un cierto período de empleo o cotización e incluso la duración de la prestación depende de este mismo período.

Por esta razón, con la finalidad de garantizarla conservación de los derechos a las prestaciones de Seguridad Social adquiridos o en vías de adquisición, en todos los casos en que las personas nacionales de uno de los Estados miembros, sus familiares o los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, hayan trabajado y cotizado en más de un Estado miembro y pierdan el empleo involuntariamente la institución del Estado miembro competente debe tener en cuenta los períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia o por cuenta ajena y considerarlos como si

se hubieran cubierto bajo la legislación que dicha institución aplica (art. 6 del Reglamento base).

Con este sentido, el artículo 61 del Reglamento (CE) 883/2004, regula las normas especiales sobre totalización de períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia para determinar la prestación de desempleo, estableciendo que “la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de haber cubierto períodos de seguro<sup>68</sup>, de empleo o de actividad por cuenta propia<sup>69</sup> tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro como si se hubieran cubierto bajo la legislación que dicha institución aplica”.

Sin embargo, cuando se trata de períodos de empleo o de actividad por cuenta propia<sup>70</sup> y la legislación aplicable supedita la concesión de determinadas prestaciones al cumplimiento de períodos de seguro, no se tendrán en cuenta los períodos cumplidos bajo la legislación de otro Estado miembro, salvo en caso de que dichos períodos se hubieran considerado períodos de seguro de haberse cumplido con arreglo a la legislación aplicable (art. 61.1 2º párr. del Reglamento base). Por tanto, si en el Estado miembro competente se exigen períodos de cotización por cuenta ajena o por cuenta propia, los períodos de empleo sin cotización no se computarán salvo que el Estado miembro competente los asimile a períodos de seguro o cotizados<sup>71</sup>.

Para que el Estado miembro competente reconozca la prestación de desempleo totalizando los períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia el interesado debe haber cumplido en último lugar<sup>72</sup>, con arreglo a la legislación en virtud de la cual solicita las prestaciones períodos de seguro, períodos de empleo, o períodos de actividad por cuenta propia, en todos los casos que así lo requiera esa legislación (art. 61.2 del Reglamento base), aunque no exige ningún período mínimo<sup>73</sup>, ni tampoco la

<sup>68</sup> Se entiende por «períodos de seguro»: los períodos de cotización, o de actividad por cuenta ajena o propia, tal como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de seguro [art. 1 t) del R 883/04].

<sup>69</sup> Se entiende por «períodos de empleo» o «períodos de actividad por cuenta propia»: los períodos definidos o admitidos como tales por la legislación bajo la cual hayan sido cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de empleo o a los períodos de actividad por cuenta propia [art. 1 u) del R 883/04].

<sup>70</sup> En España la Ley 32/2010, de 5 de agosto, introdujo un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, similar al que contemplan otros Estados miembros.

<sup>71</sup> Como reconoce la jurisprudencia del TJCE: “(...) los períodos de empleo, sin afiliación a un régimen de desempleo, cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro deben ser computados en el Estado miembro en el que se hayan solicitado las prestaciones como si se hubieran cubierto dichos períodos de empleo bajo la legislación de este último Estado miembro, a condición de que, con arreglo a la Ley de éste, dichos períodos de empleo hubieran sido considerados como períodos de seguro”. STJ (Sala Segunda) de 15 de marzo de 1978. Maria Frangiamore contra Office national de l'emploi. Asunto 126/77; y STJ (Sala Sexta) de 12 de mayo de 1989. Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging contra W. F. J. M. Warmerdam-Steggerda. Asunto 388/87.

<sup>72</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 29 junio 2006 (RJ 2006\7057).

<sup>73</sup> En este sentido ha resuelto el TJCE, de 7 abril 2016 (TJCE 2016\134), respecto al artículo 67, apartado 3, del Reglamento nº 1408/71, que salvo en los supuestos a que se refiere expresamente (...)

norma comunitaria ni la doctrina del TJUE exigen en ningún momento que los períodos de seguro lo sean a la misma contingencia o a la misma situación de riesgo cuya prestación se pretende lucrar<sup>74</sup>. Además, cuando la persona desempleada reside en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y se le reconoce la prestación por el Estado miembro competente de residencia, lógicamente, no se puede exigir que se hayan realizado ningún tipo de períodos de seguro, períodos de empleo, o períodos de actividad por cuenta propia en último lugar en el Estado miembro de residencia (art. 61.2 del Reglamento base).

En todo caso, no se totalizarán los respectivos períodos cuando estos se superpongan (art. 12.2 del Reglamento de aplicación). No obstante, cuando no se pueda determinar de modo preciso en qué momento se han cubierto ciertos períodos de seguro o de residencia bajo la legislación de un Estado miembro, se dará por supuesto que esos períodos no se superponen a períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro, y se computarán, cuando resulte ventajoso para el interesado, en la medida en que dicho cómputo sea razonablemente factible (art. 12.6 del Reglamento de aplicación).

Para determinar todos los períodos de seguro en otros Estados miembros la institución competente se dirigirá a las instituciones del Estado miembro a cuya legislación también haya estado sujeto el interesado (art. 12.1 del Reglamento de aplicación), igualmente el interesado podrá presentar ante la institución competente un documento expedido por la institución del Estado miembro a cuya legislación estuviera sujeto en relación con su último período de actividad laboral por cuenta ajena o por cuenta propia en el que se precisen los períodos cubiertos al amparo de dicha legislación (art. 54.1 del Reglamento de aplicación).

Aunque la normativa prevé que la solicitud para la certificación de los períodos de seguro acumulados en un país lo pueda realizar tanto la institución del Estado miembro competente como el propio interesado, en la práctica es el interesado el que solicita el certificado mediante el formulario U1 (antiguo E-301) que lo expide el servicio público de empleo (u organismo equivalente) del último país en el que el trabajador estuvo cotizando. Técnicamente se denomina PD U1 (Portable Document U1) y cada país tiene un sistema propio para solicitarlo y puede decidir si dicho documento se lo entrega directamente al trabajador o bien si lo envía a la administración del país de destino.

Si en el formulario PD U1 consta que se han cobrado prestaciones por desempleo en el país extranjero, teniendo en cuenta esos trabajos, se reducirá la duración del derecho reconocido en tantos días como prestación se haya percibido en aquel país.

---

dicha disposición, no ha lugar a la totalización de períodos de seguro o de empleo en virtud del artículo 67, apartados 1 o 2, de dicho Reglamento cuando el interesado no haya cubierto, en último lugar, períodos de seguro o de empleo con arreglo a lo dispuesto en la legislación a cuyo amparo sean solicitadas las prestaciones (pero sin exigir tampoco un período mínimo). (Véanse las sentencias de 20 de febrero de 1997, Martínez Losada y otros, asuntos acumulados C-88/95, C-102/95 y C-103/95, Rec. p. I-869, apartados 36 y 38, y de 25 de febrero de 1999, Ferreiro Alvite, C-320/95, Rec. p. I-951, apartados 16 a 18). STJCE (Sala Quinta) de 4 de marzo de 2002. Marie-Josée Verwayen-Boelen contra Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening. Asunto C-175/2000 apartado núm. 23.

<sup>74</sup> STJCE (Sala Quinta), de 20 febrero de 1997. Caso Bernardina Martínez Losada y otros contra Instituto Nacional de Empleo y otros (TJCE 1997\31).

El Reglamento de aplicación regula normas para resolver algunos conflictos en los casos de que algún período de seguro o de residencia cubierto en el marco de un seguro obligatorio bajo la legislación de un Estado miembro coincida con un período de seguro cubierto en el marco de un seguro voluntario o facultativo continuado bajo la legislación de otro Estado miembro, en cuyo caso sólo se computará el período cubierto en el marco del seguro obligatorio (art. 12.3 del Reglamento de aplicación).

Igualmente, sólo se computará un período asimilado en virtud de la legislación de un Estado miembro cuando este no coincida con un período de seguro o de residencia distinto de un período asimilado cubierto bajo la legislación de otro Estado miembro (art. 12.4 del Reglamento de aplicación).

Cuando se den períodos asimilados en virtud de las legislaciones de dos o más Estados miembros solo serán computados por la institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto el interesado con carácter obligatorio en último lugar antes del período de que se trate. En el caso de que el interesado no haya estado sujeto con carácter obligatorio a la legislación de ningún Estado miembro con anterioridad al período de que se trate, este será computado por la institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto el interesado con carácter obligatorio por primera vez después de dicho período (art. 12.5 del Reglamento de aplicación).

#### 4.3. CÁLCULO DE LAS PRESTACIONES

Para calcular la cuantía de la prestación de desempleo la institución competente de un Estado miembro tendrá en cuenta exclusivamente el sueldo o los ingresos profesionales percibidos por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena o propia con arreglo a dicha legislación, siempre que dicha legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se base en la cuantía de la retribución o de los ingresos profesionales anteriores (art. 62. 1 del Reglamento base). Esto supone que aunque el último período de actividades haya durado unos pocos días se computará los sueldos o ingresos de estos, a diferencia de lo que preveía para estos casos el artículo 68.1 del Reglamento (CEE) 1408/71, que exigía que hubiera durado un mínimo de cuatro semanas<sup>75</sup>, todo ello con independencia de las actividades realizadas con anterioridad, no sólo en otros Estados, sino incluso aunque éstas se hayan realizado en el mismo Estado competente en el que se ha realizado la última<sup>76</sup>.

Todo lo anterior se aplicará igualmente en caso de que la legislación que aplique la institución competente prevea un período de referencia determinado para establecer la retribución que servirá de base al cálculo de las prestaciones, y de que el interesado haya estado sujeto durante la totalidad o una parte de ese período a la legislación de otro Estado miembro, es decir, que se totalicen períodos de seguros por períodos de seguro en dos o más estados miembros (art. 62. 2 del Reglamento base).

<sup>75</sup> El artículo 68.1 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 establecía que se computaría el salario percibido por el interesado en el último empleo que haya ocupado en el territorio de dicho Estado, salvo que este último empleo no haya durado cuatro semanas como mínimo, en cuyo caso se calcularía en función del salario usual que corresponda, allí donde el desempleado resida o se halle, a un empleo equivalente o análogo al que haya ocupado en último lugar en el territorio de otro Estado miembro.

<sup>76</sup> GONZÁLEZ ROMO, José Agustín. La protección en la UE. El Reglamento 883/2004 por fin entra en vigor. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Economía y Sociología*. Número 91, Madrid: 2011, p. 115.

En el caso de trabajadores fronterizos que se convierten en desempleados totales, en cuyo caso será la institución del lugar de residencia la competente para otorgar la prestación de desempleo, ésta tendrá en cuenta la retribución o los ingresos profesionales del interesado en el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto durante su última actividad por cuenta ajena o propia (art. 62. 3 del Reglamento base)<sup>77</sup>. Para dicha finalidad, la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeta la persona interesada con respecto a su última actividad por cuenta propia o ajena comunicará sin demora a la institución del lugar de residencia, a solicitud de esta, todos los datos necesarios para calcular las prestaciones por desempleo que puedan obtenerse en el Estado miembro en el que esté situada y, en particular, el importe del salario o de los ingresos profesionales percibidos (art. 54.2 del Reglamento de aplicación).

El mismo Reglamento de aplicación prevé que la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones varía según el número de los miembros de la familia tendrá también en cuenta a los miembros de la familia del interesado que residan en otro Estado miembro, como si residiesen en el Estado miembro competente. Esta disposición no se aplicará si, en el Estado miembro de residencia de los miembros de la familia, otra persona tiene derecho a prestaciones de desempleo para cuyo cálculo se toman en consideración esos miembros de la familia (art. 54.3 Reglamento de aplicación). En este sentido, sirve de ejemplo la legislación española en cuyo artículo 270.2 del RD Leg. 8/2015<sup>78</sup> determina una cuantía máxima y mínima de la prestación por desempleo mayor en el caso que el desempleado tenga hijos a su cargo.

#### 4.4. REEMBOLSO DE LAS PRESTACIONES DE DESEMPLEO

En los casos en que las personas en situación de desempleo total que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y sigan residiendo en dicho Estado miembro o regresen a él y, en aplicación del artículo 65.5 del Reglamento base, reciban prestaciones a cargo y con arreglo a la legislación del Estado miembro de residencia, estas seguirán corriendo a cargo de ésta. No obstante, la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar reembolsará a la institución del lugar de residencia el importe total de las prestaciones facilitadas por esta última institución (importe bruto), durante los tres primeros meses, sin que el importe del reembolso durante este período pueda superar el importe que se haya de pagar, en caso de desempleo, con arreglo a la legislación del Estado miembro competente (art. 65.6 del Reglamento base).

El período de reembolso de 3 meses se ampliará a 5 meses cuando el interesado haya completado, en los 24 meses anteriores, períodos de actividad por cuenta ajena o propia por un total de al menos 12 meses en el Estado miembro a cuya legislación haya estado

<sup>77</sup> La institución del Estado de residencia encargada de abonar las prestaciones por desempleo a los trabajadores fronterizos en situación de desempleo total no podrá aplicar a la retribución que sirve de base para el cálculo de dichas prestaciones los límites máximos de cotización existentes en el Estado de empleo. STJCE (Sala Primera), de 1 de agosto de 1992. Caso Bernard Grisvard y Georges Kreitz contra Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (TJCE 1992\160).

<sup>78</sup> 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. BOE, núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

sujeto en último lugar, siempre que dichos períodos puedan tenerse en cuenta para generar un derecho a prestaciones de desempleo (art. 65.7 del Reglamento base).

En el caso de que el trabajador que no haya sido fronterizo y esté desempleado opte por no regresar a su Estado de residencia y perciba la prestación del Estado miembro en el que realizó la actividad en último lugar y, posteriormente, represe al Estado miembro de residencia exportando la prestación, se deducirá el período efectivamente exportado del período de 3 meses de reembolso (art. 65.6 del Reglamento base).

Cabe la posibilidad que dos o más Estados miembros, o sus autoridades competentes, puedan convenir otras formas de reembolso o renunciar a todo reembolso entre las instituciones que de ellos dependan (art. 65.8 del Reglamento base), de no producirse tal acuerdo, la institución del lugar de residencia dirigirá a la institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto el beneficiario en último lugar la solicitud de reembolso de las prestaciones de desempleo. La solicitud se cursará dentro de un plazo de seis meses a partir del final del semestre civil durante el cual se haya efectuado el último pago de las prestaciones de desempleo cuyo reembolso se solicite, no tomándose en consideración las solicitudes presentadas fuera de este plazo. La solicitud indicará la cuantía de las prestaciones abonadas durante los períodos de tres o cinco meses, el período por el que se pagaron estas prestaciones y los datos de identificación del desempleado. Los créditos se introducirán y pagarán a través de los organismos de enlace de los Estados miembros de que se trate (art. 70 párr. 1º del Reglamento de aplicación).

Por tanto, los reembolsos tienen por objeto compensar la carga financiera adicional para el Estado miembro de residencia, que otorga prestaciones por desempleo de acuerdo con el artículo 65, apartado 5, letra a), del Reglamento (CE) 883/2004 sin haber recibido cotización alguna de las personas en cuestión durante su último período de actividad en otro Estado miembro, computándose el reembolso desde el primer día en que se devenguen efectivamente prestaciones por desempleo, sin que el Estado miembro en el que han estado empleados en último lugar pueda rechazar la solicitud de reembolso por el hecho de que la persona en cuestión no hubiera tenido derecho a prestaciones de desempleo con arreglo a la legislación nacional de este Estado deudor, siempre que el beneficiario antes de quedar desempleado, haya completado algún período de empleo por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado deudor y que dicho período sea computado a efectos de las prestaciones por desempleo en este último Estado<sup>79</sup>.

El artículo 66.1 del Reglamento de aplicación (aplicable al reembolso de las prestaciones de desempleo, según el art. 70 párr. 3º del Reglamento de aplicación) establece que los reembolsos entre los Estados miembros afectados se deben efectuar lo más rápidamente posible, incluso, si es posible, antes del plazo máximo de 18 meses, contado a partir del fin del mes en que se presentó la solicitud al organismo de enlace del Estado miembro deudor, que establece el artículo 67.5 del Reglamento de aplicación, aunque este plazo máximo no será de aplicación a los créditos que la institución deudora haya rechazado por una razón pertinente dentro de dicho plazo.

<sup>79</sup> Decisión núm. U4, de 13 de diciembre de 2011, relativa a los procedimientos de reembolso de acuerdo con el artículo 65, apartados 6 y 7, del Reglamento (CE) no 883/2004 y el artículo 70 del Reglamento (CE) no 987/2009 (Texto pertinente a efectos del EEE y del Acuerdo CE/Suiza). 2012/C 57/04. DOUE, de 25 de febrero de 2012.

Las impugnaciones sobre un crédito, sin perjuicio de la obligación de reembolso de los otros créditos que no estén en litigio (art. 66.1 del Reglamento de aplicación), se resolverán en los 36 meses siguientes al mes en que se presentó la solicitud de reembolso (art. 67.6 del Reglamento de aplicación), en el caso de no llegarse a una solución en dicho plazo la Comisión de Cuentas, previa solicitud motivada de una de las partes, se pronunciara sobre las impugnaciones dentro de los seis meses siguientes a mes en que se le remitió el asunto (art. 67.7 del Reglamento de aplicación).

Cumplido el plazo de 18 meses la institución acreedora podrá aplicar un interés a los créditos no pagados (art. 70 párr. 4º del Reglamento de aplicación) que se calculará sobre la base del tipo de referencia aplicado por el Banco Central Europeo a sus principales operaciones de refinanciación vigente el primer día natural del mes de vencimiento del pago (art. 68.2 del Reglamento de aplicación).

La cuantía máxima del reembolso no puede superar la cuantía de la prestación a la que la persona de que se trate tendría derecho con arreglo a la legislación del Estado miembro a la que haya estado sujeta en último lugar si estaba inscrita en los servicios de empleo de dicho Estado miembro. No obstante, en las relaciones entre Estados miembros que se enumeran en el anexo 5 del Reglamento de aplicación<sup>80</sup>, las instituciones competentes de los Estados miembros que determinan, de manera recíproca, la cuantía máxima del reembolso, determinarán la cuantía máxima en cada caso particular tomando como base la cuantía media de las prestaciones de desempleo concedidas en el año civil anterior con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro (art 7 párr. 5º del R 987/09).

La cantidad máxima aplicable en cada uno de los Estados miembros que figuran en el anexo 5 para el año natural en cuestión junto a una descripción del método utilizado para calcular la cantidad deberá notificarse, por cada uno de estos Estados miembros, a la Comisión Administrativa en un plazo de seis meses a partir del final del año natural en cuestión<sup>81</sup>.

#### 4.5. EXPORTABILIDAD DE LA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO

Este principio significa que las prestaciones de seguridad social pueden percibirse en cualquier Estado miembro de la Unión al que se desplace la persona para buscar trabajo, sin embargo, la exportabilidad de la prestación de desempleo cuenta con ciertas limitaciones.

Las personas desempleadas que lucren un prestación de desempleo y que se desplace a otro Estado miembro para buscar trabajo en él conservarán su derecho a prestaciones de desempleo en metálico durante un período máximo de tres meses, prorrogable por los servicios o instituciones competentes hasta un máximo de seis meses, que se contará a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda, a condición de que la duración total del período durante el cual se facilitan las prestaciones no supere la duración total del período de prestaciones a las que tenía derecho con arreglo a la legislación de dicho Estado [art. 64.1 c) del Reglamento base]. Por tanto, se autoriza al trabajador desempleado a

<sup>80</sup> Los Estados miembros incluidos en el Anexo 5 del Reglamento 987/2009, son: Bélgica, República Checa, Dinamarca, Alemania, Países Bajos, Austria, Eslovaquia y Finlandia.

<sup>81</sup> Decisión núm. U4, de 13 de diciembre de 2011.

desplazarse a otro Estado miembro para buscar empleo, conservando el derecho a las prestaciones de desempleo, que serán facilitadas y sufragadas por la institución competente con arreglo a la legislación que aplique [art. 64.1 d) del Reglamento base], siempre que entre los dos períodos de actividad, el máximo período total durante el cual se mantenga el derecho a prestaciones (en una o varias salidas) no supere el período máximo fijado, y que en ningún caso se supere la duración total del período durante el cual se facilitan las prestaciones (art. 64.3 del Reglamento base). Concretamente, la normativa española exige solicitar autorización para el desplazamiento a un Estado de la Unión Europea conservando el derecho a percibir la prestación de desempleo [art. 271.1 f) Real Decreto Legislativo 8/2015].

La persona desempleada, para poder ejercer este derecho, deberá haberse registrado como demandante de empleo antes de su salida del país y haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente durante al menos cuatro semanas desde el inicio de su situación de desempleo. No obstante, los servicios o instituciones competentes podrán autorizar su salida antes de dicho plazo [art. 64.1 a) del Reglamento base]. La Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social recomienda a los servicios e instituciones competentes que la autorización de desplazamiento del interesado antes de que expire el plazo de cuatro semanas debe concederse a la persona que se halle en situación de desempleo total que cumpla todos los demás requisitos establecidos en el artículo 64, apartado 1, y que acompañe a su cónyuge o pareja de hecho (definida según la legislación del Estado miembro competente) que haya aceptado un empleo en un Estado miembro distinto del Estado competente<sup>82</sup>.

Asimismo, la persona desempleada deberá registrarse como demandante de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro al que se haya trasladado en el plazo máximo de los siete días posteriores a la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda, pudiendo los servicios o instituciones competentes prorrogar este plazo máximo en casos excepcionales [art. 64.1 b) del Reglamento base].

Los servicios de empleo del Estado miembro al que se haya desplazado para buscar un empleo le informarán de sus obligaciones (art. 55.3 del Reglamento de aplicación) y la persona desempleada deberá someterse al procedimiento de control organizado en el Estado miembro al que se haya trasladado cumpliendo los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro [art. 64.1 b) del Reglamento base], la cual ejercerá su control sobre él, directa o indirectamente, como si se tratase de un desempleado beneficiario de prestaciones concedidas en virtud de la legislación aplicada por ella e informará a la institución competente, tan pronto como tenga conocimiento, de los hechos que puedan modificar el derecho a las prestaciones (art. 55.5 del Reglamento de aplicación), proporcionando mensualmente, a petición de la institución competente, la información pertinente sobre el seguimiento de la situación de este, que hará constar, en particular, si aún se encuentra inscrito en los servicios de empleo y si cumple con los procedimientos de control organizados (art. 55.4 del Reglamento de aplicación).

<sup>82</sup> Recomendación núm. U2, de 12 de junio de 2009, relativa a la aplicación del artículo 64, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) no 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, a desempleados que acompañen a su cónyuge o pareja de hecho que ejerza una actividad profesional en un Estado miembro distinto del Estado competente. (Texto pertinente a efectos del EEE y del Acuerdo CE/Suiza). 2010/C 106/16. DOUE, de 24 de abril de 2010.

Asimismo, las autoridades competentes o las instituciones competentes de dos o más Estados miembros podrán definir en común un conjunto de medidas y plazos específicos destinados al seguimiento de la situación del desempleado, así como medidas para favorecer la búsqueda de empleo de los desempleados que se desplazan a uno de estos Estados miembros para buscar empleo (art. 55.6 del Reglamento de aplicación).

Para que la persona desempleada mantenga el derecho a la prestación de desempleo que está lucrando deberá regresar al Estado miembro competente antes de rebasar la fecha en que expira el período máximo del derecho a la exportación de la prestación de desempleo, en caso de no regresar antes de finalizar este límite el interesado perderá todo derecho a prestaciones conforme a la legislación de dicho Estado miembro, salvo que las disposiciones de esa legislación sean más favorables, aunque en casos excepcionales, los servicios o instituciones competentes podrán permitir a las personas interesadas el regreso en una fecha posterior sin pérdida de su derecho (art. 64.2 del Reglamento base).

Es requisito previo que el desempleado, que vaya a desplazarse a otro Estado miembro para buscar trabajo, informe a la institución competente antes de su partida y solicite un documento que acredite que sigue teniendo derecho a las prestaciones [documento U2 (anteriormente E 303)]. Por su parte, la institución competente informará al desempleado que quiera desplazarse a otro país de las obligaciones que le afectan y le transmitirá dicho documento, en el que figurarán (art. 55.1 Reglamento de aplicación):

- a) la fecha en que el desempleado ha dejado de hallarse a disposición de los servicios de empleo del Estado competente;
- b) el plazo concedido, con arreglo al artículo 64, apartado 1, letra b), del Reglamento base, para la inscripción como demandante de empleo en el Estado miembro al que el desempleado se haya desplazado;
- c) el período máximo durante el cual puede conservarse el derecho a las prestaciones, con arreglo al artículo 64, apartado 1, letra c), del Reglamento base;
- d) los hechos que puedan modificar el derecho a las prestaciones.

El desempleado transmitirá este documento a la institución de este Estado miembro al que se desplace. En el caso de que el interesado haya informado a la autoridad competente pero no haya presentado el citado documento, la institución del Estado miembro al que se haya desplazado el desempleado se dirigirá a la institución competente para obtener la información necesaria (art. 55.2 del Reglamento de aplicación). En todo caso, la institución del Estado miembro al que se haya desplazado el desempleado transmitirá inmediatamente a la institución competente un documento en el que conste la fecha de inscripción del desempleado en los servicios de empleo y su nuevo domicilio (art. 55.4 del Reglamento de aplicación).

El Reglamento de aplicación prevé que si durante el plazo de exportación de la prestación se produjera cualquier circunstancia que pudiera afectar al derecho a dichas prestaciones, la institución del Estado miembro al que se haya trasladado el desempleado transmitirá inmediatamente a la institución competente y al interesado un documento que recoja la información pertinente (art. 55.4 párr. 2º del Reglamento de aplicación).

## 5. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LOS VIGENTES REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

En 2014, aproximadamente, 14 millones de ciudadanos de la UE residían en otros países de la UE distintos a sus países de origen<sup>83</sup>, y unos 90.000 trabajadores transfronterizos se encontraban en situaciones de desempleo<sup>84</sup>, lo que pone de relieve la importancia de contar con un sistema de coordinación en materia de seguridad social que garantice los derechos adquiridos o en vía de adquisición y, concretamente, la coordinación de las prestaciones por desempleo con el fin de facilitar la búsqueda de empleo allí en donde se encuentre.

En el Programa de trabajo de 2016<sup>85</sup>, entre las propuestas de movilidad laboral figuraban medidas para combatir los abusos mediante una mejor aplicación y coordinación de los sistemas de seguridad social, así como una revisión específica de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores.

A su vez, en torno a los objetivos generales de la Comisión y a los objetivos específicos de los departamentos, el Plan estratégico 2016-2020, de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, de 14 de julio de 2016<sup>86</sup>, se establece como objetivo prioritario de la política y la legislación de la UE una revisión de las normas sobre la coordinación de la seguridad social y una revisión específica de la Directiva relativa al desplazamiento de trabajadores, con la finalidad de fomentar la movilidad de la mano de obra.

Como parte del programa de trabajo 2016 y del Plan estratégico 2016-2020, la Comisión Europea presentó el 13 de diciembre de 2016 una revisión de la legislación de la UE en la coordinación de la Seguridad Social<sup>87</sup>, con la finalidad de facilitar la movilidad laboral, asegurar la equidad para los que se mueven y para los contribuyentes, y proporcionar mejores herramientas para la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros.

En el plan de gestión de 2017 - Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, de 15 de febrero de 2017<sup>88</sup>, se incluye entre los objetivos específicos el seguimiento de los

<sup>83</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La agenda de justicia de la UE para 2020 - Reforzar la confianza, la movilidad y el crecimiento en la Unión. Estrasburgo, 11.3.2014. COM (2014) 144 final.

<sup>84</sup> Dictamen propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) número 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) número 987/2009, p. 40. Diario de Sesiones de las Cortes Generales. Comisiones Mixtas, núm. 19, de 6 de marzo de 2017.

<sup>85</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Programa de trabajo de 2016. No es momento de dejar las cosas como están. Estrasburgo, 27.10.2015. COM (2015) 610 final: p. 7.

<sup>86</sup> Strategic Plan 2016-2020. Employment, social affairs and inclusion - strategic plan 2016-2020. Ref. Ares(2016)1275012, de 14 de marzo de 2016. [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/strategic-plan-2016-2020-dg-empl\\_march2016\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/strategic-plan-2016-2020-dg-empl_march2016_en.pdf), p. 18 [consultado el 11/4/2017].

<sup>87</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004 (Texto pertinente a efectos del EEE y para Suiza). Estrasburgo, 13.12.2016. COM(2016) 815 final. 2016/0397(COD).

<sup>88</sup> Management Plan 2017. Employment, social affairs and inclusion DG, de 15 de febrero de 2017. [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file\\_import/management-plan-empl-2017\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/management-plan-empl-2017_en_0.pdf), p. 12. [consultado el 11/4/2017].

elementos de Movilidad Laboral adoptados en 2016, en particular la revisión específica de la directiva relativa al desplazamiento de trabajadores<sup>89</sup> y la revisión y promoción de la coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social.

Por su parte la Comisión ha evaluado impacto de la propuesta de modificación<sup>90</sup> y a hasta qué punto el marco jurídico actual sigue garantizando una coordinación eficaz. En julio de 2015 se iniciaron dos consultas en línea sobre la coordinación de las prestaciones por desempleo y un tercio de quienes respondieron opinaban que deberían cambiarse las normas actuales.

Concretamente, respecto a la coordinación de la prestación de desempleo, los problemas que identifica son: 1º) la aplicación divergente de las normas de totalización por parte de los Estados miembros; 2º) el reducido número de personas que exportan sus prestaciones por desempleo; 3º) el trato desigual de las personas desempleadas que residen en un país diferente de aquel en el que han trabajado anteriormente (trabajadores fronterizos y otros trabajadores transfronterizos); y 4º) unas normas de reembolso insatisfactorias, todo lo cual reconoce que tiene como consecuencia la falta de eficiencia en el tratamiento de las prestaciones por desempleo, la distribución desigual de la carga financiera y unos posibles obstáculos a la reincorporación de los desempleados al mercado laboral.

Por ello la Comisión plantea conseguir con la propuesta de modificación en materia de desempleo una serie de objetivos, como son: 1º) garantizar una aplicación uniforme y coherente de las normas de totalización y de cálculo, que refleje el grado de integración del trabajador en un Estado miembro; 2º) garantizar la protección de los trabajadores móviles de la UE cuando buscan y ejercen un empleo en otro Estado miembro; 3º) eliminar la distinción entre trabajadores fronterizos y otros trabajadores transfronterizos en lo que se refiere al Estado en el que pueden reclamar las prestaciones, fomentando al mismo tiempo su reincorporación al mercado laboral; 4º) garantizar que la carga financiera relativa a las prestaciones por desempleo se reparta entre los Estados miembros proporcionalmente al nivel de las cotizaciones o los impuestos percibidos y sin un mecanismo de reembolso; y 5º) establecer un mecanismo de cooperación y de control sistemático y fácil de administrar para supervisar el cumplimiento de los derechos y obligaciones por los desempleados que residen en un Estado miembro distinto del que paga las prestaciones.

Es relevante señalar que los Estados miembros, los expertos, los interlocutores sociales, las ONG y otras partes interesadas reaccionaron de forma desigual ante las

---

<sup>89</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Estrasburgo, 8.3.2016. COM(2016) 128 final. 2016/0070 (COD).

<sup>90</sup> COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT Initiative to partially revise Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council on the coordination of social security systems and its implementing Regulation (EC) No 987/2009 Accompanying the document 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 (Text with relevance for the EEA and Switzerland). SWD/2016/0460 final - 2016/0397 (COD). Strasbourg, 13.12.2016. SWD(2015) 460 final.

propuestas de modificación de la regulación de la coordinación de la prestación de desempleo.

En el documento de trabajo se señala que la opción preferida para la totalización de prestaciones por desempleo es exigir un período de carencia mínimo de un seguro de tres meses en el Estado miembro donde se ha ejercido la actividad más reciente antes de que se tenga derecho a totalizar los períodos de seguro anteriores (al mismo tiempo que exigir al Estado miembro del empleo anterior que proporcione prestaciones en caso de que no se cumpla esta condición). Esta opción se prefiere a otras que permiten la totalización después de solo un día o un mes de seguro, o que permiten que se reciban ingresos de referencia en un Estado miembro donde se ha ejercido la actividad anterior para que se tenga en cuenta el cálculo de las prestaciones por desempleo tras uno o tres meses de empleo en el Estado miembro competente. De esta manera, la Comisión cree que se garantizarán un nivel mínimo de integración en el Estado miembro de acogida antes de que se abra el derecho a obtener prestaciones por desempleo y un enfoque coherente por parte de los Estados miembros. Además, los trabajadores móviles estarán protegidos cuando no cumplan este período en el Estado miembro en el que se haya ejercido el último período de actividad.

Respecto a la exportación de prestaciones por desempleo, los Estados miembros tenían opiniones divergentes: algunos estaban a favor de las disposiciones vigentes, mientras que otros apoyaban el derecho a exportar durante al menos seis meses. Las organizaciones patronales estaban a favor de las disposiciones vigentes, mientras que los sindicatos y las ONG apoyaban la opción del derecho a exportar durante al menos seis meses. La Comisión opina que la ampliación del período de exportación aumentará las posibilidades de integración en el mercado de trabajo, pero no tendrá un impacto económico directo, ya que el período de exportación no excede nunca del derecho básico.

Respecto a la coordinación de las prestaciones por desempleo para los trabajadores fronterizos y otros trabajadores transfronterizos, los Estados miembros se mostraron divididos entre los partidarios del statu quo y los partidarios de que se proporcionen prestaciones por desempleo a todos los trabajadores con cargo al Estado en el que se ejerció el último período de actividad, puesto que con esta opción se ofrece un mejor compromiso en lo que se refiere a un reparto justo y rentable de las cargas desde un punto de vista administrativo.

El 6 de marzo de 2017 la Comisión Mixta para la Unión Europea del Congreso de los Diputados, tras verificar el control de subsidiariedad de la iniciativa, concluye que la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, es conforme al principio de subsidiariedad establecido en el vigente Tratado de la Unión Europea<sup>91</sup>.

<sup>91</sup> Informe 4/2017 de la Comisión Mixta para la Unión Europea, sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) número 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) número 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) número 883/2004 [Texto pertinente a efectos del EEE y para Suiza] [COM (2016) (...)]

En opinión de la Comisión Mixta para la Unión Europea, se trata de una propuesta equilibrada que ha de facilitar la libre circulación de los trabajadores y proteger sus derechos, al mismo tiempo que reforzar los instrumentos para que las autoridades nacionales luchen contra los riesgos de abuso de fraude.

Concretamente, la propuesta se centra en cuatro ámbitos de coordinación en los que es necesario mejorar, entre los cuales se encuentra el de las prestaciones por desempleo, en la que se propone, principalmente, nuevas disposiciones en materia de coordinación de las prestaciones por desempleo en casos transfronterizos; en materia de totalización de los períodos de seguro para crear o mantener un derecho a prestaciones por desempleo; y sobre la exportación de prestaciones por desempleo y la determinación de qué Estado miembro es responsable del pago de prestaciones por desempleo a trabajadores fronterizos y a otros trabajadores transfronterizos.

### 5.1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN EL CASO QUE SE PERCIBA UNA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO DE UN ESTADO MIEMBRO Y SIMULTÁNEAMENTE SE TRABAJE EN OTRO

El artículo 1 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modifican el Reglamento (CE) 883/2004 y el Reglamento (CE) 987/2009, hace referencia a la modificación del Reglamento (CE) 883/2004.

Concretamente, en materia de desempleo, se inserta un apartado 4 bis en el artículo 13 del Reglamento base en el que se regula que la persona que recibe prestaciones de desempleo en metálico de un Estado miembro y que ejerce simultáneamente una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en otro Estado miembro estará sujeta a la legislación del Estado miembro que abona las prestaciones por desempleo (art. 1. 14 de la propuesta de Reglamento).

Este nuevo apartado tiene como objeto determinar la legislación aplicable en el caso de que una persona reciba simultáneamente prestaciones de desempleo a tiempo parcial de un Estado miembro mientras está empleada en otro. En este sentido la Recomendación U1, de 12 de junio de 2009<sup>92</sup>, ya consideraba que cuando las personas que residen en el territorio de un Estado miembro y se benefician, en virtud de la legislación que les es aplicable, de las prestaciones por desempleo, deberían permitirles ejercer una actividad profesional a tiempo parcial o actividad comercial en el territorio de otro Estado miembro, conservando el beneficio de las prestaciones por desempleo a cargo del Estado de residencia.

En tal situación es necesario determinar la legislación aplicable a dichas personas y con arreglo al artículo 11, apartado 2, del Reglamento base, se considera que las personas que reciben una prestación en metálico por el hecho o como consecuencia de su actividad por cuenta ajena o propia serán consideradas como si ejercieran dicha actividad, es decir, serán consideradas como si ejercieran dos actividades en dos Estados miembros diferentes y así si la prestación pagada en el Estado miembro de residencia se

---

815 final] [COM(2016) 815 final Anexo] [2016/0397 (COD)] [SWD (2016) 460 final] [SWD (2016) 461 final]. BOCG, núm. 62, de 16 de marzo de 2017, p. 14.

<sup>92</sup> Recomendación U1, de 12 de junio de 2009, sobre la legislación aplicable a personas desempleadas que ejercen una actividad profesional a tiempo parcial o actividad comercial en un Estado miembro distinto del Estado de residencia. DO C 106 de 24.4.2010, p. 49/50.

deriva de «una parte sustancial» de las actividades de la persona, ésta estará sujeta a la legislación de dicho Estado.

La Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, recomendaba que se acordara que las personas que se beneficien en el Estado de residencia de las prestaciones por desempleo y que ejerzan simultáneamente una actividad profesional a tiempo parcial o actividad comercial en otro Estado miembro estén exclusivamente sometidas a la legislación del primer Estado tanto en lo que se refiere al pago de las cotizaciones como a la concesión de las prestaciones.

El problema que se suscita con la redacción es que no explicita que el Estado miembro que abona las prestaciones por desempleo sea el Estado miembro en donde reside el perceptor de la prestación de desempleo. En el caso de España si se traslada la residencia a otro Estado miembro para realizar un trabajo, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea, se suspende la prestación de desempleo [art. 271.1. f) del TRLGSS/15] o puede extinguirse [art. 272.1. f) del TRLGSS/15]. Por tanto, según esta regulación, sólo sería posible lucrar la prestación de desempleo simultaneándola con un trabajo a tiempo parcial si este se realiza en el mismo Estado miembro de residencia o se realiza en otro Estado miembro sin cambiar de residencia, como es el caso de los trabajadores transfronterizos o los trabajadores desplazados, pero no así si se cambia de lugar de residencia, por lo que sería más ajustado a la libertad de movimiento que se pudiera permitir seguir lucrando la prestación mientras se trabaja a tiempo parcial en otro Estado miembro, aunque ello precise de cambiar la residencia al Estado de empleo. No obstante esto requeriría de cambios legislativos en los Estados miembros, como es el caso de España y una definición clara sobre el concepto de residencia.

## 5.2. INTRODUCCIÓN DE UN PERÍODO MÍNIMO DE SEGURO, EMPLEO O ACTIVIDAD POR CUENTA PROPIA EN EL ESTADO MIEMBRO COMPETENTE EN EL QUE HAYAN ESTADO EMPLEADOS EN ÚLTIMO LUGAR

El artículo 61 del Reglamento base se modifica al objeto de exigir al interesado que tengan cumplido un período mínimo de tres meses de seguro, empleo o actividad por cuenta propia en el Estado miembro competente en el que hayan estado empleado en último lugar con arreglo a lo dispuesto en la legislación a la cual se solicitan las prestaciones para que ésta totalice los periodos de seguro adquiridos en los distintos Estados miembros (art. 1.19 de la propuesta de Reglamento) excluyéndose a las personas en situación de desempleo total que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente. El vigente Reglamento sólo exige que el interesado haya cumplido en último lugar, con arreglo a la legislación en virtud de la cual solicita las prestaciones, períodos de seguro, períodos de empleo, o períodos de actividad por cuenta propia, pero sin exigir ningún período mínimo. Con la modificación el interesado no tendrá derecho a la totalización de los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica, si al menos no tiene cumplido un período mínimo de tres meses en el Estado miembro en el que ha estado empleado en último lugar.

No obstante, el artículo 1.22.2 de la propuesta de Reglamento también prevé que las personas en situación de desempleo total que durante su último período de actividad por

cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y no hayan cumplido, como mínimo, doce meses de seguro de desempleo con arreglo a la legislación del Estado miembro competente, no se les exija ningún período mínimo, ya que en este caso quien proporciona la prestación de desempleo, totalizando todos los períodos de seguro como si los hubieran cumplido en ese Estado miembro, no será el Estado miembro en el que hayan estado empleado en último lugar sino el Estado miembro de residencia.

En caso de que una persona desempleada no cumpla las condiciones para la totalización de los períodos porque la duración total de los períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia que haya cumplido en último lugar en dicho Estado miembro sea inferior a tres meses, dicha persona tendrá derecho a prestaciones por desempleo con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que había cumplido anteriormente dichos períodos en las condiciones y con arreglo a las limitaciones establecidas en el nuevo artículo 64 bis, que se incorpora en la propuesta, y que se analiza en el siguiente punto.

### 5.3. TRABAJADORES QUE SE HAN TRASLADADO A OTRO ESTADO MIEMBRO EN EL QUE PIERDEN EL EMPLEO ANTES DE COMPLETAR UN PERÍODO MÍNIMO DE TRES MESES DE SEGURO, EMPLEO O ACTIVIDAD POR CUENTA PROPIA

Para la aplicación de la nueva redacción del artículo 61.2 del Reglamento (CE) 883/2004, se incorpora un nuevo artículo 64 bis en el cual se establece que los desempleados que se trasladan a otro Estado miembro y se quedan sin empleo, después de un período inferior a tres meses de actividad laboral cotizada en el último Estado de empleo, podrán solicitar que se exporten sus prestaciones por desempleo en metálico desde el Estado miembro del seguro anterior, en el que haya cumplido anteriormente dichos períodos, con cargo a la misma y con la limitación temporal prevista para la exportación de la prestación de desempleo. Para que la institución competente abone la prestación de desempleo durante el período establecido, las personas en situación de desempleo tienen que registrarse en los servicios de empleo del Estado miembro en el que se haya ejercido el último período de actividad y cumplir las obligaciones que se exigen a los beneficiarios de prestaciones de desempleo en virtud de la legislación de dicho Estado miembro (art. 1.21 de la propuesta de Reglamento).

De la redacción del nuevo artículo 64 bis parece desprenderse que no es preciso que la persona desempleada haya de haber completado el período de 3 meses de seguro en el Estado miembro a cuya legislación se ha estado sujeto anteriormente para que este sea el estado competente. Lo que no queda claro es si el Estado miembro competente debe totalizar los períodos de cotización posteriores que se han cotizado en el último Estado miembro en el que ha estado empleado el trabajador para calcular la prestación, aunque parece que es lo lógico ya que si no fuera así se hurtaría el derecho a la garantía de conservación de los derechos adquiridos.

El Estado miembro en el que había cumplido anteriormente dichos períodos, deberá reconocer la prestación de desempleo y con arreglo a su legislación, exportando la prestación de desempleo con un límite, también modificado en la propuesta, de 6 meses o inferior si el derecho reconocido no alcanza ese límite, pudiendo el Estado miembro competente ampliarlo hasta la finalización del período en que dicha persona tiene derecho a las prestaciones.

Debe pensarse que cuando el artículo 1.21 in fine de la propuesta de Reglamento dice que «el artículo 64, apartados 2 a 4, se aplicará mutatis mutandis» se refiere a que se mantiene la posibilidad de regresar al Estado miembro competente antes de que finalice el plazo máximo de exportación y seguir lucrando allí la prestación conforme a la legislación de dicho Estado miembro. Si no fuese así lo que propiciaría es que los trabajadores primero retornaran al Estado miembro desde el que inmigraron, si en el tienen cotizaciones suficientes para que se les reconozca la prestación de desempleo, y después exportar la prestación a otro Estado miembro<sup>93</sup>, y si después no encuentran empleo nuevamente regresar al Estado miembro para seguir lucrando la prestación hasta su extinción y solicitar luego una prestación no contributiva, si a ella tiene derecho.

#### 5.4. AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE EXPORTABILIDAD DE LA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO EN LOS DESPLAZAMIENTOS PARA BUSCAR EMPLEO

En el caso de desplazamiento de desempleados a otro Estado miembro para buscar empleo, regulado en el artículo 64.1 c), se amplía de tres a seis meses el plazo para que los solicitantes de empleo desempleados que busquen trabajo en otro Estado miembro puedan conservar el derecho a las prestaciones (o hasta el resto del período del derecho, si este es inferior a seis meses). La norma prevé que este período pueda ser prorrogado por los servicios o instituciones competentes, ampliándose también el período máximo de los seis meses por un período máximo igual al final del período en que dicha persona tiene derecho a las prestaciones (art. 1.20 de la propuesta de Reglamento).

En consecuencia, salvo en caso de que la legislación del Estado miembro competente sea más favorable, entre dos períodos de actividad, el máximo período total durante el cual se mantendrá el derecho a la exportación de las prestaciones de desempleo será de seis meses (en una o varias salidas), pudiéndose prorrogar por la institución o los servicios competentes hasta el final del período en que dicha persona tiene derecho a las prestaciones en el Estado miembro competente.

La ampliación de la duración de la exportación de las prestaciones por desempleo de tres a seis meses, tiene como finalidad facilitar que los ciudadanos busquen un empleo en otro país de la UE, como así se proponía la Comisión en el Informe sobre la ciudadanía de la UE 2013<sup>94</sup>, aunque si esta es la finalidad quizás debiera haberse propuesto ampliar directamente el periodo de exportación hasta el final del período en que dicha persona tiene derecho.

<sup>93</sup> Así, por ejemplo, si un trabajador español pierde el empleo en otro Estado miembro en el que reside pero en el que no ha completado el período de tres meses de seguro, podrá retornar a España y solicitar la prestación de desempleo si acredita cotizaciones suficiente antes de salir de España [267.1. e) del TRLGSS/15], lo cual puede producir un efecto de retorno ya que siempre tendría luego la opción de exportar la prestación mientras busca empleo nuevamente en otro Estado miembro.

<sup>94</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Informe sobre la ciudadanía de la UE 2013. Ciudadanos de la UE: Vuestros derechos, vuestro futuro. Bruselas, 8.5.2013. COM (2013) 269 final.

## 5.5. PAGO DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO A LOS TRABAJADORES QUE, DURANTE SU ÚLTIMO PERÍODO DE ACTIVIDAD LABORAL, HAYAN RESIDIDO FUERA DEL ESTADO MIEMBRO COMPETENTE.

El artículo 1.22 de la propuesta modifica el artículo 65 del Reglamento (CE) 883/2004 a fin de introducir nuevas disposiciones para el reconocimiento de prestaciones por desempleo a los trabajadores fronterizos y otros trabajadores transfronterizos.

En la propuesta de nueva redacción del artículo 65.1 se establece que las personas en situación de desempleo que, durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia, hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente percibirán prestaciones a cargo del Estado miembro competente y con arreglo a la legislación del mismo como si residieran en dicho Estado miembro, debiendo ponerse a disposición de su empleador anterior o de los servicios de empleo del Estado miembro competente, sin perjuicio de poder ponerse también a disposición de los servicios de empleo del otro Estado miembro si se encuentran en situación de desempleo total (art. 1.22.4 de la propuesta de Reglamento).

Por el contrario, las personas en situación de desempleo total que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y no hayan cumplido, como mínimo, doce meses de seguro de desempleo, recibirán prestaciones a cargo y con arreglo a la legislación del Estado miembro de residencia como si hubieran cumplido todos los períodos de seguro con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro. Estas personas deberán ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia, lo que dificulta encontrar de nuevo empleo en el Estado en el que se ha estado empleado en último lugar, aunque también puedan ponerse a disposición de los servicios de empleo del otro Estado miembro si se encuentran en situación de desempleo total, y sin perjuicio de que después pueda exportar la prestación para buscar empleo en otro Estado miembro.

En el caso de que las personas desempleadas en situación de desempleo total no deseen estar o mantenerse disponible para los servicios de empleo del Estado miembro competente tras haberse registrado en dichos servicios, y desee buscar trabajo en el Estado miembro de residencia o en el Estado miembro en el que haya ejercido su último período de actividad, podrán solicitar la exportación de la prestación de desempleo con los límites establecidos.

No obstante, alternativamente, si estas mismas personas tienen derecho a prestaciones por desempleo únicamente con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro competente en caso de haber residido allí, podrán optar por ponerse a disposición de los servicios de empleo de dicho Estado miembro y por percibir prestaciones con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro, como si residieran en él.

Por tanto, se propone que el Estado miembro en el que ha estado empleado en último lugar sea el responsable del pago de prestaciones por desempleo cuando el trabajador fronterizo o transfronterizo haya cotizado por desempleo en él durante al menos doce meses y, por el contrario, se atribuya la responsabilidad al Estado miembro de residencia si no alcanzan los doce meses de cotizaciones. No obstante, si el

trabajador tuviera derecho a prestaciones por desempleo en virtud de la legislación nacional del Estado miembro en el que ha estado empleado en último lugar sin basarse en el principio de totalización del artículo 6 podrá optar por recibir las prestaciones por desempleo de dicho Estado miembro<sup>95</sup>.

En todo caso, se mantiene la actual regulación que determina que las personas que estén en situación de desempleo parcial o intermitente sólo tienen derecho a solicitar prestaciones por desempleo en el Estado miembro en el que están empleados, sin posibilidad de ponerse a disposición de los servicios de empleo del otro Estado miembro, ya que como reconoce el TJCE<sup>96</sup> la institución del lugar de empleo es la que tiene más posibilidades a la hora de ayudar al trabajador a encontrar un empleo complementario cuyas condiciones fueran compatibles con el trabajo y a desarrollado a tiempo parcial en el territorio del Estado miembro competente.

Con la nueva regulación, se propone que los trabajadores fronterizos y otros trabajadores transfronterizos, sin ninguna distinción, sean considerados como si residieran en el Estado miembro competente, salvo que hayan cotizado por desempleo durante menos de doce meses en el Estado miembro en donde han estado empleados en último lugar, en cuyo caso recibirán las prestaciones del Estado de residencia. Con ello se pretende garantizar una mayor igualdad de trato para los trabajadores fronterizos y transfronterizos, asegurándose de que los trabajadores fronterizos perciben prestaciones por desempleo del Estado miembro donde ejercieron la última actividad, a condición de que hayan trabajado en ese Estado miembro como mínimo durante los últimos doce meses, aunque suscita, nuevamente, el problema sobre cómo se compatibiliza percibir la prestación de un Estado miembro al que hay que estar a disposición de sus servicios de empleo mientras se reside en otro estado miembro, con el añadido del problema del concepto de residencia (civil, fiscal, administrativo, el del derecho de la UE, el de las normas sobre derecho de los extranjeros, etc.).

## 5.6. EXCEPCIÓN AL REQUISITO DE LLEVAR REGISTRADO AL MENOS CUATRO SEMANA PARA PODER EXPORTAR LA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO

Se establece en la nueva redacción del artículo 65.3 del Reglamento (CE) 883/2004 una excepción a la obligación establecida en el artículo 64, apartado 1, letra a) de que cualquier desempleado que desee exportar sus prestaciones por desempleo lleve registrado al menos cuatro semanas en los servicios de empleo del Estado miembro competente (según el caso, Estado de empleo o Estado de residencia). Esta excepción se aplica en el caso de trabajadores que residían en un Estado miembro distinto del Estado miembro de empleo y ahora se encuentran en situación de desempleo total y no deseen estar o mantenerse disponibles para los servicios de empleo del Estado miembro competente tras haberse registrado en dichos servicios, y deseen buscar trabajo en el Estado miembro de residencia o en el Estado miembro en el que haya ejercido su último período de actividad exportando la prestación que están lucrando sin tener que cumplir

<sup>95</sup> Interpretación dada en el artículo 1.25 de la explicación detallada de las disposiciones específicas de la propuesta por el que se modifican el Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004.

<sup>96</sup> STJCE, de 15 de marzo de 2001, Asunto De Laet, C-444/98, Fj. 35.

con el requisito de estar registrados al menos cuatro semanas en los servicios de empleo del Estado miembro competente (art. 1.22 de la propuesta de Reglamento).

Esta excepción ya está prevista en el actual artículo 65. bis. 3 para los trabajadores fronterizos por cuenta propia en situación de desempleo total en caso de que el Estado miembro de residencia carezca de un sistema de prestaciones de desempleo para trabajadores por cuenta propia y perciba la prestación de desempleo del Estado miembro en el que haya ejercido su último período de actividad como trabajador por cuenta propia y no desee estar o mantenerse disponible para los servicios de empleo del Estado miembro en el que haya ejercido su último período de actividad tras haberse registrado en dichos servicios, y desee buscar trabajo en el Estado miembro de residencia, exportando su prestación, con los límites del artículo 64.

Por tanto es una nueva excepción a la existente y a la posibilidad de que los servicios o instituciones competentes puedan autorizar su salida antes de dicho plazo, puesto que en realidad el desempleado ha renunciado a regresar y buscar empleo en el Estado miembro competente.

#### 5.7. AMPLIACIÓN DE LA OPCIÓN DE REGISTRARSE SIMULTÁNEAMENTE EN LOS SERVICIOS DE EMPLEO DEL ESTADO MIEMBRO DE EMPLEO Y DEL ESTADO MIEMBRO DE RESIDENCIA.

En la nueva redacción propuesta del artículo 65.4 del Reglamento (CE) 883/2004 se da la opción a las personas desempleadas en situación de desempleo total que residan en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que estuvieron empleados se puedan registrar en los servicios de empleo del Estado miembro de residencia o en el Estado miembro en el que se haya ejercido la actividad anterior (art. 1.22 de la propuesta de Reglamento), lo que ya está previsto en el vigente Reglamento para los trabajadores fronterizos y para los otros trabajadores transfronterizos que regresan a al Estado miembro de residencia, aunque no lo está para los que deciden no regresar al Estado de residencia y se ponen a disposición del Estado miembro de empleo.

#### 5.8. MODIFICACIÓN EN LAS NORMAS DE CONTROL Y COORDINACIÓN DE LAS PRESTACIONES EXPORTADAS

Por otro lado, el artículo 2 de la propuesta de modificación de los reglamentos, también modifica el Reglamento (CE) 987/2009 de aplicación, en concreto, en el párrafo tercero del artículo 55, apartado 4, suprimiendo las palabras «A petición de la institución competente». Con ello deja de ser necesaria la petición de la institución competente para que la institución del Estado miembro, al que se ha trasladado el desempleado para buscar empleo exportando la prestación de desempleo, proporcione mensualmente la información pertinente sobre el seguimiento de la situación de este (art. 2.20 de la propuesta de Reglamento).

#### 5.9. ADAPTACIÓN DE LAS MODIFICACIONES A LAS NORMAS DE CONTROL Y COORDINACIÓN ENTRE INSTITUCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Se modifica el artículo 55, apartado 7 del Reglamento (CE) 987/2009, para establecer que las disposiciones vigentes que tratan sobre la inscripción del desempleado e intercambio de información y control de la situación del desempleado por la institución del Estado miembro a la que se ha desplazado el desempleado,

exportando la prestación de desempleo que está lucrando, se apliquen también a las exportaciones basadas en el nuevo artículo 64 bis del Reglamento base (art. 2.21 de la propuesta de Reglamento).

#### 5.10. OBLIGACIÓN DE TRANSMISIÓN DE INFORMACIÓN DEL SERVICIO DE EMPLEO DEL ESTADO MIEMBRO EN EL QUE SE HAYA ESTADO ASEGURADO EN ÚLTIMO LUGAR AL SERVICIO DE EMPLEO DEL ESTADO MIEMBRO QUE SE HAYA ESTADO ASEGURADO ANTERIORMENTE

Se inserta un nuevo artículo 55 bis del Reglamento (CE) 987/2009, de conformidad con el artículo 64 bis del Reglamento base, que reconoce el derecho a las personas que se trasladan a otro Estado miembro y se quedan sin empleo, después de un período inferior a tres meses de actividad laboral cotizada, a exportar sus prestaciones por desempleo en metálico desde el Estado miembro del seguro anterior con cargo a la misma y con la limitación temporal prevista para la exportación de la prestación de desempleo. La incorporación de este nuevo artículo 55 bis tiene por objeto de garantizar que la institución competente del Estado miembro del seguro anterior reciba toda la información necesaria para poder reconocer a la persona interesada el derecho a prestaciones por desempleo.

Concretamente se exige a la institución del Estado miembro en el que se haya estado asegurado en último lugar, que transmita inmediatamente un documento a la institución competente del Estado miembro en el que se haya estado asegurado anteriormente, en el que figurarán: la fecha en que el interesado quedó en situación de desempleo, el período de seguro, la actividad por cuenta ajena o por cuenta propia completada bajo su legislación, las circunstancias pertinentes del desempleo que pudieran afectar al derecho a las prestaciones, la fecha de registro como desempleado y su domicilio (art. 2.22 de la propuesta de Reglamento).

#### 5.11. MODIFICACIÓN PARA ADAPTAR LA REFERENCIA A ARTÍCULOS QUE SE VEN MODIFICADOS CON LA PROPUESTA

En el artículo 56 del Reglamento (CE) 987/2009 se modifica las referencias a los artículos del Reglamento base para ajustarlas a la nueva ordenación introducida por la propuesta de modificación del Reglamento base (art. 2.23 de la propuesta de Reglamento).

#### 5.12. SUPRESIÓN DEL REEMBOLSO DE LAS PRESTACIONES DE DESEMPLEO

Se suprime el artículo 70 del reglamento de aplicación como resultado de las modificaciones del artículo 65 del Reglamento base, que suprime las normas de reembolso de las prestaciones por desempleo para antiguos trabajadores fronterizos (art. 2.27 de la propuesta de Reglamento).

### 6. CONCLUSIONES

1. Las modificaciones del reglamento 883/2004, al menos en lo referente a la regulación de la coordinación de las prestaciones de desempleo, parece seguir la línea de mejora de la redacción de los anteriores Reglamentos que ya advirtiera OJEDA

AVILÉS<sup>97</sup> cuando los calificaba de barrocos, con múltiples remisiones cruzadas y citas de artículos o como definía SÁNCHEZ-RODAS extremadamente complejas y de difícil comprensión<sup>98</sup>, e incluso como así también reconocía en el considerando 3º del Reglamento 883/2004 al reconocer que las normas de coordinación comunitarias resultan complejas y sumamente extensas.

Pues bien, a priori parece que las modificaciones en los Reglamentos de coordinación de las prestaciones de desempleo han ganado en claridad pero mantienen aún ciertos claroscuros y situaciones que parecen incompatibles con la actual regulación de algunas legislaciones de los Estados miembros.

2. En la propuesta se identifica como uno de los objetivos de la modificación reforzar las herramientas a las autoridades nacionales para luchar contra el abuso o fraude y la doble cobertura en las situaciones transfronterizas, aunque en materia de prestación de desempleo, sólo puede pensarse que esto se busca mediante la priorización del Estado miembro de empleo como el Estado competente, el cual es el que verifica el estado de la seguridad social de estos trabajadores y establece procedimientos de control.

3. Se propone reforzar las normas administrativas sobre coordinación de la seguridad social para los trabajadores migrantes, evitándose la carga administrativa de los reembolsos y una distribución más equitativa de la carga financiera entre los Estados miembros, aunque habrá que ver en la práctica si esto no supondrá problemas para el cobro de las pensiones concedidas por un Estado miembro competente, cuando el beneficiario reside en otro estado miembro.

4. La propuesta de modificación de las normas de coordinación no supone, en sí misma una medida de promoción de la libre circulación de los trabajadores como se pretende, la principal motivación de los trabajadores para inmigrar a otro estado es la mayor probabilidad de encontrar trabajo y de conservarlo, es decir contar con bajas tasas de desempleo, lo que provoca la fuga de talento de los países que sufren unas mayores tasas de desempleo, sobre todo en jóvenes, como es el caso de España.

5. La nueva regulación habría de tener en cuenta la posibilidad de permitir lucrar la prestación de desempleo simultaneándola con un trabajo a tiempo parcial aun cuando el trabajador tenga que cambiar su residencia al Estado miembro en el que está empleado, aunque ello requeriría de cambios legislativos en los Estados miembros, como es el caso de España.

6. Se propone que los trabajadores migrantes que residen en el Estado de Empleo sólo puedan totalizar los períodos de seguro si completan como mínimo un período de tres meses en el Estado miembro en el que han estado empleados en último lugar. En caso de no cumplir con este período pueden solicitar la exportación de la prestación de desempleo desde el Estado miembro del seguro anterior. De la redacción del nuevo artículo 64 bis parece desprenderse que no es preciso que la persona desempleada haya

<sup>97</sup> OJEDA AVILÉS, Antonio. Prólogo. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social*, núm. 64/2009.

<sup>98</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. “Capítulo XII. Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, pp. 181-189). En: VV.AA. *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: Retos para la disciplina laboral*. Ediciones Laborum: 2015, 182.

de haber completado el período de 3 meses de seguro en el Estado miembro a cuya legislación se ha estado sujeto anteriormente para que este sea el Estado competente y abone la prestación. Lo que no queda claro es si el Estado miembro competente debe totalizar los períodos de cotización posteriores que se han cotizado en el último Estado miembro en el que ha estado empleado el trabajador para calcular la prestación, sobre todo si en este no se hubiera cumplido tampoco con un período mínimo de 3 meses de seguro, aunque parece que es lo lógico ya que si no fuera así se hurtaría el derecho a la garantía de conservación de los derechos adquiridos. Tampoco queda claro es si la persona desempleada exporta la prestación de desempleo y después, antes de finalizar el plazo de exportación, regresa al Estado miembro competente si ésta podrá seguir lucrando el resto de la duración de la prestación hasta completarla, ya que si no fuera así motivaría a que los desempleados optaran primero por regresar al último Estado miembro en el que tienen cotizaciones suficientes para que se les reconozca la prestación de desempleo y después solicitar la exportación, en cuyo caso si les permitiría regresar antes del fin del período de exportación y seguir lucrando la prestación hasta agotarla.

7. La propuesta de modificación amplía el período de exportación de la prestación de desempleo para la búsqueda de empleo de 3 meses (en una o varias salidas) hasta un máximo de seis meses o incluso hasta el final del período en que dicha persona tiene derecho a las prestaciones, lo cual tiene como finalidad facilitar que los ciudadanos busquen un empleo en otro país de la UE. Cabe preguntarse si lo que realmente se pretende es facilitar la búsqueda de empleo en cualquier Estado miembro, puesto que habría sido mejor permitir en todos los casos la exportación de la prestación hasta el de la duración a la que se tiene derecho.

8. La propuesta también regula que cuando un trabajador que reside en un Estado miembro ha estado empleado en otro Estado miembro al menos durante 12 meses y, posteriormente, pierde el empleo éste percibirá la prestación de desempleo a cargo del Estado miembro en el que ha estado empleado en último lugar, en vez de ser el Estado competente el Estado miembro de residencia, que es la opción de la actual regulación para los fronterizos en desempleo total o para los no fronterizos que decidan regresar al Estado de residencia y ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente. Con ello se pretende tratar a la persona desempleada como si hubiera residido en el Estado miembro competente, además, con la nueva regulación se equipara, a estos efectos, a los trabajadores fronterizos y otros trabajadores transfronterizos, sin ninguna distinción, priorizando que sea el Estado miembro en el que se ha estado empleado en último lugar el competente, siempre que se haya cotizado por desempleo en este Estado al menos 12 meses.

Aunque la cuestión que se suscita es cómo se compatibiliza el percibir una prestación de desempleo por la institución del Estado competente, que es la del Estado que ha estado empleado en último lugar y al que se debe poner el desempleado a disposición de los servicios de empleo, mientras se sigue residiendo en otro Estado miembro, ¿significa esto que ha de cambiar su residencia al Estado miembro competente? y si mantiene su domicilio en el Estado miembro mientras lucra la prestación del Estado miembro competente, ¿Cómo se determina su legalmente su residencia? ¿cómo se cumple con el compromiso de actividad?, etc.

En el caso de no haber completado el período de 12 meses de seguro de desempleo se pondrán a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia y

recibirán las prestaciones con arreglo a la legislación de este Estado y a cargo de la institución del Estado miembro de residencia, lo que puede suponer una mayor dificultad para encontrar de nuevo empleo en el Estado en el que se ha estado empleado en último lugar, incluso aunque se ponga también a disposición de los servicios de empleo del otro Estado miembro si la persona se encuentran en situación de desempleo total, y sin perjuicio de que después pueda exportar la prestación para buscar empleo en otro Estado miembro.

No obstante, alternativamente, si el trabajador no ha completado los 12 meses de seguro de desempleo en el Estado miembro en el que está empleado en último lugar y tuviera derecho a prestaciones por desempleo en virtud de la legislación nacional de este Estado miembro, sin basarse en el principio de totalización del artículo 6, puede optar por recibir las prestaciones por desempleo de dicho Estado miembro. Esta opción puede convenir a aquellos trabajadores que tienen suficientes cotizaciones en este Estado por períodos anteriores dentro del periodo de tiempo a considerar y que esta opción, por duración o por cantidad, le es más favorable que totalizar los periodos de seguro en el Estado de residencia.

9. Los trabajadores que residían en un Estado miembro distinto del Estado miembro de empleo que les sobreviene una situación de desempleo total y no desean estar o mantenerse disponibles para los servicios de empleo del Estado miembro competente tras haberse registrado en dichos servicios, y desean buscar trabajo en el Estado miembro de residencia o en el Estado miembro en el que haya ejercido su último período de actividad exportando la prestación que están lucrando, no se les exige que deban cumplir con el requisito de estar registrados al menos cuatro semanas en los servicios de empleo del Estado miembro competente, lo que parece lógico, ya que el desempleado ha renunciado a buscar empleo en este Estado.

10. Las modificaciones propuestas en el Reglamento de aplicación también pretende adaptar la nueva regulación del reglamento de base a la regulación del Reglamento de aplicación, mejorando la coordinación entre las distintas instituciones de los Estados miembros facilitando que el Estado competente pueda reconocer y determinar las prestaciones a las que debe hacerse cargo y con la lógica supresión de las normas sobre reembolso de las prestaciones de desempleo entre Estados miembros a consecuencia de las modificaciones del artículo 65 del Reglamento de base, que la hace innecesaria.

11. En síntesis, la propuesta de modificaciones de los reglamento de coordinación en materia de prestaciones de desempleo, aunque ha ganado en algo de claridad en su redactado, sigue sin resolver muchas cuestiones, como es el concepto de residencia, la compatibilidad de la regulación con las previsiones de las legislaciones internas de los Estados miembros y sigue sin reconociese una verdadera libertad de circulación o de trato en materia de Seguridad Social, al menos en lo que respecta a la prestación de desempleo.



# XII. FILOSOFÍA DEL PRINCIPIO DE ACTIVACIÓN EN POLÍTICA DE EMPLEO Y SU INCIDENCIA EN EL ESTADO DE DESEMPLEADO EN LA UNIÓN EUROPEA

M<sup>a</sup> CRISTINA AGUILAR GONZÁLVEZ

*Profesora Contratada Doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Cádiz*

## 1. INTRODUCCIÓN Y MARCO NORMATIVO

Partiendo de la idea, de corte psicológico e incluso de política económica, de que tener empleo es esencial para la felicidad personal y la salud mental de los ciudadanos, y de otras, más o menos recurrentes, como que las políticas públicas han de tender a la consecución de niveles altos de empleo, que han de ser además de calidad, y de la exigencia legítima de una contrapartida a los beneficiarios de prestaciones públicas por desempleo<sup>1</sup>, nuestro estudio se centra, en los arts. 41 y 42 del Texto Refundido de la Ley de Empleo (en adelante TRLE), del Capítulo III, que versan sobre la coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo y desarrollan el art. 36.2 TRLE relativo a la complementariedad entre las políticas activas y pasivas de empleo, que trae su origen asimismo del principio general de política de empleo expuesto en el art. 2,b), y en la Disposición Adicional quinta sobre “vinculación de políticas activas de empleo y prestaciones por desempleo”, en conexión con el art. 265 del Título III del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social (en adelante TRLGSS) dedicado a la protección por desempleo, que describe el contenido de la acción protectora frente al mismo y su ámbito subjetivo de aplicación a nivel europeo e internacional, y del Capítulo VII sobre el Régimen de obligaciones, infracciones y sanciones, los arts. 299 sobre las obligaciones de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo, y el art. 300 sobre el compromiso de actividad (que conecta con el “acuerdo personal de empleo” del art. 29.2 TRLE). A su vez, y en desarrollo del TRLE, hemos de analizar lo dispuesto en el Reglamento 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, como “uno de los elementos vertebradores de la Estrategia Española de Activación para el Empleo” (art. 1, objeto) en tanto que normas esenciales en la materia en nuestro marco normativo nacional<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En el primer sentido expuesto ANSA ECEIZA, M.M., “Empleo y desempleo desde la perspectiva del bienestar subjetivo”, *LanHarremanak*/34 (2016-I), p. 49; según la Encuesta Europea de Valores, el trabajo es considerado un aspecto esencial de la vida de las personas, en p. 56: “la enfermedad del paro”. En el último sentido, véase QUINTERO LIMA, M. G., “La contrapartida como instrumento teórico-práctico de articulación de las políticas activas de empleo y de la protección por desempleo”, *Políticas de empleo*, Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F. (Coordinadores), Aranzadi, 2013, p. 177.

<sup>2</sup> Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo (BOE nº 255, de 24 de octubre); 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 (BOE nº 31, de 5 (...))

En lo que concierne al ámbito de la Unión Europea, en nuestra materia serán de aplicación los artículos 18, 48, 153 y 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)<sup>3</sup>, relativos a la libre circulación por el territorio europeo y a la Seguridad Social, como tendremos ocasión de analizar, así como el Reglamento 883/2004 y su Reglamento de aplicación 987/2009<sup>4</sup>. Enarbolamos como fundamento jurídico de esta parte de nuestro estudio el Considerando 32 del último Reglamento citado: “Para fomentar la movilidad de los trabajadores, resulta especialmente oportuno facilitar la búsqueda de trabajo en los distintos Estados miembros. Por consiguiente, es menester velar por una coordinación más estrecha y eficaz entre los regímenes de seguro de desempleo y los servicios de empleo de todos los Estados miembros”.

Volviendo a nuestro ordenamiento jurídico, ahora desde la perspectiva de políticas actuales de empleo, hemos de enmarcar nuestro estudio en la Estrategia Española de Activación para el Empleo en vigor que, a la fecha de cierre de la redacción de este estudio, debiera ser la prevista para el período 2017-2020 (de momento solo tenemos declaraciones en la web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social en el sentido de su promulgación en el marco del diálogo social); y en el Plan Anual de Política de Empleo en vigor, esto es, el previsto para el 2016 (en adelante PAPE 2016), pendiente de la adopción de la siguiente Estrategia, en tanto que instrumentos para la coordinación y ejecución de las políticas de activación para el empleo en España siguiendo el principio de unidad de mercado, y como marco de referencia compartido a partir del cual los Servicios Públicos de Empleo (en adelante SPEs) deben diseñar y gestionar sus propias políticas; así como en las previsiones contenidas el Programa Nacional de Reformas 2017 (en adelante PNR 2017)<sup>5</sup>.

Es siempre complicado articular un estudio solo en materia de Derecho del Empleo debido a la profusión normativa y de programas en políticas de empleo, tan dinámicas a su vez. En este caso pretendemos ensamblarlo con el Derecho a la Seguridad Social, a fin de analizar la contingencia del desempleo desde la perspectiva de la activación del sujeto que sufre tal situación.

---

de febrero); Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo (BOE nº 31, de 5 de febrero).

<sup>3</sup> DOUE C 202/67, de 7/6/2016.

<sup>4</sup> REGLAMENTO (CE) No 883/2004 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, (DO L 166 de 30.4.2004). A pesar de que se adoptó en 2004, el Reglamento no entró en vigor (de acuerdo con su artículo 91) hasta el 1 de mayo de 2010, en virtud del acto que establece las normas de su aplicación REGLAMENTO (CE) No 987/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) no 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, DOUE L 284, 30.10.2009. Por último, Reglamento (UE) 2017/492 de la Comisión, de 21 de marzo de 2017, que modifica ambos Reglamentos (DOUE de 22-03-2017).

<sup>5</sup> Sobre la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020, “El Gobierno impulsará una agenda integral por la calidad en el empleo en la nueva Legislatura”, <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/2939> (acceso el 30 de mayo de 2017); Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016 (BOE nº 231, de 23 de septiembre); Resolución de 22 de agosto de 2016, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de agosto de 2016, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2016, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (BOE nº 210, de 31 de agosto); PNR 2017, aprobado el 28 de abril, [http://www.empleo.gob.es/es/sec\\_trabajo/analisis-mercadotrabajo/pnr/archivos/Programa\\_Nacional\\_de\\_Reformas\\_2017.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/analisis-mercadotrabajo/pnr/archivos/Programa_Nacional_de_Reformas_2017.pdf).

Es nuestra intención efectuar una doble conexión en el análisis de principio de activación en política de empleo: su presencia en la relación de coordinación obligatoria, establecida por mandato legal (art. 41 TRLE), entre las políticas activas y pasivas de empleo, de un lado; y desde la perspectiva de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea, necesariamente vinculados al Derecho del Empleo y sus políticas, de otro, con lo que se cierra el círculo.

## 2. MANIFESTACIONES DEL “PRINCIPIO DE ACTIVACIÓN” Y SU CARÁCTER PROMOCIONAL

Según la Real Academia de la lengua (RAE), la “activación” es definida como “acción y efecto de activar”; en una acepción en materia de biología, significa “excitación de las neuronas y de sus conexiones sinápticas, causada por una estimulación sensorial”. Desde nuestro enfoque de Derecho del Empleo, podemos hacer una traslación de las acepciones de “acción” y “estimulación” a la persona del desempleado en su arduo camino hacia la reinserción en el mercado de trabajo.

“Activación” es una palabra que se ha ido introduciendo poco a poco en el farragoso mundo de las políticas de empleo, que ha ido haciéndose más visible a nivel político desde que la “Estrategia Española de Empleo”<sup>6</sup> cambió su denominación a “Estrategia Española de Activación para el Empleo” en su edición de 2014. Es un añadido no ausente de sentido si vemos el enfoque global en el que se enmarca dicha Estrategia: la introducción de nuevas herramientas o instrumentos para la activación que se han ido gestando en el ámbito de las políticas de empleo desde las numerosas reformas que se inician en 2010, entre las que destaca la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que inició el proceso de transformación de las políticas activas de empleo desde la base de su complementariedad con las políticas pasivas<sup>7</sup>.

El impulso en favor de la activación lo había dado el Real Decreto-Ley 3/2011 de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, elevando estas últimas a instrumento esencial, junto con la intermediación laboral y las prestaciones del sistema de protección por desempleo (Capítulo I); promulgó el fortalecimiento de los SPEs (Capítulo III); estableció un “catálogo de

<sup>6</sup> Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 (BOE nº 279, de 19 de noviembre).

<sup>7</sup> GARCÍA QUIÑONES, J.C., “Caracterización de las políticas activas de empleo”, *Comentarios a la Ley de Empleo*, Valdés Dal-Ré, F., y Sobrino González, G. (Coordinadores), La Ley, 2012, p. 397, define el proceso como “de hiperactividad legislativa para regular la práctica totalidad de las materias relacionadas con el empleo”: Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; Real Decreto-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo; Real Decreto-Ley 14/2011, de 16 de septiembre, de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y la Ley 3/2012 (mencionada en texto); Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad; Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

servicios a la ciudadanía”, común para los SPEs; y transformó los programas de políticas activas de empleo (Capítulo IV)<sup>8</sup>.

Nuestra Ley de Empleo ofrece en la actualidad una amplia regulación de las políticas activas de empleo, bien sistematizada. Les dedica el Capítulo II del Título III sobre instrumentos de las políticas de empleo, tras haber regulado la intermediación laboral: da el concepto (art. 36), define los principios generales a los que han de responder (art. 37), especifica su desarrollo en atención a los Ejes de la Estrategia Española de Activación para el Empleo y desde el diseño y ejecución conjunta por parte de las Comunidades Autónomas y el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) (art. 38), y establece la evaluación continuada de las mismas, anualmente por el Gobierno (art. 39).

La conexión entre las prestaciones por desempleo y la política de empleo goza de gran tradición en la OIT. Por su parte, la UE desde la Cumbre de Luxemburgo en 1997 ya tenía como prioridad la activación de las personas desempleadas, y desde aquellas primeras orientaciones de las políticas de empleo de los Estados miembros se perfilaba la conexión de las medidas activas con las medidas pasivas, apelando a la mejora en el funcionamiento de los SPEs. En la actualidad, en el marco de la Estrategia Europa 2020: “Los Estados miembros deben reforzar las políticas activas del mercado laboral aumentando su eficacia,...e interacción con las medidas pasivas, acompañadas de derechos y responsabilidades para que los parados busquen activamente empleo”..... “Los Estados miembros deben aspirar a que los SPEs sean mejores y más eficaces a fin de reducir y acortar el desempleo, ofreciendo servicios personalizados a los solicitantes de empleo....., y fomentar la empleabilidad invirtiendo en capital humano”. (Orientación nº 7 de las directrices anuales de empleo en vigor, sobre “mejorar el funcionamiento de los mercados de trabajo”)<sup>9</sup>.

Tras las manifestaciones normativas y entroncando con su carácter promocional nos ponemos en situación: se está buscando la manera de reintegrar a la persona desempleada en el mercado de trabajo; lo que a su vez significará que deja de percibir prestaciones de desempleo. Para ello ha de darse una combinación de actuaciones tanto de parte del propio sujeto que sufre la contingencia del desempleo, responsable de su propia activación porque va a depender de su actitud personal y nivel de implicación, como por parte del Sistema Nacional de Empleo que, a través de sus Servicios Públicos de Empleo o agencias de colocación que colaboren en la gestión de dicho servicio público<sup>10</sup>, habrá de ofrecerle medidas de acompañamiento en el tránsito hacia el

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., “La modernización del Sistema Nacional de Empleo español: un reto en ciernes”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 41, 2015, p. 21 y ss. En esta línea, “Son útiles los Servicios Públicos de Empleo en España”, [http://www.eldiario.es/cv/arguments/utiles-servicios-publicos-empleo-Espana\\_6\\_647495250.html](http://www.eldiario.es/cv/arguments/utiles-servicios-publicos-empleo-Espana_6_647495250.html) y “Bruselas urge a España a corregir las "importantes ineficiencias" en políticas activas de empleo”, <http://www.elmundo.es/economia/2016/10/31/58163b6b268e3e6c3c8b45b8.html> (acceso el 27 de mayo de 2017).

<sup>9</sup> CONSEJO, Decisión (UE) 2015/1848, de 5 de octubre, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2015 (DOUE L 268/28, de 15 de octubre), de aplicación por remisión a la misma en el art. 1 de la Decisión (UE) 2016/1838, de 13 de octubre, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros en 2016 (DOUE L 280/30, de 18 de octubre).

<sup>10</sup> AGUILAR GONZÁLVEZ, M.C., “La colaboración público-privada en la intermediación laboral en España”, *Cambios en la intermediación laboral y nuevos retos para el emprendimiento y el empleo* (...)

empleo: La situación de desempleado genera por tanto obligaciones recíprocas que provoca el camino hacia un reequilibrio del welfare activo<sup>11</sup>.

El ordenamiento italiano estableció el principio de la condizionalità di servizi e deisussidi, que atribuye un papel activo al desempleado en su labor de reinserción profesional, basado en la corresponsabilidad del interesado y de los SPEs, y exige una actitud activa por parte de ambos implicados: “la contrapartida” entendida como contraprestación o compensación por lo que se recibe<sup>12</sup>.

La activación se apoya en la máxima Make work pay, propia de las reformas del Welfare; “hacer que trabajar sea rentable”, e impedir de este modo la pasividad del desempleado, incentivándolo en la búsqueda de empleo<sup>13</sup>.

Por su parte pueden predicarse como funcionalidades a las que responde la prestación económica por desempleo, su concepción de renta sustitutiva del salario, esto es, una garantía económica temporal; un ejercicio de solidaridad y redistribución de rentas, debido a que es la situación del mercado de trabajo la que impide el acceso y permanencia en el mismo y que se materialice así el derecho al trabajo del 35 Constitución española; permite que la persona desempleada no comprometa su cualificación profesional, teniendo que aceptar cualquier oferta de trabajo ante la inminente carencia de rentas para poder vivir; asimismo, desde la perspectiva colectiva, reduce los conflictos en los supuestos de extinciones involuntarias derivadas de reestructuraciones empresariales o causas objetivos de tipo económico, técnico, organizativo o de producción<sup>14</sup>.

Lo cierto es que pareció como si, de repente, de forma visible en política de empleo, desde 2012 (presente desde mucho antes en la legislación de Seguridad Social) todo pasara por activar al desempleado para que consiguiera salir de su situación, pero también para justificar el cobro de su prestación; recordemos no obstante que, al menos en las primeras fases de su estado, dicha medida de política pasiva deriva de lo previamente cotizado por tal concepto, esto es, su prestación constituye la contrapartida a su previa contribución económica al sistema.

Las elevadas tasas de desempleo en nuestro país y la situación de recesión económica que no genera empleo hacen que haya que proteger, no solo la contingencia de desempleo generada por la pérdida del puesto de trabajo, sino la situación de “no

---

decente España, Uruguay, Portugal, Brasil, Italia, Perú, Mella Méndez, L. (Dir.), Sierra Benítez, E.M. (Coord.), Peter Lang, 2017.

<sup>11</sup> ALAIMO, A., “Politiche attive del lavoro, patto di servizio e “strategia delle obbligazioni reciproche”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 139, 2013, p. 507. En p. 508, señala como modelos de *welfare* a seguir, a pesar de la crisis, los de Noruega y Dinamarca. Afirma que el modelo europeo se ha visto influenciado por el estadounidense

<sup>12</sup> QUINTERO LIMA, M. G., “La contrapartida como instrumento teórico-práctico de articulación de las políticas activas de empleo y de la protección por desempleo”, *op. cit.*, p. 179.

<sup>13</sup> Por su parte, ANSA ECEIZA, M.M., “Empleo y desempleo desde la perspectiva del bienestar subjetivo”, *op. cit.*, p. 72, señala como una de las conclusiones de su estudio que “las personas prefieren trabajar que recibir subsidios”; no se ha encontrado evidencia acerca del nexo causal entre subsidios generosos y altos niveles de paro en áreas geográficas determinadas.

<sup>14</sup> SARAGOSSÀ SARAGOSSÀ, J. V., “La coordinación entre las políticas activas de empleo y la protección económica frente al desempleo”, *Comentarios a la Ley de Empleo*, Valdés Dal-Ré, F. y Sobrino González, G. (Coordinadores), La Ley, 2012, p. 534-535.

empleo” en la que viven personas dispuestas a incorporarse de forma inmediata al mercado<sup>15</sup>.

La Estrategia Española de Activación para el Empleo para el período 2014-2016, previó la aprobación, entre otros Reglamentos (dedicado a empleo y otro en materia de Formación Profesional para el Empleo), del que regulase la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo. Estos Reglamentos «determinarán los contenidos o requisitos comunes mínimos que serán de aplicación en todo el territorio del Estado para los programas y servicios de políticas de activación para el empleo». Desde la promulgación de este Reglamento, todos los SPEs han de ofertar para sus usuarios (desempleados, ocupados y empresas, art. 5), un servicio de orientación profesional, un servicio de colocación y de asesoramiento de empresas, un servicio de formación y cualificación para el empleo, y un servicio de asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento (art. 7). Bien es cierto que falta la implantación de los Protocolos de desarrollo de la Cartera Común de Servicios con las CC.AA., medida que está prevista en el PNR 2017 (p. 41), pero sí que están diseñados los métodos y procedimientos de acompañamiento a los desempleados en su transición al empleo.

Según el art. 4.1,i) Reglamento 7/2015 que regula la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, “la activación para el empleo”, mediante el refuerzo de la vinculación entre las políticas activas y pasivas de empleo es uno de los principios/instrumentos en la aplicación de los servicios del Sistema Nacional de Empleo. Por su parte, el art. 12 recoge las actuaciones de activación de los solicitantes y beneficiarios de las prestaciones por desempleo, refiriéndose a las de carácter transversal, tales como la inscripción como demandantes de empleo, la elaboración de un itinerario personalizado para el empleo, y el asesoramiento y acompañamiento en la realización de las actividades comprendidas en la Cartera Común de Servicios; incluye asimismo el “apoyo cualificado” a los usuarios perceptores de prestaciones en el cumplimiento de su compromiso de actividad, debiendo los SPEs facilitar el acceso “al conjunto de las políticas de activación de empleo” mientras el mismo esté en vigor.

Por tanto, la primera manifestación fáctica de la activación es la inscripción como demandante de empleo<sup>16</sup>; inscripción que deberá mantener, junto con la búsqueda activa de empleo, la aceptación de la colocación adecuada que le sea ofrecida, y la participación en acciones formativas, en tanto que obligaciones derivadas de tal acto, según el art. 299 TRLGSS. La primera actuación implica intermediación laboral, un servicio público que constituye el primer instrumento de política de empleo; al que siguen las medidas de política activa de empleo, y por este orden figuran reguladas en la Ley de Empleo. En todo caso el TRLE, en su art. 41.3, responsabiliza a las Administraciones Públicas competentes en la gestión de la intermediación laboral y de las políticas activas de empleo, esto es, a los Servicios Públicos Autonómicos de

<sup>15</sup> Nos ha gustado cómo lo expresa QUINTERO LIMA, M. G., “La contrapartida como instrumento teórico-práctico de articulación de las políticas activas de empleo y de la protección por desempleo”, op. cit., p. 179. Por su parte GARCÍA QUIÑONES, J.C., “Caracterización de las políticas activas de empleo”, op. cit., p. 400, precisa que incluso en el supuesto de personas ocupadas, la incertidumbre actual acerca del mantenimiento en el empleo “legitima la existencia de una responsabilidad compartida entre los poderes públicos y las propias personas afectadas para mejorar las posibilidades”.

<sup>16</sup> MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, Portal de Empleo “Empléate”, <https://www.empleate.gob.es/empleo/#/>

Empleo (SPE.CC.AA.) que, con la excepción de Ceuta y Melilla, han recibido el traspaso de tales competencias.

La finalidad de la activación no es otra que la mejora de la empleabilidad<sup>17</sup>, expresión utilizada en el principio general de estas políticas relativo al tratamiento individualizado y especializado para los desempleados, en el art. 37.1,a TRLE; en el art. 8.1, párr. 2º Reglamento 7/2015 que regula la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo al definir la finalidad del Servicio de Orientación Profesional; y en su art. 9.2,b), al describir las actividades del Servicio de Colocación incluye la actividad de “información y asesoramiento a empresas sobre la contratación y las medidas de apoyo a la activación”.

La mejora de la empleabilidad puede consistir en un redireccionamiento hacia el autoempleo, esto es, en la puesta en marcha de una iniciativa empresarial como forma de salida de la situación de desempleo (principio general del art. 37.1.c), justa causa para solicitar una capitalización del desempleo desde su enfoque como medida de fomento del empleo<sup>18</sup>. Responde a ello el objetivo estratégico E en el PAPE 2016: “Impulsar el emprendimiento como parte inseparable de la activación y recuperación del empleo”.

Por su parte, la Estrategia Española de Activación para el Empleo para el período 2014-2016, de entre los principios que habrán de seguir todas las actuaciones de los Servicios Públicos de Empleo en materia de políticas activas de empleo y de intermediación laboral, el séptimo se refiere a “la protección ante el desempleo a través, no solo del derecho a la prestación económica, sino de la promoción de la activación y reinserción de los demandantes, reforzando la vinculación entre las políticas activas y pasivas de empleo, como aspectos complementarios de la misma política de protección frente al desempleo”, elevando tal vinculación a objetivo estratégico.

En el marco de la Estrategia, de los cinco objetivos estratégicos del PAPE 2016, “reforzar la vinculación de las políticas activas y pasivas de empleo” figura en el apartado D. Ello tras haberse referido a los Programas específicos en los que se lleva a la práctica el principio, recogidos en el apartado B, que tienen como finalidad favorecer la empleabilidad de colectivos específicos afectados por el desempleo.

Por tanto, desde estos fundamentos jurídicos del principio de activación y su coordinación con las políticas pasivas se llega a su materialización en las distintas figuras propias de las políticas de empleo, tales como los “trabajos” de colaboración social (art. 299,f TRLGSS, que devienen obligatorios para los perceptores de

---

<sup>17</sup> Distingue los términos “ocupabilidad” y “empleabilidad”, QUINTERO LIMA, M. G., “La contrapartida como instrumento teórico-práctico de articulación de las políticas activas de empleo y de la protección por desempleo”, op. cit., p. 182, en nota 7: la ocupabilidad es predicable de quien está en situación de desempleo, mientras que la empleabilidad se ha de circunscribir a la figura del trabajador en activo. El art. 300 TRLGSS se refiere a mejora de la ocupabilidad, del mismo modo que el art. 42.2 TRLE. SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, “Mejora de la empleabilidad y acceso al empleo”, <http://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaycomercio/sae/areas/mejora-empleabilidad.html>

<sup>18</sup> Art. 296.3 TRLGSS; prevista como medida de fomento de empleo en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE nº 298, de 13 de diciembre).

prestaciones por desempleo; hasta su derogación estaban regulados en la Ley Básica de Empleo de 1980, constituyendo ello una muestra de la temprana protección por desempleo integrada en la política de empleo) a los que en ocasiones la Administración Pública ha recurrido de forma abusiva<sup>19</sup>, la antes mencionada capitalización de la prestación del desempleo, así como los distintos programas temporales de fomento del empleo previstos para desempleados: Renta Activa de Inserción (RAI), Programa de Recualificación Profesional para personas que agoten el desempleo (PREPARA), Programa de Activación para el Empleo (PAE), Programa de Acción Conjunta para la Mejora de la Atención a las Personas Paradas de Larga Duración<sup>20</sup>. Son todos ellos Programas consistentes en ayudas extraordinarias para desempleados de larga duración, en ocasiones con responsabilidades familiares, una vez que han agotado el subsidio que les corresponda, previstos hasta que la tasa de desempleo nacional se reduzca. Téngase en cuenta que, por ejemplo, el PAE permite compatibilizar la percepción de la ayuda con la realización de un trabajo por cuenta ajena hasta de 5 meses de duración. Resulta interesante el que llegan a un nivel de precisión tan necesario que especifican las actuaciones que se reconocen como “búsqueda activa de empleo”, de realización obligatoria, en un número determinado, para mantenerse en el Programa (art. Dos Real Decreto-ley 7/2017, de 28 de abril que prorroga el último Programa mencionado).

Los recursos económicos que harán factibles las políticas activas de empleo serán gestionados por los SPEs, en seguimiento de los programas previstos en los PAPEs, que como sabemos habrán de estar a su vez integrados en los Ejes de la Estrategia Española de Activación para el Empleo (art. 36.3 y 21.2 TRLE, sobre la distribución de fondos a las CC.AA.)<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Véase al respecto, LÁZARO SÁNCHEZ, J.L., “El cambio en la interpretación de la temporalidad de los trabajos de colaboración social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Trabajo y Derecho* 4/2015. VV.AA., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., “El polémico retorno de los contratos temporales de colaboración social”, *Justicia Laboral*, 2014. QUINTERO LIMA, M. G., “La contrapartida como instrumento teórico-práctico de articulación de las políticas activas de empleo y de la protección por desempleo”, op.cit., p. 182 y ss.

<sup>20</sup> RD 1369/2006, 24 noviembre, para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo (BOE nº 290, de 5 de diciembre); Resolución del SEPE, de 1 de febrero de 2017, (BOE, n.º 40, de 16 de febrero de 2017), por el que se prorroga la vigencia del programa de recualificación profesional a personas que agoten el desempleo; R.D. Ley 16/2014, de 19 de diciembre (B.O.E. n.º 307, de 20 de diciembre), prorrogado en virtud del Real Decreto-ley 7/2017, de 28 de abril, por el que se prorroga y modifica el Programa de Activación para el Empleo (BOE nº 102, de 29 de diciembre); Programa de Acción Conjunta para la Mejora de la Atención a las Personas Paradas de Larga Duración, <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/021216-enlaceparados.aspx>

<sup>21</sup> La Secretaría de Estado de Empleo gestionará 25.136 millones de euros en 2017, <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/mempleo/Paginas/2017/260417-secretaria.aspx> (acceso 29 de abril 2017). Los Presupuestos incluyen una partida de 5.575 millones de euros destinada a políticas activas de empleo, lo que supone un 6,36 % más que en el año 2016; y está previsto destinar 18.027 millones de euros para las prestaciones por desempleo en 2017. Según Juan Pablo Riesgo, Secretario de Estado de Empleo, “este presupuesto va a permitir el diseño de políticas de activación más eficaces y eficientes que, acordadas en el marco del diálogo social y recogidas en la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020, faciliten el acceso a nuevas oportunidades y hagan más cortos los tiempos de transición del desempleo al empleo”. *LXIV Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales*, “Empleo distribuye 1.893,3 millones de euros a las comunidades autónomas para políticas activas de empleo, un 5 % más que en 2016”, 11 abril 2017, <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/mempleo/Paginas/2017/110417lxivco-nfsect.aspx>. “Empleo distribuirá este año casi 1.900 millones entre las CC.AA. para políticas activas de (...)”

Por último, el carácter promocional de la activación se materializa, desde el Derecho del Empleo, en la figura del “acuerdo personal de empleo” que, con una denominación aparentemente más *soft* que la del instituto propio de la protección por desempleo, “compromiso de actividad” determina el inicio de la ejecución del “itinerario individual y personalizado de empleo” descrito en el art. 29 TRLE, que la persona desempleada habrá de seguir una vez que se haya inscrito como demandante de empleo, sea o no beneficiario de prestación económica alguna: “La elaboración de estos itinerarios se extenderá a toda la población desempleada” (último inciso del punto 1 del citado art. 21). Ambas figuras son asimismo complementarias y la obligatoriedad, antes mencionada, en el diseño de tales itinerarios por parte de los SPEs, trae su razón de ser en la eficacia buscada en la vinculación con las políticas pasivas en la protección del desempleo.

### 3. EL “COMPROMISO DE ACTIVIDAD” COMO COMPONENTE OBLIGATORIO-SANCIONADOR

Como hemos señalado, la activación o las políticas encaminadas a tal objetivo, en la acepción más actual, funcionan como la contrapartida a la protección económica frente al desempleo, cimentada en la exigencia de responsabilidad a quien sin estar trabajando, esto es, no contribuyendo al sostenimiento del sistema económico, percibe una renta sustitutiva del salario: el ser sujeto protegido por el sistema público de Seguridad Social (art. 41 Constitución española), exige al beneficiario una serie de comportamientos encaminados a paliar tal condición<sup>22</sup>.

Se observa por tanto un interesante cambio de enfoque desde la reforma laboral de 1997, que introdujo el concepto de activación en el ámbito de la Seguridad Social, vinculado al modelo tradicional de políticas activas de empleo vigente en los países del norte de Europa, basados en la participación de los trabajadores en programas de activación no como deber sancionable, sino porque generaba oportunidades de empleo, insistiendo en el interés por aumentar el nivel formativo como paso previo a la búsqueda de empleo. Cambia también la perspectiva en nuestra regulación actual porque no está enfocado hacia el empleo como objetivo a alcanzar a corto plazo, sino que se enfatiza en transiciones laborales duraderas como una perspectiva a largo plazo<sup>23</sup>.

Definido en el art. 300 TRLGSS, el compromiso de actividad es firmado, no solo por el solicitante o beneficiario de las prestaciones por desempleo sino incluso por los trabajadores y de este modo se obliga a seguir todas las actuaciones de activación que regula el artículo anterior del mismo texto normativo y las que en este caso expresadas desde la perspectiva del usuario, prevé la Cartera de Servicios Comunes de los SPEs: búsqueda activa de empleo, aceptar una colocación adecuada (descrita en el art. 301 TRLGSS, y con la plena disponibilidad que señala el art. 41.2 TRLE), participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional. Y no solo debe estar interesado en seguirlas y hacerlo, sino que

---

empleo”, <http://www.expansion.com/economia/politica/2017/04/11/58ecd587268e3e91568b45ac.html> (acceso el 31 de mayo de 2017).

<sup>22</sup> En este sentido QUINTERO LIMA, M. G., “La contrapartida como instrumento teórico-práctico de articulación de las políticas activas de empleo y de la protección por desempleo”, *op.cit.*, p. 1.

<sup>23</sup> SARAGOSSÀ SARAGOSSÀ, J. V., “La coordinación entre las políticas activas de empleo y la protección económica frente al desempleo”, *op. cit.*, p. 527.

debe acreditar ante los SPEs la realización de estas actuaciones en favor de la mejora de su “ocupabilidad” (como dice literalmente dicho artículo).

Pues bien, como ya hemos mencionado, el compromiso de actividad se ensambla con el “acuerdo personal de empleo”, regulado en el art. 29.2 TRLE, contenido del primero y en virtud del cual derivan obligaciones para sus dos titulares: de una parte, la persona beneficiaria del itinerario individual y personalizado de empleo se compromete a participar activamente en las acciones para la mejora de su empleabilidad, entendida como búsqueda activa de empleo o como la puesta en marcha de una iniciativa empresarial; de otra, el SPE planificará las acciones y medidas necesarias. Es un *do ut des*.

Es más, el propio art. 299,c) TRLGSS, al enumerar las obligaciones de los trabajadores, solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo, reenvía al art. 41 TRLE cuando se refiere a las obligaciones previas o simultáneas a la firma del compromiso de actividad: “inscribirse como demandante de empleo”, además mantener la inscripción en el SPE, la suscripción del compromiso de actividad, cuyo cumplimiento habrá de hacerse en los términos indicados por la Ley de Empleo”, que a su vez reenvía al texto normativo en materia de Seguridad Social e indica que las exigencias de dicho compromiso “quedarán recogidas en el documento de renovación de la demanda”.

De la redacción de la norma pudiera pensarse que el compromiso de actividad se entiende firmado, de forma voluntaria, en el momento en que el desempleado se inscribe en los SPEs como demandante de empleo (el art. 300 TRLGSS se refiere a “el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones”),pero deviene obligatorio en el caso en que solicite las prestaciones; es más, tal solicitud implica la suscripción del compromiso y lo fecha (art. 41.2 TRLE): de aquí deviene el carácter promocional de la activación del desempleado, la “contrapartida exigible” aparece en el momento en que se produce la combinación obligatoria con las políticas pasivas de empleo, esto es, cuando el desempleado es beneficiario de prestaciones o subsidios, o porque se acoja a un Programa “de fomento del empleo”, a lo que está obligado según el art. 299,f) TRLGSS, de cumplir los requisitos por él exigido.

Resulta cuando menos curiosa la dispensa prevista en el art. 299, e) TRLGSS para los beneficiarios de prestaciones contributivas, a quienes se les permite no seguir el itinerario de inserción en los primeros treinta días de percepción, sin consecuencias sancionadoras. Es la concesión de un “período de relax” en las tareas de activación que ha de realizar la persona desempleada para la mejora de su empleabilidad, y en la “contraprestación debida”, en una aplicación temporal del principio non bis in ídem, habiendo cotizado previamente.

Por su parte, la firma del “acuerdo personal de empleo”, origina la realización del itinerario personalizado de inserción diseñado por el Servicio de Orientación Profesional, que consistirá en la selección de las acciones de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo acordes con las necesidades del desempleado (art. 8 Reglamento 7/2015). Se pronuncia asimismo en este sentido el art. 29.1 TRLE.

El servicio de acompañamiento en el tránsito hacia el empleo exige la existencia de la figura del agente de empleo, denominado “tutor u orientador” (art. 8.2.c Reglamento

7/2015), cuya actuación empieza en la primera entrevista al desempleado, en función de la cual podrá diseñar el itinerario a seguir, tras la firma de dicho acuerdo.

Queda claramente establecido que una vez firmado el compromiso de actividad, el demandante de empleo-usuario de los SPEs debe seguir el itinerario personalizado para el empleo. Dicho itinerario, como venimos indicando, se configura como un derecho para las personas desempleadas y una obligación para los SPEs (Preámbulo y art. 5.2 Reglamento 7/2015).

El componente obligatorio-sancionador al que nos referimos en el título de este apartado se manifiesta, de un lado, por lo que respecta al acuerdo personal de empleo, en el art. 8.2.b Reglamento 7/2015 que regula la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, porque de su firma, en el itinerario personalizado para el empleo que es diseñado como consecuencia del mismo, se incluyen los elementos de verificación y seguimiento del mismo, lo que permitirá evaluar el grado de cumplimiento que realiza el destinatario; de otro, en relación al compromiso de actividad, más amplio que el primero, onmicomprensivo, en el art. 41.4 TRLE, que atribuye a los SPE.CC.AA. la competencia para verificar el cumplimiento de las obligaciones, incluida la de mantenerse inscritos, e incluso de sancionar, en cuyo caso deberán a continuación comunicarlo al SEPE.

No podemos dejar de mencionar que el sistema se complica en atención al reparto de competencias entre SEPE y SPE.CC.AA.; tanto al estar involucradas distintas Administraciones Públicas territoriales, como también al tener que intervenir en ocasiones los Servicios Sociales, cuando las personas desempleadas son discapacitadas o pertenecen a los colectivos en exclusión social<sup>24</sup>. A esta complicación atiende el siguiente artículo de la Ley de Empleo, que versa sobre la cooperación y colaboración entre los SPEs que gestionan las políticas activas, los de las CC.AA. y el SEPE, en quien reside la competencia de la protección económica frente al desempleo, a través de acuerdos y convenios de colaboración que pueden financiar los programas de fomento del empleo antes mencionados, y los programas de formación profesional para el empleo (art. 42 TRLE).

Pero volviendo a nuestra argumentación, el incumplimiento del acuerdo personal de empleo supondrá el del compromiso de actividad si el sujeto activo es un desempleado beneficiario de prestaciones y subsidios por desempleo, y en todo caso provocará la aplicación de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante LISOS)<sup>25</sup>, según el art. 29.3 TRLE.

Por establecer un paralelismo con un ordenamiento que nos es afín en repetidas ocasiones, el *patto di servizio* en el ordenamiento italiano empieza a gozar de visibilidad

<sup>24</sup> ALAIMO, A., “Politiche attive del lavoro, patto di servizio e “strategia delle obbligazioni reciproche”, *op. cit.*, p. 510, añade como complicaciones la exigibilidad a los SPEs de los niveles esenciales de las prestaciones y las condiciones de adquisición y pérdida del estado de desempleado. En el sentido expuesto QUINTERO LIMA, M. G., “La contrapartida como instrumento teórico-práctico de articulación de las políticas activas de empleo y de la protección por desempleo”, *op.cit.*, p. 179. Fortaleciendo la coordinación entre los servicios de empleo y los servicios sociales en España: experiencias y nuevas oportunidades, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=88&eventsId=1153&furtherEvents=yes>

<sup>25</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE nº 189, de 8 de agosto).

con motivo de la necesidad de renovar las políticas activas en 2012 (como en el caso español), si bien desde 2007 venía siendo considerado como un instrumento de gestión adoptado por los Servicios de Empleo para la aplicación de aquellas. En 2008 evolucionó su concepción y fue más allá de un mero instrumento de gestión, pasando a constituir la relación jurídica previdencial, puesto que desde su suscripción por los interesados se desarrollaban las *ammortizzatori sociali*. En 2009, bastaba la declaración de disponibilidad inmediata para trabajar o un seguimiento de un itinerario de recualificación profesional. En la reforma Monti-Fornero, en virtud de la Ley n. 92 de 28 de junio de 2012, vuelve a aparecer este instituto con las características más ligeras de instrumento de política activa, sin que el legislador nacional aportara su definición, dejándolo a las normativas regionales y locales en las que figura con distintas denominaciones, muy gráficas en cuanto a su intencionalidad (*patti di servizio integrati, patti per la ricerca occupazionale, piani di intervento personalizzati, progetti di azione individuale, piani individuali di inserimento lavorativo*), y que precisan el momento de su firma: en la primera entrevista de orientación. Incluso algunas de estas normativas invocan la figura del “tutor” (importado del *personal advisor* inglés) con quien el usuario-desempleado pueda relacionarse mientras esté vinculado al centro de empleo, relación que se perderá si se incumple el *patto*, tal y como figura previsto en la mayoría de las normativas regionales que lo regulan.

Estamos hablando por tanto de un *patto* del que derivan una serie de derechos y obligaciones en la relación que establece entre los SPEs y los desempleados, debiendo estar firmado por ambas partes (no solo por los segundos como si de una declaración unilateral se tratase); relación que habrá de ser equilibrada en el sentido de previsión de deberes y sanciones, tanto para el desempleado, como para los SPEs que incumplan sus obligaciones, cuestiones que en la actualidad se encuentran reguladas en los arts. 21-22 D. Lgs. 14 settembre 2015, n. 150, *Disposizioni per il riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive*<sup>26</sup>.

Al margen de entrar en la cuestión de la naturaleza jurídica de dicho *patto*, la pérdida del estado de desempleado que generará su incumplimiento contractual, no se aprecia en el ordenamiento italiano compensado con las consecuencias de la falta de activación por parte de los SPEs de las medidas de política activa previstas en el mismo<sup>27</sup>.

Ello nos lleva a plantearnos brevemente la interesante cuestión de las previsiones normativas al respecto en nuestro ordenamiento jurídico, es especial después de lo dispuesto en el art. 29.3 TRLE: resulta fácil localizar las infracciones en las que incurren los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, siendo tipificadas como leves el no comparecer, previo requerimiento, ante los SPEs o las agencias de colocación (art. 17.1,a LISOS); no devolver en plazo, salvo causa justificada, a los SPEs o, en su caso, a las agencias de colocación, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por aquéllos

<sup>26</sup> D. Lgs. 14 settembre 2015, n. 150, *Disposizioni per il riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 10 dicembre 2014*, n. 183 (conocida como *Jobs Act*), art. Decreto legislativo n. 185, del 24 settembre 2016, contenente disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi n. 81, 148, 149, 150 e 151 del 2015, di attuazione del *Jobs Act* (Gazzetta Ufficiale n. 235 del 7 ottobre 2016).

<sup>27</sup> ALAIMO, A., “Politiche attive del lavoro, patto di servizio e “strategia delle obbligazioni reciproche”, *op. cit.*, pp. 511-514.

(apartado b); no cumplir las exigencias del acuerdo personal de empleo, salvo causa justificada, siempre que la conducta no esté tipificada como otra infracción leve o grave en este artículo (apartado c). Constituyen infracciones graves (art. 17.2) rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por los SPEs o por las agencias de colocación, o negarse a participar en programas de empleo, incluidos los de inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo causa justificada, ofrecidos por los servicios públicos de empleo. Será una infracción muy grave la no aplicación o la desviación en la aplicación de las ayudas de fomento del empleo percibidas por los trabajadores, así como la connivencia con los empresarios y los beneficiarios de las ayudas y subvenciones, para la acreditación o justificación de acciones formativas inexistentes o no realizadas. Por otra lado, entre las infracciones en materia de Seguridad Social figuran asimismo tipificadas las infracciones de los solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, o de trabajadores por cuenta propia solicitantes o beneficiarios de la prestación por cese de actividad: el art. 24.3, c) LISOS tipifica como infracciones leves el no cumplimiento de las exigencias del compromiso de actividad, y no cumplir el requisito, exigido para la conservación de la percepción de la prestación, de estar inscrito como demandante de empleo (art. 24.4, b); constituyen infracciones graves rechazar una oferta de empleo adecuada o negarse a participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, incluidos los de inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional (art. 25.4,a) y b) LISOS); es una infracción muy grave la no aplicación o la desviación en la aplicación de las prestaciones por desempleo, que se perciban según lo que establezcan programas de fomento de empleo (art. 26.4 LISOS).

Nos planteamos cuáles son las sanciones a aplicar a los SPEs cuando incumplen las exigencias que de la firma del acuerdo personal de empleo y del compromiso de actividad derivan<sup>28</sup>. En la cuestión que nos ocupa encontramos la declaración contenida en el art. 29.4 TRLE en el sentido de que los SPEs serán responsables de la realización, seguimiento, evaluación y posible redefinición de los itinerarios personalizados de empleo. Como servicio público en que consisten tales actuaciones, aun cuando su ejecución sea realizada por las entidades colaboradoras, la responsabilidad final por la prestación del servicio recaerá sobre los Servicios Públicos.

Al margen de la exigencia de responsabilidades, asimismo el art. 15 del Reglamento 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo establece que se someterá a evaluación periódica, y en función de los resultados de la misma se actualizarán los servicios, si así lo aprobara el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Resulta interesante la previsión de evaluación del cumplimiento de objetivos de los SPEs a través de indicadores, que cada año se incluirán en los PAPEs, siendo digna de mención esta evaluación del cumplimiento de objetivos, que no estaba prevista en la Estrategia Española de 2012-2014.

<sup>28</sup> [https://www.sepe.es/contenidos/personas/prestaciones/quiero\\_cobrar\\_paro/obligaciones\\_infracciones\\_sanciones.html](https://www.sepe.es/contenidos/personas/prestaciones/quiero_cobrar_paro/obligaciones_infracciones_sanciones.html)

#### 4. ENCUADRAMIENTO Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ACTIVACIÓN VINCULADO A LAS MEDIDAS DE POLÍTICA PASIVA DE EMPLEO, EN LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea implica en relación a la contingencia “desempleo”, la garantía de la acción protectora en toda su extensión. Ello se traduce en que las políticas activas diseñadas en cada Estado miembro habrán de ser aplicadas al desempleado europeo o perteneciente a los países del Espacio Común Europeo<sup>29</sup> residente en el mismo, en cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación en razón de la nacionalidad (art. 18 TFUE), fundamento de la libre circulación en el territorio de la Unión Europea.

¿Qué supone lo antes expuesto? Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, el art. 265.2 TRLGSS describe dicho concepto ampliado de lo comprendido en la acción protectora frente al desempleo, que incluye las acciones de formación, orientación, reconversión e inserción profesional en tanto medidas de fomento del empleo, y en su punto 3 establece que, en la forma prevista en las normas de la UE o en los convenios correspondientes, los trabajadores que provengan de los países miembros del Espacio Económico Europeo o de los países con los que exista un convenio, obtendrán las prestaciones por desempleo.

Ello nos remite al análisis del nivel Unión Europea: No existe normativa ni protección específica en materia de desempleo, sino que cada Estado regula su propio sistema de Seguridad Social, y solo en aplicación del principio de subsidiariedad reconocido en el art. 153 TFUE la UE puede intervenir regulando para alcanzar los objetivos del art. 151<sup>30</sup>. Desde el Derecho Primario funcionan asimismo como fundamentos jurídicos en la materia los arts. 48 y 352 TFUE<sup>31</sup>; en virtud del primero, y para paliar lo que sería un obstáculo de gran relevancia en el ejercicio del derecho fundamental a la libre circulación, se adoptarán a nivel Unión Europea las medidas necesarias que ofrezcan un sistema que garantice a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, tanto la acumulación de todos los períodos de carencia que, según las distintas legislaciones nacionales, le permitan adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; y el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Acuerdo firmado el 13 de diciembre de 1993 entre las Comunidades Europeas y los Estados pertenecientes a la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). La AELC está integrada por los Estados miembros de la Unión Europea y Noruega, Islandia y Liechtenstein. Les es de aplicación los Reglamentos Comunitarios sobre coordinación en materia de Seguridad Social [art. 90.1.c) Reglamento (CE) núm. 883/2004].

<sup>30</sup> Muy ilustrativo, “Cobertura de Seguridad Social en el extranjero”, en concreto, “desempleo”, [http://europa.eu/youreurope/citizens/work/unemployment-and-benefits/unemployment/index\\_es.htm](http://europa.eu/youreurope/citizens/work/unemployment-and-benefits/unemployment/index_es.htm) (acceso 14 de abril de 2017).

<sup>31</sup> Por su parte el artículo 352.1 TFUE prevé: “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”; sin que pueda conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando los Tratados excluyan dicha armonización (punto 3).

<sup>32</sup> Hasta tal punto es exigible dicha garantía, que el párrafo 4º del art. 48 TFUE prevé: “Cuando un miembro del Consejo declare que un proyecto de acto legislativo de los previstos en el párrafo primero perjudica a (...)”

Entre dichas medidas europeas, y teniendo en consideración que, al igual que en política de empleo, desde el ámbito de la Unión Europea en materia de Seguridad Social solo es posible la coordinación, nunca la armonización, destaca el Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, cuyo ámbito de aplicación material específica que se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de Seguridad Social relacionadas con, entre otras, las prestaciones de desempleo (art. 3.1.h.). Por su parte, según el art. 11.3.c) la persona que reciba una prestación de desempleo de conformidad con el artículo 65 en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia, estará sujeta a la legislación de dicho Estado miembro<sup>33</sup>.

En la materia de vinculación entre medidas de políticas activas y pasivas, si bien algo indirectamente, apelando a las instituciones implicadas, es clave lo dispuesto en el art. 64 Reglamento 883/2004 sobre desplazamiento de desempleados a otro Estado miembro para buscar trabajo, siendo siempre ésta la causa del desplazamiento, si es beneficiario de prestaciones por desempleo; esto es, para que el desempleado conserve su derecho a cobro “de las prestaciones en metálico” deberá haberse registrado como demandante de empleo antes de salir de su país de origen, y haber permanecido a disposición de los servicios de empleo durante al menos cuatro semanas desde el inicio de su situación de desempleo. Pero indica además que deberá registrarse como demandante de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro al que se haya trasladado (en el plazo de siete días), someterse al procedimiento de control organizado en éste y cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro. Responde a la lógica puesto que es en dicho Estado en donde reside y en el que podrá seguir todos los procedimientos previstos para su reinserción.

Durante el tiempo que continúe cobrando la prestación, esto es, los tres, o seis meses en caso de prórroga, e incluso un período superior que pudiera llegar hasta agotar la duración total de la prestación puesto que se prevé la aplicación de la legislación del Estado miembro más favorable (art. 64.3 del Reglamento 883/2004), entendemos por tanto que queda asimismo sometido al régimen de las políticas activas de empleo del Estado de residencia en el que busca empleo; por lo que, de residir en España, podría ser llamado por los SPEs para la realización de una colaboración social, por ejemplo.

Hemos de aclarar que, desde el enfoque de nuestro estudio, más desde el Derecho del Empleo que desde la Seguridad Social, invocamos la aplicación del principio de residencia en un intento de concretar la puesta en práctica de la activación del desempleado vinculada a las políticas pasivas o cobro de la prestación por desempleo; pero es de hacer notar que el art. 7 Reglamento 883/2004, desde su finalidad coordinadora, establece el principio de abolición de la cláusula de residencia unido a los principios de conservación de los derechos adquiridos en materia de Seguridad Social y de exportación de las prestaciones económicas entre los Estados miembros, incluido el desempleo. No debemos perder la referencia de que, precisamente el fundamento del régimen de exportación de la prestación por desempleo no es otro que facilitar la

---

aspectos importantes de su sistema de seguridad social, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o afecta al equilibrio financiero de dicho sistema, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario”.

<sup>33</sup> Remitimos a la interesante lectura de ARETA MARTÍNEZ, M., “Coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social y exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004”, *El futuro europeo de la protección social*, 2010, Laborum, Murcia, pgs. 167-189, y a toda la doctrina que cita que lo analiza desde la perspectiva de la Seguridad Social.

búsqueda de trabajo en los distintos Estados miembros a las personas desempleadas, por un período de tiempo limitado (Considerando 32 Reglamento 883/2004). Es por ello que cuando una persona accede a la prestación por desempleo en un Estado miembro (Estado competente) puede desplazarse a otro Estado miembro conservando la prestación, es decir, puede exportar la prestación por desempleo al Estado de destino, siempre que el desplazamiento esté motivado por la búsqueda de empleo<sup>34</sup>.

El art. 64 Reglamento 883/2004, a la vez que invoca otro Reglamento de aplicación, da pautas en el sentido de la necesidad de colaboración entre los dos Estados implicados por la situación de desempleo, destacando el establecimiento “de las condiciones de intercambio de información, cooperación y asistencia recíproca” entre las instituciones y servicios de ambos (punto 4). Adelantamos que habrá de hacerse extensivo a los SPEs de los Estados afectados en el ámbito de la Unión Europea, y en ocasiones incluso a los Servicios Sociales en función de las necesidades de la persona en proceso de reinserción, en el marco de la acción protectora por desempleo y para contrarrestar la exigencia de la “contrapartida” a la persona desempleada.

Prevé asimismo la situación del desempleado parcial o intermitente, y del desempleado total que, durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia, hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente: en el primer supuesto, deberán ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente, puesto que recibirán prestaciones con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro como si residieran en él, y serán satisfechas por dicho Estado; sin embargo en caso de desempleo total, si residen en un Estado miembro distinto a aquel en el que realizaron la actividad o vuelven a él, podrán, de forma complementaria, como opción personal entendemos que para aumentar sus posibilidades de empleabilidad, “ponerse a disposición”, esto es, registrarse como demandantes de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro en que haya transcurrido su último período de actividad por cuenta ajena o propia, siempre que cumplan los requisitos aplicables en dicho Estado miembro.

Sin pretender ser exhaustivos en el análisis de todas las situaciones planteadas en estos artículos, por último, las personas en situación de desempleo, salvo los trabajadores fronterizos, que no regresen a su Estado miembro de residencia, se pondrán a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro a cuya legislación hayan estado sujetas en último lugar<sup>35</sup>.

El punto 3 del art. 65 da la regla general, ya antes indicada desde la lógica: deberán registrarse como demandantes de empleo en los servicios de empleo del Estado

<sup>34</sup> Véase ARETA MARTÍNEZ, M., “Coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social y exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004”, op. cit.: El art. 64.1 del vigente Reglamento (CE) núm. 883/2004 solo permite la exportación de la prestación por desempleo cuando la persona desempleada se desplace a otro Estado miembro para buscar trabajo en él. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Coordinación de los regímenes de Seguridad Social entre la Unión Europea y países de Euromed*, 2016. A pesar de referirse a las relaciones con los países vecinos del Mediterráneo meridional (MED), aporta datos relevantes.

<sup>35</sup> Muy bien sistematizado en el punto IV sobre “los requisitos formales para exportar la prestación por desempleo” en ARETA MARTÍNEZ, M., “Coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social y exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004”, op.cit.

miembro en que residan, someterse al procedimiento de control organizado en éste y cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro.

De forma complementaria, el Reglamento de aplicación 987/2009 regula las prestaciones por desempleo en el Capítulo V, y cuyo Considerando nº 15 señala que “es menester que las personas que circulan dentro de la Comunidad estén sujetas al sistema de seguridad social de un solo Estado miembro, a fin de evitar la concurrencia de diversas legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que ello podría entrañar”.

Siguiendo con este Reglamento, su art. 55.1 exige para que el desempleado que hace una movilidad transnacional conserve el derecho a la prestación, que informe a la institución competente antes de su partida y le solicite un documento que acredite que sigue teniendo derecho a la misma, cuyo contenido, en lo que atañe al Derecho del Empleo, tiene que incluir: a) la fecha en que el desempleado ha dejado de hallarse a disposición de los servicios de empleo del Estado competente; b) el plazo concedido, con arreglo al artículo 64, apartado 1, letra b), del Reglamento de base, para la inscripción como demandante de empleo en el Estado miembro al que el desempleado se haya desplazado.

Interesante cuestión (art. 55.3 Reglamento 987/2009): “Los servicios de empleo del Estado miembro al que el desempleado se haya desplazado para buscar un empleo le informarán de sus obligaciones”, lo que activará, en su caso, el reparto de competencias entre Administraciones, propio del Estado miembro en que resida. En el supuesto de los desempleados europeos residentes en territorio español, siempre será de aplicación la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo y los servicios que contempla, si bien la gestión de la intermediación laboral y de las políticas activas de empleo, como sabemos, ha sido transferida a las CC.AA.

Se prevé el intercambio de información entre ambos SPEs de los Estados miembros implicados en razón del desplazamiento del desempleado, en especial sobre la fecha de inscripción y el mantenimiento de la condición de inscrito como demandante de empleo y demás obligaciones (mensualmente bajo petición de la institución competente), y si se produjera cualquier circunstancia que afectara al derecho a las prestaciones. La institución del Estado miembro al que se haya desplazado el desempleado ejercerá su control sobre él, como si se tratase de un desempleado beneficiario de prestaciones concedidas en virtud de la legislación aplicada por ella, en una clara expresión del principio de igualdad de trato, sin diferencias en función de la nacionalidad.

Habrán de trabajar de forma conjunta, pudiendo definir en común un conjunto de medidas y plazos específicos destinados al seguimiento de la situación del desempleado, así como medidas para favorecer la búsqueda de empleo de los desempleados desplazados.

Por su parte, el art. 56 al referirse a las personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y decidan inscribirse como demandante de empleo asimismo en el Estado miembro que no abona las prestaciones, informarán de ello a la institución y a los servicios de empleo del Estado miembro que abona las prestaciones, y este último, a petición de los servicios de empleo del Estado miembro que no abona las prestaciones, habrá de transmitirle los datos relativos a la inscripción y a la búsqueda de empleo por parte del desempleado.

Está incluso regulado que cuando la legislación aplicable en los Estados miembros de que se trate exija el cumplimiento de determinadas obligaciones y/o actividades de búsqueda de empleo por parte del desempleado, tendrán carácter prioritario las del Estado miembro que abone las prestaciones. Desmonta el sentido de la comunicación entre instituciones de los distintos Estados miembros implicados por la situación, la previsión acerca de que el incumplimiento por parte del desempleado de obligaciones o actividades de búsqueda de empleo en el Estado miembro que no abona las prestaciones, no afectará a las prestaciones concedidas en el otro Estado miembro. Ello devalúa la razón de ser la activación del desempleado y la relega a su único valor de contrapartida.

De todo lo expuesto no podemos más que afirmar que el cumplimiento de la acción protectora del desempleo exige para su aplicación efectiva, no solo la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, sino la colaboración entre los Servicios Públicos de Empleo en la Unión Europea<sup>36</sup>.

En materia de coordinación de los Servicios Públicos de Empleo de la Unión Europea, tenemos que referirnos a la Red europea de Servicios Públicos de Empleo<sup>37</sup>, y a la iniciativa PARES.

La iniciativa PARES (Partnership between Employment Services) en seguimiento de la Estrategia Europa 2020, “reunirá a todos los servicios de empleo con el fin de estimular y mejorar la cooperación entre ellos, a fin de que las transiciones resulten rentables y para definir con más precisión los ámbitos en que prestan servicios con carácter complementario”<sup>38</sup>.

Por su parte la Red EURES encarna la figura de los Servicios Públicos de Empleo en el ámbito europeo, esto es, hace intermediación laboral, online<sup>39</sup>. Estaríamos en un estadio inmediatamente anterior o simultáneo a la ejecución de las políticas activas de empleo, en coordinación con las pasivas, para lo que habrá que acudir a los Servicios Públicos de Empleo nacionales del lugar de residencia del desempleado, en donde habrá de cumplir sus obligaciones en materia de Seguridad Social y de Derecho del Empleo para mejorar su empleabilidad y “cumplir con la contrapartida”. En todo caso el desempleado puede recibir asesoramiento presencial del Consejero EURES de su zona, de estar interesado en hacer una movilidad transnacional que le reincorpore al mercado de trabajo de otro Estado miembro.

<sup>36</sup> Desde <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=105&langId=es> se accede a los Servicios Públicos de Empleo de muchos de los Estados miembros.

<sup>37</sup> Reglamento (UE) 2016/589, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de abril de 2016 relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.o 492/2011 y (UE) n.o 1296/2013 (DOUE L 107/1, de 22/04/2016). <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1100&langId=es>

<sup>38</sup> EUROPEAN COMMISSION, Partnership between Employment Services (PARES) Strategic Dialogue 2015 Contracting Out 11 February 2016 Recommendations to Employment Services, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=991&langId=es>. COMISIÓN EUROPEA, “PARES: Colaboración entre Servicios de Empleo”.

<sup>39</sup> El portal europeo de la movilidad profesional, <https://ec.europa.eu/eures/public/es/homepage>. Servicios prestados por la Red EURES, [http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia\\_1/contenidos/guia\\_1\\_3\\_2.htm](http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_1/contenidos/guia_1_3_2.htm)

En cuanto a la financiación necesaria, además de la procedente del Fondo Social Europeo<sup>40</sup>, que apoya la transnacionalidad y el refuerzo de los Servicios Públicos a través de la modernización de las instituciones del mercado de trabajo y de las oficinas y servicios de empleo, y de la que proporciona el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG) a los trabajadores que hayan sido despedidos como consecuencia de grandes cambios estructurales, por ejemplo, cierre de grandes empresas o deslocalización de la producción fuera de la UE, o por la crisis económica y financiera mundial (estando incluidos tanto los autónomos, como los trabajadores con contrato de duración determinada y, hasta finales de 2017, los jóvenes sin estudios, ni trabajo (“ni-ni”) de regiones con un elevado desempleo juvenil), existe el Programa EaSI-Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Innovación Social, gestionado por la Comisión Europea, que se presenta “como instrumento de financiación a nivel de la Unión Europea para promover un alto nivel de calidad y el empleo sostenible, y garantizando una protección social adecuada y decente...”. Aúna tres programas de la UE que se gestionaban por separado en el período 2007-2013, que inciden, de alguna u otra manera, en nuestro objeto de estudio, y que habrán de ser de aplicación siguiendo las indicaciones del art. 22 TRLE relativo a la financiación de las políticas activas de empleo cofinanciadas con fondos de la UE: PROGRESS (apoya el desarrollo y la coordinación de la política de la UE para el empleo, la inclusión social, la protección social, las condiciones de trabajo, la no discriminación y la igualdad de género), MICROFINANCIACION Y EMPRENDIMIENTO SOCIAL (presta apoyo mediante microcréditos y micropréstamos para grupos vulnerables y microempresas), y EURES (la red de cooperación entre la Comisión Europea y los Servicios Públicos de Empleo de los Estados miembros que fomenta la movilidad de los trabajadores, que ya nos es conocida)<sup>41</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Es indiferente, como no puede ser de otra manera, que realicemos el enfoque desde la perspectiva de la Seguridad Social o del Derecho del Empleo: en ambos ordenamientos jurídicos, la acción protectora por desempleo incluye las acciones que integran las políticas activas de empleo (art. 265.3 TRLGSS y art. 36.2 TRLE, respectivamente).

El TRLE llega a mencionar “la prestación integrada de servicios” a los demandantes de empleo solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo (art. 42.2): expresión que resume uno de los objetivos a alcanzar con la coordinación de las políticas activas y pasivas de empleo, desde la cooperación y colaboración entre las distintas Administraciones territoriales competentes en la gestión del empleo, y como resultado del cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los SPEs (SEPE en la gestión y control de la protección económica del desempleo, arts. 3.1, últ. párr. y 18, j TRLE, mediante sistemas de cooperación con los SPEs.CC.AA., y estos últimos además

<sup>40</sup> UNIDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO SOCIAL EUROPEO, <http://www.empleo.gob.es/uafse/es/fse/>

<sup>41</sup> REGLAMENTO (UE) No 1296/2013 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de diciembre de 2013 relativo a un Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Innovación Social («EaSI») y por el que se modifica la Decisión no 283/2010/UE, por la que se establece un instrumento europeo de microfinanciación para el empleo y la inclusión social (DOUE L 347/238, de 20/12/2013), <http://europa.eu/rapid/content/easi-programa-de-la-union-europea-para-empleo-la-innovacion-social>. COMISIÓN EUROPEA, “EaSI Nuevo programa marco de la UE para el empleo y la política social”, 2013.

en las tareas de intermediación laboral y políticas activas de empleo que les han sido transferidas, art. 19.4 TRLE). Sin embargo, ni a nivel institucional se transmite dicha visión integrada (búsquese en Internet “acción protectora del desempleo” y no se encontrarán ensamblados los recursos en materia de Seguridad Social con los propios del Derecho del Empleo).

La filosofía del principio de activación que inspira las políticas de empleo en la actualidad no responde a su faceta de derecho a la inserción laboral de todo ciudadano europeo, sino como contrapartida al derecho al trabajo en su dimensión colectiva de contribución al sostenimiento del sistema económico; esto es, el mercado de trabajo necesita de personas ocupadas, y la situación es tal que la persona desempleada, que inicialmente cobrará su prestación y subsidio por desempleo porque cumplió con su obligación de cotizar para ello (período en el que puede ser llamado por los SPEs para realizar trabajos de colaboración social en una Administración Pública; o solicitar una capitalización del desempleo para reintegrarse a través del autoempleo), dada la situación del mercado de trabajo, no agotará sus necesidades a la vez que finaliza su derecho a ser beneficiario del sistema público de Seguridad Social, por lo que éste tendrá que ofrecer Programas extraordinarios de fomento del empleo en los que las acciones de activación justificarán el cobro de ayudas y actuarán como contrapartida por lo recibido “de forma extraordinaria”.

Del principio de activación encontramos múltiples manifestaciones, tanto a nivel normativo como en la práctica, que no hacen sino confirmar que las actuales políticas de empleo ponen el acento en la responsabilidad del desempleado y en el cumplimiento de su compromiso de actividad (acuerdo personal de empleo incluido) si es beneficiario de prestaciones (que, por otro lado carece de controles en profundidad que verifiquen si cree en el *Make work pay*), más que en la calidad de los servicios que ofrecen los SPEs, que no pueden paliar la contingencia de desempleo porque faltan recursos humanos y económicos, por problemas de tipo organizativo en el entramado complejo del reparto competencial entre Estado y CC.AA., a lo que se suma la colaboración público-privada en la intermediación laboral y el reparto de funciones con las entidades colaboradoras, más la presencia de otros agentes de intermediación.

De seguir siendo tan elevada la tasa de desempleo, a pesar de las prórrogas de los Programas en los que se materializa la vinculación de las políticas activas con las pasivas y las declaraciones ministeriales de mejoras en las tasas de inserción tan difíciles de cuantificar, es cuestionable el éxito de la misma, que no deja de ser un principio ideal en un modelo muy alejado del utópico que sueña el art. 35 de nuestra Constitución, en la vertiente subjetiva ampliada de “todos los ciudadanos europeos tiene el derecho al trabajo”, o el 15.2 Carta de los derechos fundamentales de la UE, que reconoce a todo ciudadano de la UE libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro. La activación se convierte en un recurso justificativo que no efectivo porque, por varias razones ya esbozadas, no ofrece el resultado esperado de la colocación en el mercado de trabajo europeo de la población desempleada.

Por otra parte, causa cierto desconcierto la redacción de la Disposición Adicional quinta TRLE sobre la “vinculación de políticas activas de empleo y prestaciones por desempleo”, que parece incidir en sentido contrario sobre la necesidad de coordinación como tarea del Gobierno, al indicar que “una vez que el empleo inicie su recuperación”,

tendrá que adoptar medidas de reforma sobre la normativa que regula las prestaciones por desempleo, en el sentido de reforzar la vinculación entre las políticas pasivas con las activas. Esto es, la Ley hace un reconocimiento indirecto del carácter leve de tal vinculación en la actualidad, reflejando el carácter de la activación al nivel de principio inspirador de las políticas de empleo a ser materializado en un futuro, una vez paliada la grave situación de desempleo. Entendemos que tendría que ser justo a la inversa: debido al alto nivel de desempleo, y con el objetivo de salir de tal situación, habrán de reforzarse las medidas de coordinación entre ambos tipos de medidas, precisamente porque se trata de mejorar la empleabilidad de los desempleados. ¿Mala redacción, o la justificación de la existencia en la actualidad de unos Programas que no responden a una activación real de las personas desempleadas?

En una época marcada por la globalización y la crisis, provocando ambas la movilidad laboral transnacional en territorio de la Unión Europea, no tiene sentido negar la interdependencia entre Estados y afirmar el carácter territorial y nacional de la Seguridad Social ni del Derecho del Empleo que, es más, tienen que activar procesos de intermediación laboral, políticas activas de empleo y en la coordinación necesaria de éstas con las políticas pasivas, con lo que desde instituciones propias del Derecho del Empleo volvemos al ámbito de la Seguridad Social. Estamos integrados en un marco común, de nombre Unión Europea, y no es ya suficiente la suscripción de Convenios bilaterales con aquellos Estados con los que se mantienen relaciones más estrechas o con los que los flujos migratorios son más frecuentes.

Por tanto, el cumplimiento de la acción protectora del desempleo exige para su aplicación efectiva en una dimensión europea, no solo la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, sino la colaboración necesaria entre los Servicios Públicos de Empleo en la Unión Europea. No resultaría desproporcionada la adopción de un Reglamento en materia de coordinación de los Sistemas Nacionales de Empleo en el ámbito de la Unión Europea, que responda a un objetivo distinto al de la red EURES, sobre el fundamento jurídico del derecho a la libre circulación, e incluso en virtud del art. 153 que reconoce el principio de subsidiariedad en virtud del cual desde la UE se puede regular en cuestiones tales como c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores (respetando el límite señalado en el punto 4: no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste), h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, y k) la modernización de los sistemas de protección social. Sería necesario puesto que la reforma de la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social que contiene la Propuesta de Reglamento que está impulsando la Comisión Europea desde diciembre de 2016, no prevé la ejecución de la activación de las personas en situación de desempleo que se desplazan, y puesto que los Servicios Públicos de Empleo nacionales, desconocen las necesidades de los mercados de trabajo de otros Estados miembros<sup>42</sup>. Todo ello en la consecución de los objetivos compartidos por la UE y los Estados miembros en política social del 151, entre los que destacan el fomento del empleo, una

<sup>42</sup> COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, Estrasburgo, 13.12.2016 COM(2016) 815 final 2016/0397 (COD).

protección social adecuada, y el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero.

Por último, sería deseable, y nos atrevemos a decir que “de urgente necesidad”, para facilitar a los operadores en la gestión de empleo y de la protección por desempleo y a los sujetos afectados por esta contingencia, mejorar la sistemática de los textos que desarrollan la vinculación obligada entre las políticas activas y pasivas de empleo: esto es, tanto la nomenclatura como la disposición de acciones contenidas en los Textos Refundidos de la LE y de la LGSS, así como en el Reglamento de la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Empleo y en los Protocolos que la desarrollen, y en los Reales Decretos que regulan los distintos Programas de fomento del empleo y protección de desempleados prioritarios, habría ser simplificada, unificada, y estructurada de manera que se eviten repeticiones que complican el seguimiento de figuras claves en la materia, tales como el itinerario personalizado de inserción laboral, el acuerdo personal de empleo en relación con el compromiso de actividad, y los servicios y actuaciones que ha de ofrecer la citada Cartera. De lo contrario la sensación es la de establecimiento a nivel legal de una “coordinación descoordinada”.

Tampoco sería desproporcionada una regulación en nuestro ordenamiento, conjunta y bien sistematizada, de la protección por desempleo desde la conjunción entre la protección económica y las medidas de activación como contenido integrado de su acción protectora: Ley reguladora de la acción protectora del desempleo, en toda su extensión.

# XIII. PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN EL TRABAJADOR TRANSFRONTERIZO

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MARTÍNEZ

*Profesor Asociado Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Contratado Doctor Acreditado)*

*Universidad de Alicante-Escuela Universitaria de Relaciones Laborales (Centro Adscrito Elda)*

## 1. INTRODUCCION

El tema objeto de estudio se centra en analizar los rasgos principales del régimen jurídico de las prestaciones por desempleo derivadas del Derecho social comunitario y aplicable a los trabajadores que residen en un país pero que trabajan en otro distinto (fronterizos o transfronterizos), como fenómeno clave de la economía globalizada y transnacional que actualmente se desarrolla en el mundo.

El principio básico consagrado en el Tratado de Roma es la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de personas entre los Estados miembros, y para ello es necesario adoptar medidas en materia de Seguridad Social que eviten que los ciudadanos de la UE, que trabajen en un Estado miembro distinto del que residan, pierdan una parte o la totalidad de sus derechos en relación con la Seguridad Social.

En 1958, el Consejo adoptó dos Reglamentos relativos a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, posteriormente sustituidos por el Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (Reglamento base), completado a su vez por el Reglamento (CEE) núm. 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 (Reglamento de aplicación).

En 2004 se aprobó el Reglamento (CE) núm. 883/2004, del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (Reglamento de base), para sustituir y ampliar el Reglamento (CEE) núm. 1408/71, y su desarrollo mediante el Reglamento (CE) núm. 987/2009 (Reglamento de aplicación), que define las medidas necesarias para que las personas cubiertas puedan viajar, permanecer o residir en otro Estado miembro sin perder sus derechos en materia de Seguridad Social. El Reglamento de base es la norma de cabecera que debemos tener en cuenta para conocer el mecanismo de coordinación de las prestaciones por desempleo<sup>1</sup>. El elemento clave para que una persona sea sujeto protegido por el

---

<sup>1</sup> En este sentido, GONZÁLEZ ROMO, J. A.: “La protección en la UE. El Reglamento 883/2004 por fin entra en vigor”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 91, 2011, pág. 108, señala que el Reglamento 883/04 no supone un texto innovador, configurador de un nuevo sistema, más bien intenta ser un simple catalizador ante los fenómenos ocurridos en los últimos años dentro de la (...)

Reglamento base es el que esté o haya estado sometido a un régimen coordinado de Seguridad Social.

Establecido el objeto del presente estudio (reflexionar sobre el régimen jurídico de las prestaciones por desempleo de los trabajadores fronterizos) y con tal fin, resulta obligado partir del paquete legislativo en vigor desde mayo de 2010 (Reglamentos 883/2004 y 987/2009). La finalidad de dichos preceptos no es la de establecer un sistema europeo de protección por desempleo (al existir el convencimiento de los Estados miembros de que esta protección está íntimamente relacionada con el ejercicio de la soberanía estatal)<sup>2</sup>, sino la de coordinar (no armonizar) las subsistentes legislaciones y administraciones nacionales en esta materia<sup>3</sup>.

Dado el carácter marcadamente territorial de esta prestación<sup>4</sup>, la libertad de circulación tiene en este supuesto una restricción que impide que esté totalmente garantizada. Los artículos 61 a 65 del Reglamento 883/2004 que regulan la prestación por desempleo tienen como característica fundamental no sólo la determinación del Estado competente tanto en el principio de totalización como en el de exportación, sino también el hecho de que sus disposiciones rebasan el mero concepto de coordinación propio del Reglamento para dar un paso más allá y adentrarse en el ámbito de la imposición a las legislaciones nacionales.

## 2. EL TRABAJADOR FRONTERIZO Y SU CONCEPTUALIZACIÓN

Lo que diferencia al trabajador fronterizo del emigrante clásico es el hecho de residir en un Estado y trabajar en otro: el trabajador transfronterizo tiene una doble vinculación nacional, en función de sus lugares de residencia y de trabajo, si bien el emigrante abandona por completo su país de origen, con o sin su familia, para residir y trabajar en un país distinto del suyo.

En virtud de la normativa comunitaria, el término “trabajador fronterizo” designa a todo trabajador que desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro y resida en el territorio de otro Estado miembro (criterio político), al que regresa en principio cada día o al menos una vez por semana (criterio temporal); dicha definición<sup>5</sup>, tan sólo se aplica a la protección social de los trabajadores afectados en el interior de la UE.

---

UE y que afectan al ámbito de la Seguridad Social limitándose a ser un texto con afán simplificador y racionalizador de las normas anteriores.

<sup>2</sup> MIRANDA BOTO, J. M<sup>a</sup>: “Las sentencias españolas del TJCE en materia de desempleo”, *Migrantes y Derecho: Problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*, Murcia, Laborum, 2006, pág. 140.

<sup>3</sup> STJCE de 3 de abril de 2008, asunto Check(C-331/06).

<sup>4</sup> En el caso de la prestación por desempleo, el Reglamento 883/2004 mantiene una territorialidad muy marcada, tanto en el acceso a la protección como en la exportación de prestaciones, potenciándose el Estado de empleo. En este sentido, DESDENTADO BONETE, A.: “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pág. 35.

<sup>5</sup> Sobre esta definición, véase la STJCE de 22 de septiembre de 1988, asunto Bergemann(C-236/87): “se reconoce la condición de fronterizos a aquellos trabajadores que residan en un Estado distinto al Estado de empleo y regresen a su Estado de residencia con regularidad y frecuencia, a saber, cada día o al menos una vez por semana”.

Los trabajadores fronterizos que residen y trabajan en la UE disfrutan, como todos los trabajadores migrantes, del principio de no discriminación e igualdad de trato previsto para los trabajadores que se desplazan en el territorio de la Unión<sup>6</sup>.

La definición viene dada por la separación territorial entre dos elementos: residencia en un país y trabajo en otro (separación territorial entre residencia y trabajo, que crea necesidades específicas de coordinación en determinadas prestaciones, como la protección por desempleo o la asistencia sanitaria). El artículo 1 f) del Reglamento 883/2004 define al trabajador fronterizo como “toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana<sup>7</sup>”.

El hecho de considerar esta condición de trabajador fronterizo para fijar un régimen distinto tiene su justificación, pues tales trabajadores no sólo tienen vínculos con el país en el que prestan servicios, sino también con aquél en el que residen, que es diferente, y que puede tener responsabilidad en materia de prestaciones<sup>8</sup>.

El Reglamento 883/2004 se aplica a los trabajadores fronterizos en los mismos términos que al resto de personas incluidas en su ámbito de aplicación personal, salvo una serie de reglas especiales referidas al acceso de: los jubilados fronterizos a las prestaciones sanitarias<sup>9</sup>; los trabajadores fronterizos y sus familiares a prestaciones sanitarias<sup>10</sup>; y los desempleados fronterizos a las prestaciones por desempleo<sup>11</sup>. La

<sup>6</sup> El Reglamento 1612/68 CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (JO L 257, de 19 de octubre de 1968) establece, en su artículo 7, la igualdad de trato en cuanto se refiera a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo. En materia de derecho laboral, el trabajador fronterizo está sometido, como el migrante, a la legislación del país donde trabaja, y se beneficia de las mismas ventajas sociales que los trabajadores nacionales.

<sup>7</sup> Este Reglamento es más parco en palabras que el Reglamento 1408/1971, cuyo artículo 1 b) aclaraba que el trabajador fronterizo puede ser desplazado sin que pierda, en determinadas condiciones, su condición de tal: “*el trabajador fronterizo que esté destacado por la empresa de la que depende normalmente, o que preste sus servicios en el territorio del mismo Estado miembro o de otro Estado miembro, conservará la condición de trabajador fronterizo durante un tiempo que no excederá de cuatro meses, aun cuando durante su estancia como destacado no pueda regresar cada día o al menos una vez por semana, al lugar de su residencia*”.

<sup>8</sup> MELLA MÉNDEZ, L: “La prestación por desempleo en el Derecho social comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 77, 2008, pág. 33.

<sup>9</sup> Artículo 28 del Reglamento 883/2004: “1. *El trabajador fronterizo jubilado tendrá derecho en caso de enfermedad a seguir recibiendo prestaciones en especie en el Estado miembro en el que haya ejercido su última actividad como trabajador por cuenta ajena o propia, siempre y cuando dichas prestaciones sean continuación de un tratamiento iniciado en dicho Estado miembro. Por “continuación del tratamiento” se entiende la continuación de las pruebas, el diagnóstico y el tratamiento de una enfermedad.* 2. *El titular de una pensión que en los cinco años anteriores a la fecha efectiva de una pensión de vejez o invalidez haya ejercido durante al menos dos años una actividad como trabajador fronterizo por cuenta ajena o propia tendrá derecho a prestaciones en especie en el Estado miembro en que ejerció dicha actividad como trabajador fronterizo, siempre que dicho Estado miembro y el Estado miembro en que se halla la institución competente responsable del coste de las prestaciones en especie facilitadas al titular de una pensión en su Estado miembro de residencia hayan optado por ello y ambos Estados figuren en el anexo V ...*”

<sup>10</sup> Artículo 18 del Reglamento 883/2004: “1. *Salvo que en el apartado 2 se disponga lo contrario, la persona asegurada y los miembros de su familia que se indican en el artículo 17 también podrán obtener prestaciones en especie mientras se encuentren en el Estado miembro competente. Las prestaciones en especie serán facilitadas y sufragadas por la institución competente, según las disposiciones de la legislación que esta última aplique, como si los interesados residieran en dicho* (...)”

existencia de reglas especiales para las personas fronterizas está motivada en buena parte, por “la búsqueda de la protección más apropiada, según las circunstancias, de los trabajadores que tienen disociado su centro de vida laboral y su centro de vida familiar”<sup>12</sup>.

Al principio, antes de los nuevos Reglamentos, era discutible el alcance del propio concepto de trabajador fronterizo cuando se mantienen vínculos personales y profesionales con el Estado de empleo<sup>13</sup>. La propia situación de desempleo podría afectar al mantenimiento de la condición de trabajador fronterizo. ¿Deja de ser fronterizo un trabajador que pasa a recibir la prestación de desempleo del Estado de residencia?<sup>14</sup>

El legislador comunitario no sólo distingue a los fronterizos del resto de trabajadores, sino que también hace diferencias entre aquéllos, según su situación de desempleo sea parcial o total (dicha distinción deriva del mantenimiento, a tiempo parcial o no, de la relación laboral entre las partes, y no de la suspensión temporal de la actividad del trabajador); como caso parcialmente distinto, aparece el desempleo accidental, que se prevé como meramente pasajero o transitorio y, por lo tanto, su régimen jurídico se asimila al parcial<sup>15</sup>.

El supuesto de los trabajadores fronterizos es el que más dificultades plantea, no solo a nivel práctico, sino especialmente a la hora de interpretar la normativa de coordinación en materia de prestaciones por desempleo, pues su regulación es alambicada, tortuosa y en ocasiones se remite a elementos tan poco jurídicos como a “frases anteriores”: de hecho, la interpretación de lo que la norma ha querido decir en el caso de los trabajadores fronterizos, ha exigido no una, sino varias lecturas, pues si se leyera de corrido resultaría ininteligible, sobre todo por la cantidad de remisiones a otro

---

*Estado miembro. 2. Los miembros de la familia de un trabajador fronterizo tendrán derecho a las prestaciones en especie durante su estancia en el Estado miembro competente, salvo que dicho Estado miembro figure en el anexo III. En este último caso, los miembros de la familia de un trabajador fronterizo tendrán derecho a las prestaciones en especie en el Estado miembro competente con arreglo a las condiciones establecidas en el apartado 1 del artículo 19”.*

<sup>11</sup> Artículo 65 del Reglamento 883/2004.

<sup>12</sup> En este sentido, véase MIRANDA BOTO, J. M<sup>º</sup>: “Los trabajadores fronterizos en el Reglamento (CEE) núm. 1408/71”, en VV.AA. (Dir. s., ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Laborum, Murcia, 2009, pg. 111.

<sup>13</sup> Este problema se suscitó en el caso Miethe, respecto a un representante de comercio alemán, que por razones personales trasladó su domicilio a Bélgica, pero que mantenía una oficina y una “posibilidad de alojamiento” en Alemania. Aunque Bélgica, como país de residencia, era el competente, el Sr. Miethe trató de conseguir las prestaciones en Alemania. En la STJCE de 12 de junio de 1986 (asunto C-1/85) declaró que un trabajador fronterizo en paro total únicamente puede solicitar prestaciones del Estado miembro de residencia, incluso en el caso de que reúna los requisitos del Estado miembro de empleo para la concesión de las prestaciones. Pero declaró también que un trabajador en estas circunstancias que hubiera conservado en el Estado de último empleo “vínculos personales y profesionales” de forma que disponga en ese Estado de mayores oportunidades de inserción profesional no debe ser considerado como un trabajador no fronterizo incluido en la letra b) ii del artículo 71 Reglamento del 1408/71. En el mismo sentido SSTJCE de 6 de noviembre de 2003 (asunto C-311/01) y de 20 de enero de 2005 (asunto C-101/04).

<sup>14</sup> La respuesta del TJCE en el caso Desse, en la STJCE de 15 de octubre de 1991 fue negativa: “un trabajador fronterizo no pierde dicha condición por encontrarse en situación de desempleo total” y durante esta situación puede solicitar prestaciones de incapacidad temporal del país de empleo, computándose el periodo de desempleo de la misma forma que si éste se hubiere cumplido en ese Estado.

<sup>15</sup> MELLA MÉNDEZ, L: “La prestación por desempleo en el Derecho social comunitario”, *cit.*, pág. 34.

lugar de la norma, que producen una dispersión de lo que en un principio pretendía regular<sup>16</sup>.

### 3. EL TRABAJADOR FRONTERIZO Y SUS PROBLEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL: REGLAS ESPECÍFICAS EN LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO

#### 3.1. CUESTIONES DE BASE

El desempleo es un tema controvertido y difícil en el ámbito de la UE, al menos desde el punto de vista de las prestaciones, y la citada Unión siempre ha dado un carácter preferencial a las políticas activas de empleo, esto es, el fomento del empleo para todos los ciudadanos europeos que voluntariamente deseen trabajar: esta preferencia se debe principalmente a un hecho puramente competencial, es decir, la UE es competente en el marco de actuación respecto al fomento del empleo, dónde puede establecer medidas y ayudas<sup>17</sup>.

Sin embargo, cuando hablamos de políticas pasivas, es decir, la protección social y, sobre todo, económica del trabajador que de forma involuntaria pierde su empleo y que quiere trabajar, entramos en un terreno farragoso, donde cada Estado mantiene su propio sistema de cobertura y su propia legislación al respecto, por lo que la UE tan sólo puede limitarse a coordinar las diferentes legislaciones que los Estados miembros aprueban para paliar estas situaciones<sup>18</sup>.

El artículo 61.2 del Reglamento 883/2004 dispone que se entiende por Estado competente aquel en el que el trabajador desempleado haya cubierto en último lugar el periodo de seguro, con la salvedad de los trabajadores fronterizos, en cuyo caso la legislación aplicable, y por tanto la que va a determinar las prestaciones de los trabajadores fronterizos, es aquella del Estado miembro en que residan.

Cuando se trate de trabajadores no fronterizos que se encuentren en situación total de desempleo en un Estado distinto de aquel en que trabajaban, incluidos los trabajadores de temporada, quedan a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro en que residieron. No obstante cuentan con la posibilidad de optar por ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado donde ha transcurrido el último período de actividad.

El principio de totalización presenta algunas particularidades en la prestación por desempleo. Una de sus causas radica en que cada vez son más los Estados en los que algunos tiempos de trabajo no cotizan para dar lugar a la prestación por desempleo, de modo que cuando el trabajador pierde un empleo con estas características se encuentra sin protección. Por ello el artículo 61 del Reglamento 883/2004 se encarga de advertir del no cómputo a efectos de totalización de estos períodos de seguro.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89, 2010, pág. 119.

<sup>17</sup> GONZÁLEZ ROMO, J. A.: “La protección en la UE. El Reglamento 883/2004 por fin entra en vigor”, *cit.*, pág. 109.

<sup>18</sup> En este sentido, el Considerando núm. 4 del Reglamento 883/2004, establece que: “*Es necesario respetar las características especiales de las legislaciones nacionales en materia de seguridad social y establecer únicamente un sistema de coordinación*”.

### 3.2. LA EXPORTACIÓN DE LAS PRESTACIONES

Respecto al principio de conservación de la prestación, el artículo 64 permite su conservación cuando la persona desempleada se desplace a otro Estado miembro para buscar trabajo siempre que se haya registrado como demandante de empleo antes de su salida del país y haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente durante al menos 4 semanas desde el inicio de su situación de desempleo (los servicios o instituciones competentes podrán autorizar su salida antes de dicho plazo<sup>19</sup>).

Conviene recordar que la posibilidad de exportar de un Estado a otro la tienen los trabajadores desempleados a los que un Estado haya reconocido la prestación por desempleo, incluidos los fronterizos y los desplazados<sup>20</sup>. Esta posibilidad enfatiza la libertad del trabajador de moverse o desplazarse por distintos Estados miembros mientras percibe la prestación por desempleo.

A su vez, la persona desempleada deberá registrarse como demandante de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro al que se haya trasladado, y someterse a sus procedimientos de control. Se considera cumplido este requisito durante el período previo al registro si el interesado se registra dentro de los siete días posteriores a la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda (en casos excepcionales, los servicios o instituciones competentes podrán prorrogar este plazo).

El derecho a la prestación se conserva durante un período de 3 meses a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda, a condición de que la duración total del período durante el cual se facilitan las prestaciones no supere la duración total del período de prestaciones a las que tenía derecho con arreglo a la legislación de dicho Estado. Y los servicios o instituciones competentes podrán prorrogar dicho período de 3 meses hasta un máximo de 6 meses<sup>21</sup>.

En los casos en que el interesado regresara a su país de origen en la fecha de expiración del período o antes de esa fecha (por no haber logrado un empleo en el país

<sup>19</sup> En este sentido, la Recomendación núm. U2, de 12 de junio de 2009, relativa a la aplicación del artículo 64, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, a desempleados que acompañen a su cónyuge o pareja de hecho que ejerza una actividad profesional en un Estado miembro distinto del Estado competente (DOUE C 106/51, de 24 de abril de 2010), establece que: “La autorización de desplazamiento del interesado antes de que expire el plazo de 4 semanas debe concederse a la persona que se halle en situación de desempleo total que cumpla todos los demás requisitos establecidos y que acompañe a su cónyuge o pareja de hecho que haya aceptado un empleo en un Estado miembro distinto del Estado competente. Para definir el término “pareja de hecho” se aplicará la legislación del Estado miembro competente.

<sup>20</sup> ARETA MARTÍNEZ, M.: “Coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social y exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004”, *El futuro europeo de la protección social*, Murcia, Laborum, 2010, págs. 171 y 172.

<sup>21</sup> En este sentido, GONZÁLEZ ROMO, J. A.: “La protección en la UE. El Reglamento 883/2004 por fin entra en vigor”, *cit.*, pág. 117, indica que este período máximo de 6 meses puede parecer, y de hecho lo es, algo breve y estricto, por cuanto estamos hablando, en la mayoría de los casos, de personas que se trasladan a otro país, con otro idioma y otra cultura. Sin embargo, es cierto que el Reglamento ha logrado ampliar el plazo a seis meses, lo que supone un primer paso y, por tanto, su lectura ha de ser positiva, a pesar de que desde el punto de vista de homogenización y coordinación de las distintas legislaciones, este periodo nos sigue pareciendo escaso

al que se desplazó), seguirá teniendo derecho a prestaciones conforme a la legislación de dicho Estado miembro<sup>22</sup>. Si no regresara al Estado miembro en la fecha de expiración de dicho período o antes de la misma, perderá todo derecho a prestaciones conforme a la legislación de dicho Estado miembro, salvo que las disposiciones de esa legislación sean más favorables. En casos excepcionales, los servicios o instituciones competentes podrán permitir a las personas interesadas el regreso en una fecha posterior sin pérdida de su derecho.

Cabría preguntarse si España tiene una regulación más favorable en este sentido. Para ello y partiendo precisamente desde nuestro derecho interno regulador de las prestaciones por desempleo, el artículo 6.3 del Real Decreto 625/1985<sup>23</sup>, prevé que “el derecho a la prestación o al subsidio por desempleo quedará suspendido en los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional, o cooperación internacional, por un período continuada no inferior a doce meses, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en los Convenios o normas comunitarias<sup>24</sup>. En otro caso, el traslado de residencia al extranjero incumpliendo alguno de los requisitos anteriores supondrá la extinción del derecho. No tendrá consideración de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año<sup>25</sup>.”

De la aplicación conjunta entre la normativa comunitaria analizada y del citado artículo caben las siguientes conclusiones:

- Durante los tres primeros meses del desplazamiento, la prestación por desempleo no se suspende, sino que el beneficiario puede ejercer su derecho a la exportación de las prestaciones.
- Si el beneficiario no regresa a España o lo hace una vez transcurrido el período máximo de exportación, no procederá la pérdida del derecho, sino la suspensión hasta un período máximo de 12 meses, a contar desde la fecha en que dejó de estar a disposición de los servicios públicos de empleo de España.
- Finalmente, si el beneficiario no regresara a España o lo hiciera una vez transcurrido el período de 12 meses, perderá el derecho a percibir la prestación por el período que reste.

En consecuencia, puede concluirse que la legislación española resulta más favorable que la normativa comunitaria, y el retorno a España con posterioridad al vencimiento

---

<sup>22</sup> Como se indica por ARETA MARTÍNEZ, M.: “Coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social y exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004”, *cit.*, pág. 185, a diferencia del Reglamento 1408/71, el artículo 64.2 del Reglamento (CE) 883/2004 conserva el derecho a la prestación cuando el sujeto regresa al Estado competente el mismo día de expiración del plazo.

<sup>23</sup> Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo (BOE de 7 de mayo)

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009”, *cit.*, pág. 116.

<sup>25</sup> Artículo 6.3 del Real Decreto 625/1985, último párrafo.

del periodo máximo de exportación de la prestación no determina la pérdida inmediata del derecho sino la suspensión, si bien hasta los primeros 12 meses<sup>26</sup>.

### 3.3. PERSONAS DESEMPLEADAS QUE RESIDEN EN UN ESTADO MIEMBRO DISTINTO DEL ESTADO MIEMBRO COMPETENTE

El artículo 65 del Reglamento 883/2004, bajo la rúbrica “personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente”, hace referencia expresa a los fronterizos, concretamente a las personas en situación de desempleo, parcial (intermitente) o total, que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente<sup>27</sup>.

El TJCE, en su Sentencia de 15 marzo 2001, asunto Laa (C-444/98), considera que la definición de lo que haya de entenderse por paro “parcial” o “total” no debe quedar a la competencia de las distintas legislaciones nacionales, sino a la comunitaria, pues los criterios para definir las citadas situaciones deben ser uniformes e iguales para todos los Estados miembros (es el juez nacional, concebido como juez comunitario, el que debe determinar la categoría a la que pertenece el trabajador). Y todo ello porque hay que garantizar al trabajador desplazado la percepción de las prestaciones por desempleo en las condiciones más favorables mientras busca un nuevo trabajo.

La persona fronteriza en situación de desempleo parcial o intermitente (pervivencia del vínculo laboral), que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente, deberán ponerse a disposición de su empresario o de los servicios de empleo del Estado miembro competente: recibirán prestaciones con arreglo a la legislación del Estado miembro competente (en donde trabaja, como si residiese en su propio territorio), y las mismas serán otorgadas por la institución de dicho Estado y no por el de residencia.

En este supuesto, el trabajador sigue prestando servicios, si bien a tiempo parcial, por lo que la vinculación laboral con el Estado competente se mantiene vigente. En consecuencia, parece lógico que si el trabajador desea buscar otro empleo que complementa el que todavía tiene (con carácter parcial) lo haga en ese mismo Estado y no en otro, como en el de residencia. De ahí también la coherencia del legislador comunitario a la hora de fijar el Estado que va a ser competente para abonar la prestación por desempleo<sup>28</sup>.

Con respecto a los criterios para determinar la situación de paro parcial deben ser uniformes y comunitarios, sin que quepa el recurso a la legislación nacional, sin perjuicio de que deberá ser el órgano correspondiente de la jurisdicción nacional el que determine la categoría a la que pertenece el trabajador<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> ARETA MARTÍNEZ, M.: “Coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social y exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004”, *cit.*, pág. 186.

<sup>27</sup> Téngase en cuenta que las personas en situación de desempleo, salvo los trabajadores fronterizos, que no regresen a su Estado miembro de residencia se pondrán a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro a cuya legislación hayan estado sujetas en último lugar.

<sup>28</sup> MELLA MÉNDEZ, L.: “La prestación por desempleo en el Derecho social comunitario”, *cit.*, pág. 34.

<sup>29</sup> STJCE de 15 de marzo de 2001, Laa, asunto C-444/1998.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea TJUE sostiene, en una Sentencia de febrero de 2015 (asunto C-655/13) que la condición de trabajador fronterizo en paro parcial se adquiere cuando un trabajador extranjero, inmediatamente después de finalizar una relación laboral a tiempo completo con un empresario en un país de la UE, es contratado a tiempo parcial por otro empresario en ese mismo país. El Tribunal recuerda que la normativa europea contiene disposiciones especiales aplicables a los desempleados que hayan residido, durante su último período de empleo, en un Estado miembro distinto de donde radica su lugar de trabajo<sup>30</sup>. El Alto tribunal falló a favor de la demandante, ya que entiende que, aunque haya trabajado a tiempo completo en su anterior trabajo, es el segundo el que establece su condición de parada accidental. El Alto tribunal señala que “es irrelevante que la primera empresa empleaba con a tiempo completo, ya que no es la misma que la que la empleó después con un contrato de trabajo a tiempo parcial”.

Si la situación es de paro total (extinción de vínculo laboral, y dejan por ello de ser trabajadores fronterizos), la legislación aplicable es la del Estado de residencia (prevalece como prioritario el principio de la “*lex loci residentiae*”, y ello como una excepción a la regla general de la “*lex loci laboris*”). Las personas fronterizas en situación de desempleo total, que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y sigan residiendo en dicho Estado miembro o regresen a él: a) deberán registrarse como demandantes de empleo y ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia, someterse al procedimiento de control organizado en éste y cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro, y b) sin perjuicio del artículo 64 (exportación de la prestación por desempleo) podrán, como medida complementaria, ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro en que haya transcurrido su último período de actividad por cuenta ajena o propia, en cuyo caso deberán informar de ello a la institución y a los servicios de empleo de su lugar de residencia.

A tenor del Considerando 13 del Reglamento (CE) 987/2009, “el presente Reglamento incluye medidas y procedimientos destinados a promover la movilidad de los trabajadores y los desempleados. Un trabajador fronterizo en situación de desempleo total puede ponerse a disposición de los servicios de empleo tanto de su país de residencia como del último Estado miembro en el que haya trabajado. No obstante, solo ha de tener derecho a recibir prestaciones del Estado miembro en el que reside”

En la Sentencia de febrero de 2015 (asunto C-655/13), el TJUE matiza que: “Los trabajadores fronterizos que se encuentren en paro total están sometidos a la normativa del Estado miembro en cuyo territorio residen, porque se presume que un trabajador en esas circunstancias disfruta en el lugar de residencia de condiciones más favorables para encontrar un nuevo empleo. El trabajador sólo debe dirigirse a la institución del Estado

<sup>30</sup> El caso parte de la denuncia de una ciudadana alemana, residente en Países Bajos, que asegura que la Seguridad Social holandesa le niega determinadas prestaciones de desempleo. La demandante estuvo contratada a tiempo completo por una empresa en Alemania desde 2003. A partir de 2009, trabajó a tiempo parcial para otra empresa en el mismo país, aunque siempre residió en Países Bajos. Su país de residencia desestimó concederle la prestación debido a que consideraba que su última relación laboral en el país vecino había sido a tiempo parcial y correspondía a la Seguridad Social alemana hacerse cargo de las prestaciones pertinentes. Ante la dificultad de interpretar la normativa europea, el tribunal holandés elevó una causa de prejudicialidad al TJUE.

miembro de su lugar de residencia para ser asistido en la búsqueda de un empleo cuando ya no tiene ningún vínculo con el Estado miembro competente y se encuentra en paro total. Una situación de paro total implica necesariamente que el trabajador afectado ha dejado de trabajar por completo”.

La asignación de la competencia al Estado de residencia para el pago de la prestación responde al designio de evitar al trabajador fronterizo los inconvenientes prácticos que le supondría una conexión con el Estado de empleo: el trabajador en situación de desempleo total volverá o, mejor dicho, permanecerá en su país de residencia, en cuyo caso, la obligación de ponerse y mantenerse a disposición de los servicios de empleo se ejecuta más fácilmente en aquél<sup>31</sup>.

A mayores, cabe tener en cuenta que la competencia del Estado de residencia es una excepción a la regla general de la competencia del Estado del último empleo, por lo que debe interpretarse restrictivamente. De hecho, la importancia de la referida regla general competencial es puesta de manifiesto en alguna otra sentencia del TJUE, en la que se pronuncia sobre la existencia de una ficción jurídica» al atribuir la competencia al Estado de residencia, el cual pasa a actuar como si fuese el del último empleo, poniéndose en su lugar (STJCE de 1 de octubre de 1992, asunto *Grisvar y Kreitz C-201/91*). Profundizando en este argumento, llega a sostenerse que la mencionada ficción jurídica suspende las obligaciones del Estado del último empleo mientras el desempleado continúe residiendo en el territorio de otro Estado miembro, pero no produce su extinción<sup>32</sup>.

El Reglamento 883/2004 introduce el deber expreso del desempleado fronterizo, ya sea parcial o total, de inscribirse en los servicios de empleo del Estado miembro que abona la prestación por desempleo, ya se trate del Estado de residencia (en casos de desempleo total)<sup>33</sup> o del Estado donde transcurrió el último período de actividad (en casos de desempleo parcial). Junto al citado deber, la norma también reconoce a la persona fronteriza en situación de desempleo total la posibilidad de inscribirse en los servicios de empleo del Estado donde transcurrió su último período de actividad, distinto del Estado de residencia, de modo que pueda estar simultáneamente a disposición de los servicios de empleo del Estado de residencia, de forma obligatoria, y del Estado del último empleo, de forma voluntaria, aunque la prestación se abona con cargo a la institución de un único Estado, el de residencia.

El art. 65.2 del Reglamento 883/2004 no deja lugar a dudas sobre si las reglas especiales sobre el desempleo de los trabajadores fronterizos, son o no compatibles con la facultad de exportar la prestación por desempleo (si un trabajador fronterizo en situación de desempleo total puede exportar temporalmente su prestación por desempleo a otro Estado miembro, distinto del Estado de residencia, e incluso también del último Estado de empleo)<sup>34</sup>; reconoce a las personas fronterizas en situación de desempleo total

<sup>31</sup> STJCE de 29 de junio de 1988, asunto *Rebmann C-58/87*.

<sup>32</sup> MELLA MÉNDEZ, L: “La prestación por desempleo en el Derecho social comunitario”, *cit.*, pág. 35.

<sup>33</sup> Si la persona fronteriza, en situación de desempleo total, traslada su residencia al Estado donde tuvo su último empleo, el Estado de empleo se convierte también en Estado de residencia y, por tanto, deberá hacerse cargo del pago de la prestación por desempleo, teniendo en cuenta el período y cuantía ya percibidos: SSTSJ de 7 de marzo de 1985 (asunto C-145/84) y 13 de marzo de 1997 (asunto C-131/95).

<sup>34</sup> La STJCE de 6 de noviembre de 2003 (asunto C-311/01) señaló que los trabajadores fronterizos conservan el derecho a las prestaciones por desempleo cuando se desplazan a un Estado miembro (...)

el derecho a ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro en que haya transcurrido su último período de actividad por cuenta ajena o propia, todo ello, sin perjuicio del artículo 64, es decir, sin perjuicio de la posibilidad de desplazarse físicamente a dicho Estado o a otro diferente para buscar un trabajo, conservando/exportando la prestación por desempleo (que se abona con cargo al Estado de residencia).

### 3.4. CÁLCULO DE LAS PRESTACIONES

La institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se base en la cuantía de la retribución o de los ingresos profesionales anteriores tendrá en cuenta exclusivamente el sueldo o los ingresos profesionales percibidos por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena o propia con arreglo a dicha legislación. Esta misma norma se aplicará igualmente en caso de que la legislación que aplique la institución competente prevea un período de referencia determinado para establecer la retribución que servirá de base al cálculo de las prestaciones, y de que el interesado haya estado sujeto durante la totalidad o una parte de ese período a la legislación de otro Estado miembro<sup>35</sup>.

Dicho de otro modo, aunque la legislación del Estado competente establezca un periodo mínimo determinado para establecer la retribución, bastará con que el trabajador haya cumplido dicho periodo incluso en otro Estado, sin importar la duración de cada periodo y el lugar de realización<sup>36</sup>.

El artículo 62.3 del Reglamento 883/2004 regula la determinación de la prestación de los antiguos trabajadores fronterizos y establece que: “la institución del lugar de residencia tendrá en cuenta la retribución o los ingresos profesionales (concepto más amplio que el de salario y que no denota ajenidad respecto de la actividad realizada por el interesado) del interesado en el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto durante su última actividad (habla de actividad y no de empleo con el objetivo de incluir a los trabajadores por cuenta ajena) por cuenta ajena o propia”.

La institución competente del Estado miembro a cuya “legislación haya estado sujeta la persona interesada durante su última actividad” por cuenta ajena o por cuenta propia comunicará sin demora a la institución del lugar de residencia, a solicitud de esta, todos los datos necesarios para calcular las prestaciones de desempleo que pueda

---

para buscar un empleo. El TJCE condena por incumplimiento a Holanda, porque negó a un trabajador fronterizo en paro total, residente en Holanda y ocupado previamente en Alemania, la facultad de desplazarse, conservando el derecho a Francia para buscar trabajo. Holanda consideraba que la regla específica para los fronterizos les excluía de la facultad de desplazamiento, porque sometía al trabajador fronterizo únicamente a la competencia del Estado de residencia. Para el TJCE una interpretación restrictiva como ésta no se justifica por la letra de los preceptos reglamentarios. Que el Estado competente sea el de residencia significa que este también debe ser el que garantiza la conservación de derechos; la finalidad es facilitar la movilidad del desempleado para buscar empleo en otro país, una posibilidad de la que no hay ninguna razón para excluir a los fronterizos.

<sup>35</sup> Conforme establece el artículo 62, apartados 1 y 2 del Reglamento 883/2004.

<sup>36</sup> GONZÁLEZ ROMO, J. A.: “La protección en la UE. El Reglamento 883/2004 por fin entra en vigor”, *cit.*, pág. 115.

obtener en el Estado miembro de residencia y, en particular, el importe del salario o de los ingresos profesionales percibidos<sup>37</sup>.

### 3.5. EL REEMBOLSO

El artículo 65.6 del Reglamento base establece que si bien el pago efectivo de la prestación, en el caso de desempleo total, lo facilita el Estado de residencia, sin embargo, será la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar la que reembolsará a la institución del lugar de residencia el importe total de las prestaciones facilitadas por esta última institución, durante los tres primeros meses, sin que por otro lado, el importe del reembolso durante este período pueda superar el importe que le corresponda según la legislación del Estado miembro competente.

La citada limitación en el reembolso de los 3 primeros meses, puede verse modificada en dos casos:

- Se ampliará a 5 meses cuando el interesado haya completado, en los 24 meses anteriores, periodos de actividad por cuenta ajena o propia (que se consideren para generar un derecho a prestaciones por desempleo) por un total de al menos 12 meses en el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar (artículo 65.7 Reglamento base).
- La posibilidad, por parte de 2 o más Estados miembros, o sus autoridades competentes, de que puedan convenir otras formas de reembolso o renunciar a todo reembolso entre las instituciones que de ellos dependen (artículo 65.8 Reglamento base).

De no producirse el acuerdo del artículo 65.8 Reglamento 883/2004, el artículo 70 del Reglamento de aplicación determina que la institución del lugar de residencia dirigirá a la institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto el beneficiario en último lugar la solicitud<sup>38</sup> de reembolso de las prestaciones de desempleo. La solicitud se cursará dentro de un plazo de 6 meses a partir del final del semestre civil durante el cual se haya efectuado el último pago de las prestaciones de desempleo cuyo reembolso se solicite; no se tomarán en consideración las solicitudes presentadas fuera del plazo previsto.

La cuantía máxima del reembolso será, en cada caso particular, la cuantía de la prestación a la que la persona de que se trate tendría derecho con arreglo a la legislación del Estado miembro a la que haya estado sujeta en último lugar si estaba inscrita en los servicios de empleo de dicho Estado miembro. No obstante, en las relaciones entre determinados Estados miembros (Bélgica, República Checa, Alemania, Austria, Eslovaquia y Finlandia), las instituciones competentes de uno de esos Estados miembros a cuya legislación estaba sujeta en último lugar la persona de que se trate determinarán la cuantía máxima en cada caso particular tomando como base la cuantía

<sup>37</sup> Artículo 54.2 del Reglamento de aplicación.

<sup>38</sup> La solicitud indicará la cuantía de las prestaciones abonadas durante los períodos de 3 o 5 meses, el período por el que se pagaron estas prestaciones y los datos de identificación del desempleado. Los créditos se introducirán y pagarán a través de los organismos de enlace de los Estados miembros de que se trate.

media de las prestaciones de desempleo concedidas en el año civil anterior con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro.

#### 4. CONCLUSIONES FINALES

Sería deseable desde una perspectiva teórica, llegar a editar un Código Europeo único sobre Seguridad Social, si bien no parece factible ir más allá aún de un buen texto de coordinación de sistemas nacionales, como es el Reglamento 883/2004 que sin duda supuso un paso muy positivo en la consecución del principio de libre circulación del Tratado de la UE respecto de la anterior regulación comunitaria en materia de prestaciones por desempleo.

Sin embargo, tan importante como el camino andado es el que nos queda por recorrer, pues diariamente aumenta el tránsito de beneficiarios de prestaciones por desempleo entre Estados miembros. Y teniendo en cuenta el las cifras del paro en casi todos los Estados miembros, y en particular en nuestro país, junto a la complejidad del procedimiento de otorgamiento de las prestaciones, nos hace reflexionar sobre el futuro de esta temática.

Las directrices de la futura reforma deberán estar encaminadas a una simplificación en los procedimientos, entre ellos la equiparación en la medida de lo posible del proceso de otorgamiento de todas las prestaciones de Seguridad Social, de tender a la uniformidad de las prestaciones con independencia de su causa de origen (profesional o no), así como idear un mecanismo de intercambio electrónico de información, que acorte el número de transmisiones y transacciones entre organismos competentes de los Estados miembros en la gestión de las prestaciones.

Otra sugerencia que estimo necesaria, es la de realizar un mayor esfuerzo en dotar de más claridad a la redacción de las normas, lo que contribuirá a una mayor seguridad jurídica. Para ello, el legislador, que en esta materia va por detrás de los hechos, ha de tener muy en cuenta el importante bagaje doctrinal y jurisprudencial que a lo largo de los últimos años ha venido interpretando los preceptos de los Reglamentos comunitarios.



# XIV. CAPITALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN EL MARCO DEL REGLAMENTO 883/2004

FRANCISCO VILA TIERNO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Magistrado (supl) TSJA*

## 1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y PAGO ÚNICO

Parece innecesario recordar que, cuando un trabajador pierde su empleo de manera involuntaria y, si ha reunido los requisitos de cotización necesarios, pasa a estar en situación legal de desempleo, con derecho a la prestación correspondiente.

Piénsese, no obstante, que la intención de esa prestación no es consolidar la situación como desempleado, sino de servir de transición hacia el empleo en tanto vinculada a la búsqueda activa del mismo.

En este sentido, un mecanismo previsto para que de manera cuasi automática se pase de realizar una actividad remunerada a otra que sirva como medio de vida, es el pago único en la prestación por desempleo<sup>1</sup>.

Esta fórmula se configura como “un instrumento para el fomento del autoempleo, consistente en la percepción en un sólo pago del importe total o parcial del valor actual de la prestación por desempleo de nivel contributivo a la que tenga derecho el trabajador desempleado, para propiciar su constitución como trabajador autónomo o su integración en una entidad societaria. También se admite que la prestación capitalizada pueda destinarse a subvencionar las cotizaciones a la Seguridad Social por el desarrollo de la nueva actividad. Se excepciona de este modo la modalidad habitual de pago de la prestación por desempleo, que se abona con periodicidad mensual, como fórmula para promover el autoempleo individual o colectivo, proveyendo de ingresos a los trabajadores que han perdido su ocupación a fin de que puedan iniciar un proyecto económico”<sup>2</sup>.

Dicho de otro modo, cabe la posibilidad de que la prestación de carácter contributiva se perciba de una sola vez acumulada con el objeto de dedicarla a la inversión en el tipo

---

<sup>1</sup> Sobre la finalidad de fomento del autoempleo de la capitalización de la prestación por desempleo: CASAS BAAMONDE, M.E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Y VALDÉS DAL-RÉ, F. “La huida del derecho del trabajo hacia el “emprendimiento”, las reformas de la Reforma Laboral de 2012 y otras reformas: la L 11/2013 y el RDL 11/2013” *Relaciones Laborales*, N° 10, Sección Editorial, Octubre 2013, Año 29, pág. 1, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 7239/2013 (versión on line, pág. 5). En general sobre la creación de empleo: ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. Y PLAZA ANGULO, J.J., “Subrogación empresarial de un trabajador autónomo y prestación por desempleo en pago único”, *Temas Laborales*, n° 104, 2010, pág. 293.

<sup>2</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. “La capitalización de las prestaciones por desempleo y cese de actividad como medidas de fomento del emprendimiento social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 43 (2016), pág. 42.

de empresas definidas en la norma, o bien a sufragar la cotización del trabajador a la Seguridad Social.

Para ello, el art. 296 LGSS, con la redacción que al respecto se ha introducido por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, establece dos vías para acceder al referido mecanismo del pago único. En primer lugar, cuando venga así previsto en un programa de fomento de empleo o, en segundo término, cuando un programa de tal naturaleza tenga como objeto facilitar la movilidad geográfica –en este caso prestación o subsidio<sup>3</sup>–.

De una forma más detallada puede especificarse que los beneficiarios de una prestación por desempleo pueden solicitar de la entidad gestora el pago del importe de las mensualidades pendientes de abono, de manera total o parcial, siempre que concurra una de las siguientes finalidades:

- incorporarse como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, ya existentes, de forma estable. Aunque se haya mantenido una relación contractual previa con las mismas<sup>4</sup>;
- iniciar su actividad como trabajador autónomo<sup>5</sup>;
- constituir o invertir el importe total en una entidad mercantil. A estos efectos la referida mercantil debe ser de nueva creación o constituida en un plazo no superior a los 12 meses anteriores a la aportación<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Así, los apartados 3 y 4 del citado art. 296 disponen que, en el primer caso se permiten abonos parciales para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social y, en el segundo, es posible recibir el importe de una mensualidad de prestación o de tres meses del subsidio, pendientes de percibir, con el objeto de ocupar un empleo que implique cambio de residencia: “3. Cuando así lo establezca algún programa de fomento del empleo, la entidad gestora podrá abonar de una sola vez el valor actual del importe, total o parcial, de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador y que esté pendiente por percibir.

*Asimismo, podrá abonar a través de pagos parciales el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador para subvencionar la cotización del mismo a la Seguridad Social.*

*4. Cuando así lo establezca algún programa de fomento de empleo para facilitar la movilidad geográfica, la entidad gestora podrá abonar el importe de un mes de la duración de las prestaciones por desempleo o de tres meses de la duración del subsidio por desempleo, pendientes por percibir, a los beneficiarios de las mismas para ocupar un empleo que implique cambio de la localidad de residencia”.*

<sup>4</sup> Se realizará en un solo pago, con el objeto de facilitar el ingreso del trabajador desempleado en la cooperativa o sociedad laboral. Para ello, se prevé la aportación al capital de la cooperativa, incluyendo la cuota de acceso o ingreso, en el caso de las primeras, y la compra de acciones o participaciones en el caso de las segundas.

No obstante, en el supuesto de que se trate de la puesta en marcha de una nueva cooperativa o sociedad, el pago único puede también destinarse a sufragar gastos de constitución, inicio de la actividad, asesoramiento, formación o información, precisos para ese fin.

<sup>5</sup> De igual modo, el abono se hace en un solo pago con el objeto de hacer frente a los costes necesarios para tal actividad y puesta en marcha. En este sentido y para evitar supuestos de transición no contemplados en el marco de esta institución, no podrán acogerse a la misma quienes tuvieren la condición de trabajadores económicamente dependientes respecto de la empresa o grupo empresarial cuya actividad ahora asume (art. 34.1 Ley 20/2007).

<sup>6</sup> “siempre que vayan a poseer el control efectivo de la misma, conforme a lo previsto por la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y a ejercer en ella una actividad profesional, encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

(...)

Resulta especialmente interesante, a los efectos de este análisis –sin que se aludan a elementos concretos que afecten a su validez o tramitación–, enumerar los requisitos de acceso a esta modalidad de pago único que se corresponden con los siguientes<sup>7</sup>:

- cese definitivo de su actividad laboral;
- inexistencia de una situación de pago único en los cuatro años anteriores;
- ser acreedor de un mínimo de tres mensualidades de la prestación por desempleo;
- comienzo de la actividad en un plazo no superior a un mes, con alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social, salvo que se pueda justificar la imposibilidad de inicio, en cuyo caso, la entidad gestora puede ampliar el plazo un mes. En este sentido, la citada actividad no se podría haber iniciado antes de la solicitud de la capitalización<sup>8</sup>;
- destinar a la actividad prevista en la memoria la cantidad capitalizada o la fijada en aquella.

El efecto de la falta de inicio de la actividad o no destinar las cantidades capitalizadas al fin previsto, se considera cobro indebido de prestaciones con la necesidad de reintegro a la entidad gestora.

Junto a aquellos requisitos, es preciso cumplir con unos trámites formales que permitan acreditar que el beneficiario cumple con los mismos, consistentes en la presentación de solicitud ante el SPEE –antes del inicio de la actividad– acompañada de la documentación siguiente:

- memoria explicativa en la que se detalle tanto el proyecto de inversión, como de la actividad que se va a realizar y documentos que prueben su viabilidad;
- acreditación de su condición de trabajador autónomo, si es ésta su situación o certificación de haber solicitado el ingreso en cooperativa o sociedad laboral;
- proyecto de estatutos, en el supuesto de nueva creación de cooperativa o sociedad laboral<sup>9</sup>.

Cumplidos estos trámites y analizada la viabilidad de la actividad a realizar, el SPEE dictará resolución recurrible ante la jurisdicción social.

Y ello nos lleva a plantearnos la reflexión sobre la que gira este trabajo. Si tenemos en cuenta los requisitos comentados, así como la finalidad de la capitalización<sup>10</sup>, ¿es

*No se incluirán en este supuesto aquellas personas que hayan mantenido un vínculo laboral previo inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo con dichas sociedades u otras pertenecientes al mismo grupo empresarial*". En cualquier caso, como en los supuestos anteriores, se incluyen cargas tributarias y tasas y gastos de asesoramiento, formación o información (art. 34.1 Ley 20/2007).

<sup>7</sup> Vid. v.gr. STS 30 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5894).

<sup>8</sup> No obstante, si pueden haberse desarrollado actuaciones anteriores que conduzcan a la puesta en marcha de la actividad, determinándose, a estos efectos, que la fecha que se toma como referencia es la del alta en Seguridad Social. Vid. al respecto, v.gr. STS 10 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 393).

<sup>9</sup> Quedando condicionado el pago único a su acceso o la inscripción en el Registro.

<sup>10</sup> Es interesante, en este sentido, ver la evolución de los objetivos y finalidades de esta institución en su evolución normativa en CABEZA PEREIRO, J., "El pago único de la prestación por desempleo en el contexto de las políticas de activación", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 1 (2014), pág. 233.

posible la solicitud del pago único para la realización de una actividad en el marco de un país miembro de la Unión Europea?

A esta cuestión dedicaremos los siguientes epígrafes.

## 2. EL REGLAMENTO 883/2004

El Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (DOUE de 30 de abril), regula en su Título III, Capítulo 6, las normas relativas a las Prestaciones por Desempleo. Regulación, que como el resto de la norma resulta compleja y farragosa<sup>11</sup>.

En este sentido, el art. 64 contempla el desplazamiento de desempleados a otros Estados miembros, mientras que el art. 65 se centra en la situación de aquellos beneficiarios de una prestación que residan en un país distinto al competente en materia de la prestación que pudiera corresponderle.

No obstante, aquellos artículos contemplan supuestos en los que el beneficiario es perceptor de una prestación periódica y se quiere garantizar, al menos parcialmente, su mantenimiento. Mientras, en el supuesto de capitalización de la prestación por desempleo no se mantiene ni la citada prestación periódica ni se tendrían que generar obligaciones para el país dónde decida radicarse la actividad emprendedora.

En esta línea, debería analizarse si el Reglamento de referencia tiene una regulación específica de esta materia o, si por el contrario, no existe una ordenación expresa de tal cuestión y, por tanto, si se requiere una interpretación finalista de los preceptos del mismo que nos permitan llegar a alguna conclusión.

Debe partirse, a tal efecto, de la norma general que contempla el art. 7 del Reglamento que, bajo el epígrafe “Supresión de las cláusulas de residencia” dispone lo siguiente: “Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”.

De acuerdo con tal previsión y aplicándola de manera directa al caso de la prestación –en metálico– en su modalidad de pago único, no debería verse afectada por el hecho de que el beneficiario se encuentre en un Estado miembro distinto al español, si se reconoce el derecho a la prestación de desempleo, salvo que, exista alguna disposición expresa en otro sentido. No obstante, este no es el tenor literal del precepto. En el mismo lo que se indica es que la prestación no se verá afectada, pero lo importante es determinar su alcance.

---

<sup>11</sup> En este sentido y respecto a otra parte del Reglamento pero que es ilustrativo de este carácter complejo, vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. “¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares? análisis crítico del capítulo 8 del reglamento 883/2004”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ISSN-e 1696-9626, N.º. 32, 2012.

Así, es preciso distinguir entre el reconocimiento al derecho a la prestación por desempleo y el derecho a percibir su importe mediante un pago único. Podría entenderse, en tal caso, que se respeta el derecho a la prestación aunque no se reconozca la posibilidad de capitalización, por cuanto que ello estará sometido a la valoración de la entidad gestora y al cumplimiento de una serie de requisitos.

Ello supondría, sin embargo, situar al potencial beneficiario ante un pago mensual al que le sería de aplicación lo previsto en los citados arts. 64 o 65 del Reglamento. Lo que habría que concluir es si en tales circunstancias no se ha visto afectada la cláusula general del art. 7 del Reglamento. Pero llegados a este extremo, es fundamental destacar que el art. 63 dispone de manera expresa, clara y tajante en relación a la reiterada cláusula que “A efectos del presente capítulo, el artículo 7 se aplicará únicamente en los casos previstos en los artículos 64, 65 y 65 bis, y ello dentro de los límites establecidos en dichos artículos”.

Llegamos así a un círculo cerrado del que difícilmente se puede salir, ya que, la supresión de las cláusulas de residencia se limita a los supuestos de tales disposiciones normativas, sin que, en las mismas, se prevea el pago único.

Vayamos por partes. En la órbita de las normas generales, la única disposición al respecto es el art. 11.3 c) al indicar que “la persona que reciba una prestación de desempleo de conformidad con el artículo 65 en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia estará sujeta a la legislación de dicho Estado miembro”. Lo que serviría, también, para solventar aquellos supuestos en los que se mantiene el pago periódico.

Si se acude, por tanto, a las normas específicas en materia de desempleo, es el art. 63 el que marca las pautas. Y las pautas es la aplicación de los arts. 64 y 65 –el 65 bis se refiere a un supuesto concreto de trabajadores transfronterizos<sup>12</sup>–. Esto es, pago periódico, puesto que, aunque no se indique expresamente, este es del modelo que se parte.

Lo curioso de todo ello es que es la propia Comisión Europea la que impulsa el reconocimiento de la figura del pago único.

Veamos, de cualquier modo, aquellos preceptos. Y así el art. 64 se destina a los casos en los que una persona desempleada que cumpla los requisitos para el cobro de una prestación, se desplace a otro país para la búsqueda de trabajo. Quedaría, por tanto, en principio, excluido de aplicación si se solicita la capitalización puesto que, de acuerdo con los requisitos para que se conceda ésta, su finalidad es incompatible con la búsqueda de empleo, pero sí con una inversión en una actividad económica –cuestión distinta es que en una salida para dicha búsqueda de empleo surja esta opción–.

Debemos situarnos por tanto en la esfera del art. 65. En su apartado primero se contemplan situaciones de desempleo parcial o intermitente lo que parece no casar con

---

<sup>12</sup> En este sentido, resulta especialmente interesante, particularmente por su análisis de los efectos del art. 65 del Reglamento: CARRASCOSA BERMEJO, M.D. “Buenas prácticas respecto de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos en los reglamentos de coordinación de la UE” en *Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social (III)* (coord. por María Dolores Ramírez Bendala), 2015, ISBN 978-8492602-92-6, págs. 11-37.

la exigencia de cese absoluto del empleo como requisito para el pago único. En su apartado segundo, que es el que delimita el supuesto de hecho sobre el que gira el resto del precepto, se configura sobre una situación en la que se presentan tres elementos: país de residencia en el que se ha desarrollado la última actividad productiva, estado competente en relación a la prestación por desempleo y trabajador que en algún momento ha cambiado su lugar de residencia.

Si comparamos esta descripción o sucesión de elementos y una solicitud de capitalización de la prestación por desempleo observamos que cuando se produce el hecho causante, esto es, la pérdida del empleo, ya se han hecho presentes todos y cada uno de los citados elementos, mientras que en el supuesto de pago único en el que se pretende una inversión fuera de nuestro país, todavía no se ha producido el hecho migratorio. Así, lo que se plantea es la posibilidad de que un trabajador de un país miembro se vaya a otro distinto para ejercer una actividad, a cuya finalización, retorne a su país de residencia o permanezca en el mismo, y acceda a la prestación por desempleo en este último computándose el tiempo trabajado en el otro país.

De esta forma, el art. 65 lo que establece es un entramado de reglas que facilite la prestación de servicios remunerados en distintos países de la Unión, mediante la garantía de acceso a prestaciones por desempleo en caso de pérdida del trabajo en uno de ellos, con diferentes mecanismos de compensaciones e instrucciones para el pago.

Se regula, en síntesis, mediante la aplicación Reglamento, la posibilidad de exportar las prestaciones de un país a otro. La posibilidad de facilitar la prestación de servicios y la cobertura por la falta de empleo en el ámbito de la Unión. Pero, sin embargo, nada se dice si la intención no es la de disfrutar de la prestación de un modo continuo, sino la de contribuir a la propia actividad económica en el seno de la UE mediante la inversión de la prestación según el modo previsto para el pago único.

### 3. LA POSIBILIDAD DE EXPORTAR PRESTACIONES Y LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

Atendiendo a lo analizado en el epígrafe precedente, lo que se contempla tanto en el art. 64 como en el 65 del Reglamento, es la consecuencia directa de lo previsto en los arts. 45 y 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>13</sup> –en adelante TFUE–,

<sup>13</sup> Artículo 45:

1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.
2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.
3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:
  - de responder a ofertas efectivas de trabajo;
  - de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;
  - de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;
  - de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión...”

Art. 48: “El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre (...)”

es decir, la garantía del derecho de Libre Circulación de Trabajadores<sup>14</sup> y el mandato a los órganos de la UE para la configuración de las normas en materia de Seguridad Social que no impidan tal derecho, especialmente mediante la existencia de normas que permitan “el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros” (art. 48 TFUE)<sup>15</sup>.

De igual modo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 15.2 dispone que “Todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro”. Lo que debe completarse con lo previsto en el art. 34.2 que establece que “Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales” e incluso por el art. 45.1: “Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”. En este sentido la libre circulación de trabajadores en los países del Espacio Económico Europeo se configura como un derecho fundamental en el marco de la UE, que permite a sus ciudadanos el establecimiento en cualquiera de los Estados miembros y trabajar libremente en igualdad de derechos con los nacionales del país en el que se haya establecido<sup>16</sup>.

Ciertamente, la falta de reconocimiento de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, de acuerdo a lo que se prevea en la normativa española, no impide el acceso a la prestación mediante su pago periódico, por lo que no se limita la Libre Circulación en lo que respecta a la regulación en materia de Seguridad Social y ventajas sociales. No obstante, es conveniente, a estos efectos, tener presente lo previsto en el art.49 TFUE<sup>17</sup>. En el mismo, regulador de la Libertad de Establecimiento, se

---

circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes:

- la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas;
- el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros...”

<sup>14</sup> Vid. de manera amplia: MELLA MÉNDEZ, L. “Libre circulación de trabajadores. Principio de igualdad de trato”. *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, ISSN 0212-6095, Nº 112, 2002, págs. 599-620.

<sup>15</sup> Vid. sobre el mantenimiento actual de obstáculos: PÉREZ CAMPOS, A.I. “Libre circulación de trabajadores y búsqueda de empleo balance y perspectivas” en *Revista de derecho migratorio y extranjería*, ISSN 1695-3509, Nº. 37, 2014, págs. 35-52.

<sup>16</sup> Sobre el particular, puede citarse una breve síntesis pero muy clarificadora en SEMPERE NAVARRO, A.V. “Apuntes sobre Libre Circulación de Trabajadores y cuestiones conexas” en AA.VV. (Monereo Pérez y Márquez Prieto, direcc), *La Política y el Derecho del Empleo en la Nueva Sociedad del Trabajo*, editorial Comares, 2016, págs. 313 a 315.

<sup>17</sup> “En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales”.

incluye, dentro del marco de tal derecho, la facultad de acceder “a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades...”.

De este modo, resulta que, por una parte, se garantiza, por la aplicación de los arts. 64 y 65 del Reglamento la Libre Circulación de trabajadores –sean o no asalariados– mediante la posible exportación de prestaciones. La consecuencia es que una prestación periódica se puede mantener en los términos expresamente previstos, pero no así, por lo que parece, una prestación en un solo pago. O al menos no hay una regulación específica.

La duda, por tanto, es si se afecta, en ese caso, a alguna de la Libertades básicas de la Unión Europea, concretamente, la Libre Circulación –de trabajadores o capitales– o de Establecimiento. Y es que, por una parte, se puede aludir a la condición de trabajadores que se utiliza en el marco comunitario, dentro del cual podría seguir incluyéndose<sup>18</sup>.

Antes las dudas que podría suscitar, no obstante, la inclusión o no en el concepto de trabajador a los efectos de garantizar la Libre Circulación por esta condición, así como la aplicación de lo previsto en los arts. 64 y 65 del Reglamento 883/2004, hemos de señalar que nos estamos refiriendo, en todo caso, a un trabajador por cuenta ajena que se encuentra en situación legal de desempleo y que acude a una de las posibilidades que se contemplan en la normativa interna en relación al pago, pero no por ello pierde su referida naturaleza como trabajador por cuenta ajena desempleado que reclama la protección que tal condición le puede otorgar

Es conveniente, en este punto, referirnos al Reglamento (UE) N° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión que, en su art. 7, implanta la igualdad de trato entre nacionales de los países de la UE a efectos laborales, sociales y fiscales<sup>19</sup>. O, en el mismo sentido, la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores<sup>20</sup>. El contenido de tales instrumentos normativos va en la línea de no crear situaciones discriminatorias

<sup>18</sup> De manera amplia y detallada sobre el concepto de trabajador en el marco comunitario y la evolución de la jurisprudencia: CABEZA PEREIRO, J. “La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social núm. 122. Derecho social Internacional y Comunitario, 2016, págs. 21 y ss.

<sup>19</sup> Artículo 7:

1. En el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo.

2. Se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.

<sup>20</sup> Artículo 2. Ámbito de aplicación

1. La presente Directiva se aplica a los siguientes aspectos, a que se refieren los artículos 1 a 10 del Reglamento (UE) no 492/2011, de la libre circulación de los trabajadores:

a) acceso al empleo;

b) condiciones de empleo y trabajo, en particular por lo que se refiere a la remuneración, el despido, la salud y la seguridad en el trabajo y, en caso de desempleo, a las condiciones de reintegración profesional o de nuevo empleo...”

en un país de la Unión respecto a los nacionales de otro Estado miembro<sup>21</sup>, pero lo cierto es que sí se van a crear situaciones de desigualdad basadas en el hecho de la residencia respecto a nacionales de un mismo país. Esto es, no se producen diferencias respecto a nacionales de distintos países pero sí respecto de uno propio.

Por otra parte, existiría el derecho a la Libertad de establecimiento por las facilidades que deben darse para la libre prestación de servicios. Pero, a la par, no es menos cierto que en cuanto a ciudadanos de la Unión, gozarían del derecho a la Libre circulación de personas<sup>22</sup> consagrado en los arts. 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE); art. 21 y títulos IV y V del TFUE; y art. 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Un derecho que encuentra su desarrollo en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (con el precedente, entre otras, de las Directiva 90/365/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional). Al tiempo, el Parlamento Europeo, en Resolución, de 16 de enero de 2014, sobre el respeto del derecho fundamental a la libre circulación en la UE, indica a los Estados miembros que cumplan las disposiciones del Tratado sobre la libertad de circulación y que garanticen el respeto al derecho fundamental a la libre circulación, en particular en lo que respecta al acceso al empleo, las condiciones de trabajo, la remuneración, el despido y las ventajas sociales y fiscales.

En este marco, se exige que para estancias que superen los tres meses, el ciudadano de la Unión y los miembros de su familia, si no trabajan, deben disponer de recursos suficientes. Y este es, justamente el argumento que ampara el reconocimiento del derecho a la prestación en su modalidad de pago único, puesto que esta fórmula permitiría disponer de aquellos recursos que les facilitarían permanecer en otro país de la UE de acuerdo a la libre circulación de personas a la que se ha aludido. De otro modo, la negativa al reconocimiento de tal derecho sería poner una traba no justificada para el desarrollo y ejercicio de este pilar básico en la Unión.

De esta forma, y ciñéndonos de nuevo al ámbito del art. 45 TFUE, se configuran los derechos de los ciudadanos europeos a la libre circulación en relación al empleo<sup>23</sup>. Para dar respuesta, se contempla el principio de exportabilidad<sup>24</sup> que se sitúa en la órbita del art. 64 del Reglamento –aunque, como decíamos, no resulta el anclaje perfecto<sup>25</sup>– y que

<sup>21</sup> Para un estudio detallado sobre la Libre Circulación de trabajadores: MANEIRO VÁZQUEZ, Y. “La libre circulación de trabajadores”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social núm. 122, Derecho social Internacional y Comunitario, 2016, págs. 167 y ss.

<sup>22</sup> *Ibidem*, págs. 179 y ss.

<sup>23</sup> <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=457&langId=es>

<sup>24</sup> Se tiene derecho a una prestación en metálico en un país, puede seguir percibiéndose aunque se resida en otro: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=849>

<sup>25</sup> “...el contenido del art. 64 del Reglamento comunitario 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, lugar en donde se contiene una amplia regulación de los desplazamientos de desempleados en el ámbito de la Unión Europea, y en donde, entre otras cosas, recuerda que la persona desempleada debe cumplir con los requisitos de la legislación del Estado miembro competente para tener derecho a las prestaciones y que, si se desplaza a otro Estado miembro para buscar trabajo en él, conservará su derecho a las prestaciones de desempleo en metálico en determinadas condiciones y con sometimiento a límites concretos, entre los que destaca, en su apartado c), la conservación del derecho a las prestaciones durante un período de tres meses a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado (...)

requiere la tramitación que se regula al efecto, esencialmente mediante la presentación del formulario U2 en el Estado en el que ha perdido el empleo –para su remisión en el que busca empleo– y que consiste en la autorización de la entidad gestora que permite exportar las citadas prestaciones por desempleo.

Así, en base a este último instrumento, si se permite la exportación de las prestaciones, no debe impedirse que ello pueda realizarse respecto al pago único, puesto que esto repercutiría en el conjunto de Libertades básicas que conforman el derecho a la Libre Circulación y Establecimiento.

Ello, y que no parece coherente establecer un marco más limitado de derechos para los trabajadores emigrantes.

#### 4. CONCLUSIONES: POSIBILIDAD DE INVERSIÓN EN LA UE

Retomando la última de las reflexiones, parece adecuado centrarse en la igualdad que es predicable entre trabajadores que prestan servicios en el ámbito geográfico nacional y aquellos que van a hacerlo fuera, si bien, la actuación de los Servicios Públicos de Empleo, dista todavía mucho del alcance que debería tener para articular medidas reales de fomento del movilidad en el seno de la Unión, entre las que podría situarse la falta de una regulación adecuada de los supuestos de capitalización, no para buscar empleo en el extranjero, sino para iniciar una actividad empresarial en la UE<sup>26</sup>.

En este sentido, son tres los argumentos clave los que nos servirán para justificar el necesario reconocimiento de la prestación en pago único para invertir en la Unión: a) la posibilidad de exportación de prestaciones y la exclusión de posibles diferencias injustificadas entre españoles residentes y españoles emigrantes; b) la finalidad de la medida como lucha contra el desempleo y el fomento del autoempleo; c) la existencia de figuras análogas como el pago para el retorno de extranjeros a sus países de origen.

##### a) Exportación de prestaciones y Derecho de Igualdad

La “Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, promulgada en cumplimiento del mandato contenido en el art. 42 de la Constitución Española, configura el marco jurídico que garantiza a los españoles del exterior el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales en términos de igualdad con los españoles residentes en España”<sup>27</sup>.

Ello implica que se adopten las medidas necesarias para garantizar la igualdad real. Que se asuman acciones positivas que permitan al sujeto amparado por dicha Ley acceder a un marco de garantías y protección equiparable al de cualquier otro ciudadano español, pero eliminando también, diferencias injustificadas en la aplicación de normas

---

miembro del que proceda”. AZAGRA SOLANO, M “Prestación por desempleo. ¿Qué pasa si me marchó al extranjero?”. *Revista Aranzadi Doctrinal* num.4/2013 parte Comentario, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2013. (BIB 2013\1345, pág.3).

<sup>26</sup> Un análisis completo sobre la actuación y políticas de empleo para emigrantes: VILA TIerno, F. “El papel de los servicios de empleo en la emigración de trabajadores nacionales” en AA.VV. *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio: tutela jurídico-social de los trabajadores emigrante*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

<sup>27</sup> RIVAS VALLEJO, P. “Migración Española del Siglo XXI y Políticas Migratorias Públicas”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 40 (2015), IUSTEL, publicación *on line*.

aparentemente neutras, que nos llevarían ante posibles supuestos de discriminación indirecta.

Se requiere así una visión amplia y flexible de las normas que, de uno u otro modo favorecen la movilidad, puesto que el único elemento diferencial entre españoles residentes en nuestro país y españoles emigrantes es su perfil específico derivado de tal movilidad. “De manera concreta, es posible afirmar que la ausencia de un enfoque particularizado los colocaría en una situación de desventaja que desequilibra su posición frente a la de terceros para, entre otros, obtener un empleo o acogerse a una medida de protección social”<sup>28</sup>. Una movilidad que, por otra parte, es objeto de impulso continuo desde ámbitos europeos<sup>29</sup>.

Pero el reconocimiento de la referida protección viene condicionada por la pertenencia al ámbito subjetivo de la Ley, que tiene la finalidad de protección integral mediante el establecimiento de un catálogo de derechos, que son de aplicación a (art. 2 de la Ley):

- Quienes ostenten la nacionalidad española y residan fuera del territorio nacional.
- La ciudadanía española que se desplace temporalmente al exterior, incluyendo a quienes lo hagan en el ejercicio del derecho a la libre circulación.
- Los españoles de origen que retornen a España para fijar su residencia, siempre que ostenten la nacionalidad española antes del regreso.

Y aunque ciertamente entre los derechos que se reconocen en tal norma no está el de capitalización de la prestación por desempleo, si serviría para dar carta de naturaleza a la equiparación de derechos entre los colectivos citados y los españoles que van a continuar su actividad en el Estado español, puesto que, de otro modo, se estaría ante un trato desigual no amparado por norma alguna.

#### b) La lucha contra el desempleo y el fomento del autoempleo

De una manera gráfica se afirma que “Es de todos conocida la preocupación de los Estados por evitar tasas o niveles altos de desempleo. Preocupación que ha hecho suya la UE. Por ello, dentro de las distintas fórmulas estudiadas para el aumento del empleo, a las que más importancia se les está dando son las referidas al desarrollo del espíritu empresarial. Las directrices comunitarias convergen en la idea de incentivar la creación de empresas y, en particular, hacia el autoempleo individual o social. El desarrollo del «espíritu empresarial», de acuerdo con la Comisión Europea, conlleva la adopción de una serie de medidas o instrumentos para conseguir un clima favorable a la creación y permanencia de las empresas. Evidentemente, para establecer un entorno favorable a la creación de empresas, si se quieren crear condiciones óptimas para el ejercicio empresarial han de eliminarse «todas las barreras y obstáculos que impidan la creación de empresas o que disuadan a los ciudadanos para crearlas»<sup>30</sup>

<sup>28</sup> VILA TIerno, F.op. Cit.

<sup>29</sup> Vid. v.gr. Directiva 2014/54/UE de Parlamento Europeo y del Consejo: medidas a la libre circulación de trabajadores de la UE.

<sup>30</sup> ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “Medidas de creación de empleo”, pág. 390-391, en AAVV, *Lecciones de Derecho del Empleo*, Dir. Rodríguez-Piñero Royo, Tecnos, Madrid, 2006; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. Y (...)

Obviamente, en este sentido puede entenderse las limitaciones que pudieran establecerse al pago único por el mero hecho de que la inversión se va a efectuar fuera del ámbito nacional, podía entenderse como una dificultad sobrevenida e injustificada que se opone tanto a la normativa como al espíritu de la UE.

Del mismo modo, y ya en un marco más interno, se ha considerado que “una de las opciones generadoras de empleo consiste en encontrar fórmulas que potencien el autoempleo de los propios trabajadores desempleados, mediante la creación de sociedades y/o cooperativas –inclusive la vía de la incorporación como socios trabajadores a sociedades laborales o cooperativas ya constituidas, o mediante su constitución como empresarios individuales. Así lo entendieron nuestros constituyentes al redactar el art.129.2 de la CE, el cual dispone que los poderes públicos promoverán las diversas formas de participación en la empresa y que fomentarán, mediante una legislación adecuada, las cooperativas, añadiendo que «también establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción»<sup>31</sup>.

Es decir, en todo caso, lo que se promueve es fomentar la creación de empleo –sea por cuenta propia o ajena– como también se ha reconocido por nuestros órganos judiciales –vid. STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, Sentencia 1465/2014 de 19 Dic. 2014, Rec. 789/2014 en relación a pago único y búsqueda de empleo en el Reino Unido–, por lo que limitar la capitalización de la prestación del empleo para incentivar la puesta en marcha de actividades en España es privar de gran parte de su potencialidad a la norma, más aun en el contexto europeo en el que debe situarse.

Y todo ello al margen de los instrumentos de compensación que pudieran producirse entre Estados miembros como consecuencia de la exportación de prestaciones.

#### c) Pago a extranjeros que retornan a su país de origen

Por último, el R.D. Ley 4/2008, de 19 de septiembre –desarrollado por RD 1800/2008, de 3 noviembre–, reconoce a los trabajadores extranjeros no comunitarios en situación de desempleo, el derecho a cobrar la prestación por desempleo acumulada (en dos plazos) con la finalidad de facilitar el retorno voluntario a su país de origen<sup>32</sup>.

Se trata, en esta hipótesis, de un pago a fondo perdido que no aporta, en ningún caso, riqueza a nuestro entorno, pero que tiene una finalidad específica de rebajar una supuesta finalidad migratoria, pero no, de ninguna manera la creación de empleo o autoempleo, que es el objetivo propio y concreto del pago único.

---

PLAZA ANGULO, J.J. “El desempleo en su modalidad de pago único como ayuda a nuevos emprendedores. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2007”, *Temas Laborales* núm. 95/2008. Págs. 283-296. CAVAS MARTÍNEZ, F. Op, cit. pág. 43.

<sup>31</sup> CAÑAL RUIZ, J.M. Y MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA, M.D. “El pago único de la prestación por Desempleo: régimen jurídico y novedades introducidas por la ley 45/2002, de 12 de diciembre” *Temas Laborales* Núm. 68/2003. Pág. 106.

<sup>32</sup> Siempre que se den los requisitos exigidos al efecto de estar inscritos como demandantes de empleo, estar en situación legal de desempleo por extinción de la relación laboral y derecho a la prestación contributiva, asumir un compromiso de retorno (y no vuelta en 3 años) y no estar incurso en los supuestos de prohibición de salida.

No parece de este modo que se pueda contemplar para un objeto que no es propio de esta figura y no para destinarlo a su origen. Del mismo modo que carece de lógica otorgarlo a trabajadores extranjeros y negarlo a trabajadores españoles o comunitarios, por más que se contemple como medida específica para aquellos, si bien, no se ha excluido respecto de estos últimos. Y, finalmente, no parece razonable que se pueda destinar a fondo perdido para el exterior y no al marco comunitario.

A modo de última conclusión, si no hay exclusión –que no sería conforme a la regulación comunitaria– expresa de esta medida para invertir en el marco comunitario: *ubilex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.



# XV. LA TOTALIZACIÓN DE PERÍODOS DE SEGURO DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS COMUNITARIOS PARA EL ACCESO A LA PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD EN ESPAÑA

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS  
*Universidad de Málaga*

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde sus orígenes en el ámbito de la regulación comunitaria, y actualmente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), la protección social de la Seguridad Social no se ha contemplado como una materia en la que sea competente la Unión Europea. Pero es cierto que, a pesar de no haberse dedicado la Unión Europea a la armonización de las legislaciones de Seguridad Social de los Estados miembros, sí ha adoptado normas que han afectado a la regulación nacional de los sistemas de Seguridad Social<sup>1</sup>.

Por lo que nos interesa, sí se ha reglamentado por parte de la Unión Europea en materia de Seguridad Social respecto de la protección de los trabajadores migrantes. Y ello porque el artículo 48 TFUE (norma recogida también en los textos que la precedían) se refiere exclusivamente a que la legislación europea en materia de Seguridad Social lo sea para establecer medidas necesarias para la libre circulación de los trabajadores creando mecanismos para la conservación de derechos, adquiridos o un curso de adquisición, de Seguridad Social de tales trabajadores.

Y es que uno de los objetivos tradicionales (y fundacionales) para la construcción comunitaria ha sido la libertad de circulación de los trabajadores (en la actualidad, art. 20 TFUE). Se entendió necesaria esa movilidad de mano de obra con el fin de combatir la pobreza y la exclusión social, y elevar las tasas de empleo, por lo que los flujos

---

<sup>1</sup> A modo ilustrativo: en materia de igualdad de trato entre mujeres y hombres o en materia de prevención de riesgos laborales que han exigido modificaciones de normas prestacionales de la Seguridad Social (recuérdese, por ejemplo, en España las prestaciones de riesgo durante el embarazo o durante lactancia).

También, en base a los arts. 19, 145 a 150 y 151 a 161 de la TFUE se han establecido diversas normas o pautas, la mayoría de ellas en lo que se llamado el *soft law*, para la lucha contra la pobreza, la exclusión social y la discriminación.

Sin duda, donde más se ha notado la influencia de la Unión Europea en los sistemas nacionales de Seguridad Social ha sido a través de los Pactos de Estabilidad y Crecimiento y su sistema de sanciones a los Estados que superaran el nivel de endeudamiento que subiera acordado como admisible. En aplicación de tales Pactos se ha “aconsejado/obligado” a los Estados a reformar (¿o realmente quería decirse recortar?) los sistemas de Seguridad social para hacerlos sostenibles, lo cual como de todos es conocido afectado especialmente a la protección por jubilación. En definitiva, que desde la Unión Europea se afecta a la regulación interna de protección social de los Estados (al menos de los más afectados por la crisis) armonizando “hacia la baja”, al reducir la protección del sistema para evitar el déficit.

migratorios tenían que canalizarse a través de las normas comunitarias en materia de empleo, por lo que en diversas disposiciones se ha venido a concretar su ámbito personal y material de aplicación<sup>2</sup>. En definitiva, en el ámbito comunitario se ha producido una mutación en el concepto de migración, pues ya no se considera una migración internacional sino interna o intracomunitaria<sup>3</sup>. Por ello, esta regulación de los flujos migratorios intracomunitarios exigió la formulación de un conjunto de principios que ordenasen la situación de quienes hacían efectivo su ejercicio, tanto desde el punto de vista de la aplicación del derecho a la igualdad de trato como desde el ámbito de la protección que debía dispensarse a estos trabajadores.

De todos es conocido que el Derecho Internacional coordinador es el que trata de ofrecer una solución a los problemas de Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Para ello se regulan las relaciones entre sistemas nacionales de Seguridad Social aplicando algunos principios esenciales a fin garantizar una protección completa y constante a los trabajadores que realizan sus actividades profesionales, total o parcialmente, en un país diferente del suyo de origen, así como a los miembros de su familia. Este objetivo constituye el polo principal de orientación del Derecho Internacional de la Seguridad Social. Es éste el sentido de la adopción de la reglamentación comunitaria al respecto. Tras casi de 40 años de vigencia de los reglamentos anteriores, el Reglamento 883/2004 CE, que entró en vigor en mayo de 2010, junto con el Reglamento 987/2009 que sirve de acuerdo de aplicación, vino a actualizar la regulación teniendo en cuenta no sólo los nuevos miembros de la Unión (con las peculiaridades de sus diversos o variopintos sistemas de protección social) sino también la evolución y las nuevas tendencias en la actuación protectora de los sistemas de Seguridad Social y, por supuesto, la extensa doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea referida a la interpretación de los anteriores reglamentos en la protección ofrecida a los trabajadores migrantes (y de sus familiares)<sup>4</sup> que residen o circulan dentro del espacio de la UE.

En síntesis, los principales problemas que tratan de resolver estas normas internacionales para la coordinación de la protección social de los trabajadores migrantes, entre las que se encuentra evidentemente el Reglamento CE 883/2004<sup>5</sup>, se refieren a:

a) La determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social. Esto es, resulta necesario conocer cuál es la legislación aplicable a la relación de Seguridad

<sup>2</sup> Directiva 2004/38 de 29 de abril, Directiva 2014/36 de 26 de febrero, Directiva 2014/54 de 16 de abril, Reglamento 492/2011 de 5 de abril, entre otros. Por ello, el derecho a la libre circulación de personas así recogido no lo fue de forma absoluta ya que el derecho a desplazarse y residir libremente en otros territorios, como se indica en la Directiva 2004/38, está sometido a plazos temporales que permiten que el Estado de acogida pueda exigir o bien la condición de persona económicamente activa o bien la posesión de recursos económicos suficientes y un seguro de enfermedad. Teniendo en cuenta que a partir de los cinco años se podrá obtener la residencia permanente.

<sup>3</sup> En este sentido, GUERRERO VIZUETE, E., “La búsqueda de empleo por los trabajadores migrantes y su protección social”, aportación a las XXXV Jornadas Universitarias de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Huelva, diciembre 2016, texto policopiado.

<sup>4</sup> Estas normas también se aplican a los nacionales de fuera de la UE y a sus familiares y a sus supérstites que residan legalmente en la UE y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros.

<sup>5</sup> Sobre el tema en general, por su claridad, puede verse, SERRANO GARCÍA, J. en *Trabajadores comunitarios y Seguridad Social*, Altabán, Albacete, 2005.

Social de los trabajadores migrantes. En realidad, los Estados definen de forma soberana el campo de aplicación de sus leyes de Seguridad Social, invocando unas veces el principio de territorialidad, puesto que la legislación aplicable se rige principalmente por la residencia en el país, otras por el de la personalidad, puesto que el derecho a las prestaciones se manifiesta como un derecho personal ligado al ejercicio de una actividad o al pago de cuotas durante un determinado período de tiempo, y otras veces, lo que sucede con mayor frecuencia, invocando ambos principios. De ahí se pueden originar situaciones en las que el sujeto no esté sujeto a ninguna legislación o, por contra, que esté sujeto a más de una legislación de diferentes Estados. Por regla general, el criterio mantenido para determinar la legislación aplicable en materia de Seguridad Social es el lugar en el que se realiza la actividad profesional, la *lex loci laboris*, que para determinadas categorías de trabajadores puede tener excepciones, a esta cuestión se refieren los artículos 12 y 13 del Reglamento 883/2004).

b) La segunda cuestión que trata de resolver las normas de coordinación internacional de la Seguridad Social se refiere al trato que habría de darse a los trabajadores migrantes en relación al sistema de Seguridad Social del país que los acoge y en el supuesto en que fuese de aplicación la legislación de dicho país. Superada la histórica regla de reciprocidad, es comúnmente adoptado en el Derecho Internacional Coordinador de la Seguridad Social el principio de igualdad de trato, lo que supone que a los trabajadores migrantes se les aplicarán las mismas reglas de protección del sistema de Seguridad Social, en toda su extensión e intensidad, que a los nacionales del país en el que se encuentren trabajando. De forma general, el artículo 45 del TFUE pretende abolir toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las condiciones de trabajo. Y, de forma particular, el art. 4 del Reglamento CE 883/2004 se ocupa de ello en referencia a la protección de los sistemas de Seguridad Social<sup>6</sup>.

c) Finalmente, las normas internacionales de coordinación de los sistemas de Seguridad Social para la protección de los trabajadores migrantes establecen las reglas para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social. Lo que supone la regulación de una doble situación: la conservación de los derechos adquiridos y la conservación de los derechos de los cursos de adquisición.

- Respecto de la conservación de los derechos adquiridos, se establecen de forma habitual reglas que permiten la exportación de prestaciones, lo que lleva consigo la eliminación de la condición de “residencia” a los efectos de poder disfrutar una prestación ya obtenida, pudiendo mantenerla y recibirla en el país de origen, e incluso en otro si así se indica en la norma internacional, en caso de que el trabajador migrante decida retornar o cambiar su residencia. Al mismo se refiere el art. 7 del Reglamento CE 883/2004<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Indicando que *“Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento.”*

<sup>7</sup> Al hacer referencia a la supresión de cláusulas de residencia, indica que: *“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora.”*

- Respecto de la conservación de los derechos en curso de adquisición, lo que se trata de evitar es la desprotección de los trabajadores migrantes en referencia a las prestaciones que exigen para su obtención el cumplimiento de ciertos períodos de empleo, actividad, de seguro o de residencia, exigidos por la legislación con arreglo a la cual se reciben estas prestaciones. El trabajador que ha cumplido en el país de origen una fracción determinada del período impuesto para la adquisición de un derecho dudará antes de expatriarse si el sistema del país de inmigración no va a tener en cuenta sus derechos en curso de adquisición. Para evitar la pérdida de la pensión por no reunir los períodos de carencia o seguro necesarios se ha utilizado un sistema por el cual se totalizan los períodos en los diferentes países donde el sujeto haya residido o haya podido ejercer su actividad profesional, en tal sentido se regula en el art. 6 del Reglamento CE 883/2004. Cuando se ha utilizado la técnica de totalización de períodos de seguro, empleo, actividad o residencia para acceder a una determinada prestación, se suele, aunque con alguna excepción, acompañar del método de la pro rata temporis como técnica de determinación y pago de la misma, de forma proporcional a la vinculación con los distintos sistemas de Seguridad Social que haya podido tener el trabajador migrante<sup>8</sup>.

Así pues, el Reglamento CE 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social se convierte en elemento fundamental para el desarrollo de la libre circulación de personas en la UE y en la contribución a la mejora del nivel de vida y condiciones de empleo de éstas.

## 2. LA COORDINACIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN LA REGULACIÓN COMUNITARIA: LA TOTALIZACIÓN DE PERÍODOS DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN EL ACCESO A TALES PRESTACIONES

No cabe duda que el reglamento comunitario de coordinación de los sistemas de Seguridad Social tiene un amplio ámbito objetivo que permite su aplicación a la coordinación de todas las ramas tradicionales de la Seguridad Social, ya sean contributivas o no contributivas, entre las que se encuentra, por lo que nos interesa, la protección por desempleo (ex art. 3.1 h, Reglamento CE 883/2004).

La protección por desempleo ha estado diseñada en nuestro sistema de Seguridad Social, y en la mayoría de los sistemas de protección social de nuestro entorno, para proteger a trabajadores asalariados, por cuenta ajena, que, queriendo y pudiendo trabajar, hubiesen perdido su puesto de trabajo (o reducida o suspendida su jornada en casos específicos). Evidentemente, alguien que trabaja por cuenta propia es quien crea su propio empleo, por lo que es difícil introducirlo en este esquema conceptual tradicional. Las razones para la no inclusión de los trabajadores por cuenta propia en la protección contra el paro o desempleo se “condensaban en la tradicional desconfianza hacia este colectivo... respecto de la nota esencial de la involuntariedad en la pérdida del empleo”<sup>9</sup> (y sobre la acreditación de que dichas circunstancias concurren) junto con

<sup>8</sup> A la proporcionalidad se refiere el Considerando 12 del Reglamento CE 883/2004, que se refleja a lo largo del articulado, en el que se indica: “*Teniendo en cuenta la proporcionalidad, debe procurarse que el principio de asimilación de hechos o acontecimientos no conduzca a resultados objetivamente injustificados ni a la acumulación de prestaciones del mismo tipo para un mismo período*”.

<sup>9</sup> Así, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J, en “Una homóloga protección por desempleo para trabajadores autónomos: Ley 32/2010, de 5 de agosto”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 94, p. 70. Esta “falta de control” sobre la propia actividad “ha venido sirviendo de argumento, entre (...)”

el desincentivo del llamado “espíritu empresarial” al incrementar las cotizaciones para la financiación de tales prestaciones<sup>10</sup>.

Tan es así que no todos los países de la Unión Europea prevén en sus legislaciones de Seguridad Social la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta propia, algo que además, como ya se apuntó, se recoge de forma explícita en el Considerando cuarto de adopción del Reglamento 883/2004, en el que se reconoce como factible la disparidad y falta de armonización de las legislaciones de Seguridad Social de los distintos Estados miembros de la Unión Europea ya que han de respetarse “las características especiales de las legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social”. En cualquier caso, la configuración del emprendimiento como la “panacea” universal en las políticas activas de empleo ha supuesto que, para su promoción, en diversos países de la Unión Europea se haya adoptado la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta propia.

En las tablas comparativas del MISSOC<sup>11</sup>, puede verse como son pocos Estados de la UE los que cubren la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta propia: Alemania (con carácter voluntario pero solo para autónomos con una dedicación superior a 15 horas semanales y también podrían incluirse como beneficiarios de la protección básica en caso de necesidad para demandantes de empleo, que podrían ser anteriormente trabajadores autónomos que hubieran cesado de su actividad); Austria (a modo de seguro voluntario); Croacia; España (con carácter voluntario); Finlandia (de dos formas, protección básica o general y protección contributiva relacionada con rentas de sustitución de ganancias); Hungría; Irlanda; Luxemburgo; Portugal (para algunas categorías de trabajadores autónomos o emprendedores, entre los que se incluye a los que en equivalencia en España sería los TRADE); Rumanía (incluye también a los cónyuges que colaboren con el trabajador autónomo); Eslovenia (con carácter de seguro obligatorio incluye la protección por desempleo de los trabajadores autónomos)<sup>12</sup>.

Pues bien, a efectos de la regulación comunitaria de coordinación, “actividad por cuenta propia”, es aquella actividad o situación asimilada que se considere como tal a efectos de la legislación de la Seguridad Social del Estado miembro en el que se ejerza dicha actividad, ex art. 1 b) del Reglamento CE 883/2004. Por lo que, para nuestro caso, el de la legislación española habrá de acudirse a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo para entender que es un trabajador por cuenta propia o autónomo.

---

otros... para justificar que su acción protectora no contemplase la protección por desempleo...” como indica que BARCELÓN COBEDO, S., en “Desempleo y trabajadores autónomos: la nueva prestación por cese de actividad”, Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 18, 2011, p. 2.

<sup>10</sup> En este sentido, CERVILLA GARZÓN, M.J., en “La cobertura social de los trabajadores autónomos ordinarios cuando se produce el cese de su actividad en el ordenamiento jurídico español”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Valparaíso, XXXVIII, 2012, primer semestre, p. 247.

<sup>11</sup> Consultadas a mediados de mayo de 2017, en <http://www.missoc.org/MISSOC/INFORMATIONBASE/COMPARATIVETABLES/MISSOCDATABASE/comparativeTableSearch.jsp>

<sup>12</sup> Hay países que no lo indican expresamente, y es complicado deducirlo de lo que exponen respecto de los sujetos cubiertos por la protección de desempleo del sistema de Seguridad Social: Letonia (quizás a través de aseguramiento voluntario, aunque los datos no se explican con claridad); Eslovaquia (quizás a través de aseguramiento voluntario, aunque los datos no se explican con claridad); Suecia (no lo indica con claridad, pero parece estar incluidos en la protección básica); Holanda (no se indica con claridad, pero podrían incluirse de forma excepcional en el seguro voluntario).

De otro lado, en el capítulo 6 del Reglamento 883/2004 el que regula la coordinación de las prestaciones por desempleo, arts. 61 a 65. Pero de todo este articulado, solo vamos a centrarnos en el específico para los trabajadores autónomos referido a la totalización de períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia. Lo cual no quiere decir que a los autónomos beneficiarios de estas prestaciones no se les apliquen, por ejemplo, las reglas especiales que limitan la exportación de prestaciones o, como se denominan en el ámbito comunitario, “supresión de las cláusulas de residencia” y que prevén un estricto procedimiento para poder exportar las prestaciones, limitando temporalmente el beneficio de las mismas en otro Estado miembro a un período máximo de tiempo<sup>13</sup>. Por ello, aunque se establece en nuestra legislación interna de protección por cese de actividad que el órgano gestor suspenderá la prestación por cese de actividad en el supuesto, entre otros, de salida al extranjero ocasional o por motivos de empleabilidad o cooperación internacional<sup>14</sup>, se trata de una norma interna que habrá de reinterpretarse a la luz del Reglamento CE 883/2004,

Así pues, el art. 61 del Reglamento comunitario es el que establece las normas especiales referidas a la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta propia, teniendo en cuenta la totalización de períodos de seguro (entendidos como tales los períodos de cotización o de actividad por cuenta propia o los que dicha legislación asimile en orden al reconocimiento de los mismos para el acceso a las prestaciones, ex art. 1 t) Reglamento CE 883/2004); períodos de empleo o de actividad por cuenta propia (que serán lo que la legislación de cada Estado defina como tales o los asimilados por dicha legislación como equivalentes a actividad por cuenta propia, ex art. 1 u) Reglamento CE 883/2004). De forma específica, a diferencia de otras prestaciones, para la protección por desempleo de los trabajadores autónomos no se tienen en cuenta para la totalización los períodos de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, al que se refiere el último párrafo del art. 6 del Reglamento CE 883/2004.

Ha de recordarse que en la protección por desempleo del trabajador autónomo es de aplicación, en la determinación de la legislación aplicable, la regla general de la *lex loci laboris*, de hecho el art. 54 del Reglamento CE 987/2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento CE 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

<sup>13</sup> Debería de entenderse como regla general la exportación de todas las prestaciones, incluidas en el campo de la legislación de Seguridad Social española, que integran la protección por desempleo incluso las especiales como puede ser la renta activa de inserción, ya que no debería entenderse como prestación especial no contributiva (y por ello inexportable), a pesar de que el Servicio Público de Empleo Estatal, encargado de las políticas pasivas por desempleo, en un criterio economicista, las entiende como especiales no contributivas y, por tanto, no exportables. Sobre el tema, y compartiendo las tesis planteadas, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “La exportación de la Renta Activa de Inserción ¿ Buena práctica legislativa? en *Buenas prácticas jurídicas procesales para reducir el gasto social (III)*, Ramírez Bendala (Directora), Laborum, Murcia, 2015, p. 69 y ss

<sup>14</sup> Se trata de los casos de búsqueda o realización de trabajo, o perfeccionamiento profesional, o cooperación internacional, por un periodo continuado inferior a doce meses. Además, se suspenderá el derecho a la protección por cese de actividad por la salida ocasional al extranjero por tiempo no superior a 30 días naturales (por una sola vez cada año), cuando haya sido previamente comunicado y autorizado por el órgano gestor.

Tras establecer como regla general que cuando un Estado exija para la adquisición o acceso, conservación, duración o recuperación de las prestaciones por desempleo de los trabajadores por cuenta propia el requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia, deberá tener en cuenta los mismos períodos que se hubieran cubierto en tales circunstancias bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se hubiesen realizado en el Estado al que se solicita la prestación. Por ello, el art. 54 del Reglamento CE 987/2009 indica que “...el interesado podrá presentar ante la institución competente un documento expedido por la institución del Estado miembro a cuya legislación estuviera sujeto en relación con su último período de actividad laboral por cuenta ajena o por cuenta propia en el que se precisen los períodos cubiertos al amparo de dicha legislación.”

Pero ello lleva consigo dos importantes excepciones o limitaciones:

a) Si la legislación aplicable por el Estado que ha de conceder la protección por desempleo al trabajador autónomo exige el cumplimiento de períodos de seguro, “no se tendrán en cuenta los períodos de empleo o actividad por cuenta propia cumplidos bajo la legislación de otro Estado miembro”, salvo que la legislación del Estado que ha de conceder la prestación los hubiera entendido como “períodos de seguro” de haberse cumplido en su territorio. Cosa que por cierto, como se incidirá más adelante, no se produce en España con la vigente legislación en materia de protección por cese de actividad e los trabajadores autónomos.

b) El segundo límite es que para la adquisición o acceso, conservación, duración o recuperación de las prestaciones por desempleo de los trabajadores por cuenta propia se supedita a que el trabajador solicitante haya cumplido “en último lugar, con arreglo a la legislación en virtud de la cual se solicita las prestaciones” bien períodos de seguro, bien períodos de empleo o bien períodos de actividad por cuenta propia, cuando así lo requiriera dicha legislación.

### 3. SOBRE EL ACCESO A LA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y LOS PROBLEMAS QUE PUEDE TENER UN CIUDADANO COMUNITARIO PARA BENEFICIARSE DE LA MISMA CON LA TOTALIZACIÓN DE PERÍODOS

#### 3.1. LA VOLUNTARIEDAD EN LA COBERTURA DEL CESE DE ACTIVIDAD.

La especial configuración de nuestro sistema de protección por desempleo “cese de actividad”, como legalmente se llama, para los trabajadores por cuenta propia, creemos, dificulta el acceso a dicha protección a los sujetos incluidos en el campo de aplicación del Reglamento CE 883/2004.

Fue en la DA 4ª de la LETA donde, por vez primera, se hizo una referencia legal a la protección del paro o desempleo de los trabajadores por cuenta propia<sup>15</sup>. Con las

---

<sup>15</sup> Aunque la doctrina ha ubicado su origen en la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas urgentes, administrativas, fiscales y de orden social, que incluyó una DF 6ª que establecía que el Gobierno debía emitir un informe en el primer semestre de 2003 sobre la situación de los trabajadores autónomos que dependían de uno o varios empresarios, estudiando el establecimiento de un fondo de garantía en caso de cese por causas objetivas, como indicó PANIZO ROBLES, en “Las modificaciones en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (A (...))

oportunas cautelas o garantías de los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera, se autorizaba al Gobierno para que propusiera a las Cortes la regulación del sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, matizando que mismo sería “en función de sus características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida”<sup>16</sup>.

Desde luego, con esta redacción, se aplazó un problema de compleja articulación jurídica con importantes efectos económicos ya que se condicionaba su puesta en marcha a la garantía de una serie de principios (contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera) difíciles de articular en una norma jurídica.

En cualquier caso, para la adopción de este sistema específico de protección el legislador sólo tendría dos caminos: alterar las bases conceptuales de la protección frente al paro forzoso o bien diseñar una prestación cualitativamente distinta para los trabajadores autónomos<sup>17</sup>. Aunque al final, el sistema creado no es tan “específico” como califica la propia norma, porque el desarrollo ha adoptado un híbrido que toma como base la estructura de la regulación de las prestaciones contributivas por desempleo<sup>18</sup>. Así pues, el diseño del sistema de protección por cese de actividad “guarda un notorio paralelismo” con la protección contributiva por desempleo para los trabajadores por cuenta ajena, diferenciándose “por las numerosas especialidades cuya inclusión viene impuesta por la singular naturaleza del hecho protegido y por las características propias de la actividad profesional y económica que realizan los trabajadores por cuenta propia”<sup>19</sup>.

Así pues, tres años más tarde, con la Ley 32/2010, de 5 de agosto, se desarrolló en nuestro sistema de Seguridad Social la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. Norma de especial relevancia y singularidad por ser la primera vez en nuestro ordenamiento que se regulaba con carácter general la protección del cese de actividad involuntario que daba lugar a una situación de paro de los trabajadores autónomos<sup>20</sup>.

---

propósito de las medidas de Seguridad Social contenidas en el Estatuto del Trabajo Autónomo y en la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se integran en el Régimen de Autónomos a los trabajadores por cuenta propia agrarios)”, Revista Trabajo y Seguridad Social -CEF, nº 52, 2007, p. 99.

<sup>16</sup> Permitted de forma expresa que las Administraciones Públicas pudieran, por razones de política económica debidamente justificadas, “cofinanciar planes de cese de actividad dirigidos a colectivos o sectores económicos concretos” Cosa que no ha ocurrido, por cierto.

<sup>17</sup> Así lo indicó, CABEZA PEREIRO, J., en “El Estatuto del Trabajador Autónomo español”, RIT, vol. 127, 2008, nº 1, p. 107

<sup>18</sup> Aunque previó un ‘pseudo’ subsidio “no contributivo” para los trabajadores autónomos por la DA 13ª de la Ley 32/2010 de 5 de agosto, que resulto ser nonato, por haberse derogado por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, antes de su entrada en vigor.

<sup>19</sup> Como indica, CAVAS MARTÍNEZ, F, en “La protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos”, Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 15, 2010, p. 2.

<sup>20</sup> Vid, *in extenso* sobre esta norma, por todos, GARCÍA VIÑA, J., “Primeras notas sobre la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos”, Revista Derecho del Trabajo y Seguridad Social nº 23, 2011. También, PANIZO ROBLES, J.A., “Un nuevo paso en la homogeneización protectora entre los Regímenes de Seguridad Social: el sistema específico de protección de los trabajadores autónomos (Comentarios al contenido de la Ley 32/2010, de 5 de agosto)”, Revista Trabajo y Seguridad Social –CEF, nº 329-330, 2010.

En el momento actual, tras alguna modificación importante, especialmente la producida por la Ley 35/2014, con la idea de mejorar el acceso de los trabajadores por cuenta propia a esta prestación<sup>21</sup>, la protección por cese de actividad se encuentra incluida dentro de la Ley General de la Seguridad Social.

A mi juicio, el déficit más importante en la regulación de esta prestación es la consideración de la misma como de “carácter voluntario”, siendo el trabajador autónomo el que decide si cubrirse o no por dicha contingencia. Como se conoce, la caracterización histórica de los sistemas de Seguridad Social ha sido la obligatoriedad en la protección, la inclusión en la prestación por cese de actividad de un elemento volitivo (además de la inclusión de rigurosas reglas actuariales en el sistema financiero) lo acercan más a la lógica del seguro privado. Lo que resulta incoherente es que se utilicen mecanismos extraños a la lógica protectora del sistema público para conseguir la equiparación pretendida en la protección dispensada para los trabajadores por cuenta ajena.

Pues bien, ha de recordarse que son solamente once los Estados de la Unión Europea que contemplan la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta propia, de ellos tres la contemplan como una protección “voluntaria” (Alemania y Austria, además de España). Así pues en el caso de que un trabajador migrante comunitario se asiente en España e inicie su actividad como trabajador autónomo, acogiéndose a la protección por cese de actividad (ya que si no opta por dicha cobertura, no podrán totalizarse los períodos de seguro porque no habría derecho a prestación por cese de actividad, al haberla excluido voluntariamente el propio trabajador autónomo), esta regulación tan poco armonizada a nivel de la Unión Europea puede producir una triple situación:

-En primer lugar, si el trabajador migrante que se da de alta como autónomo en España ha emigrado a nuestro país después de trabajar como autónomo en un país comunitario en el que no se cubre la protección por desempleo para este tipo de trabajadores, evidentemente no podrá darse la totalización de períodos porque no existirán períodos de seguro de este tipo para poder totalizar.

-En segundo lugar, en caso de que el trabajador migrante autónomo (al que se le aplique el reglamento comunitario) provenga de un Estado en el que se establece la cobertura por desempleo de los trabajadores autónomos con carácter obligatorio, y se instaure como trabajador por cuenta propia en España, por supuesto, eligiendo cubrirse por cese de actividad, los períodos de seguro realizados en la condición de trabajador por cuenta propia en el país de origen (o en cualquier país donde haya trabajado que contemple la cobertura obligatoria) habrán de tenerse necesariamente en cuenta por los órganos gestores españoles. Si en España no opta por dicha cobertura, no podrán totalizarse los períodos, ya que no habrá derecho a prestación por cese de actividad, al haberla voluntariamente excluido el propio trabajador autónomo.

---

<sup>21</sup> Y es que, hasta dicho momento, la breve historia de la protección por cese de actividad “arrojaba un pobre balance: tanto por la escasez de trabajadores autónomos que tenían cubierta la contingencia, como también porque entre quienes sí estaban acogidos a su cobertura y la solicitaban, la respuesta de los órganos gestores era negativa en tres de cada cuatro ocasiones” Así lo indica LASAOSA IRIGOYEN, E. en “La implantación efectiva de la reforma de protección por el cese de actividad”, AAVV, *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015, p. 847 y 848.

-Finalmente, en caso de provenir de un Estado en el que ha trabajado por cuenta propia cuya legislación previera la cobertura voluntaria de desempleo para los trabajadores autónomos, en nuestro país solo podrá tenerse en cuenta la actividad por cuenta propia en dichos países si el trabajador autónomo, que ahora se instaura en España, eligió cubrir la contingencia por desempleo; en caso contrario, al no haberse cubierto voluntariamente por la contingencia de desempleo para trabajadores autónomos, no podrá totalizarse o tenerse en cuenta el período trabajado por cuenta propia en dichos países. Además de que ha de darse una condición adicional: el trabajador autónomo migrante que se asienta en nuestro país al encuadrarse en la Seguridad Social también habrá tenido que cubrirse por la contingencia de cese de actividad.

### 3.2. EL RÉGIMEN FINANCIERO COMO OBSTÁCULO ESPECÍFICO PARA EL ACCESO A LA PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS COMUNITARIOS QUE REALICEN SU ACTIVIDAD PROFESIONAL EN ESPAÑA.

Como se dijo anteriormente, la creación de este “sistema específico” de protección por cese de actividad, ex DA 4ª LETA, se vinculaba a que se garantizaran los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera.

Es conocido por todos que la forma de financiar los costes de la prestación por cese de actividad es a través del mecanismo financiero común usado para nutrir de ingresos al sistema de Seguridad Social: la cotización (o “períodos de seguro” como se diría en la terminología del Reglamento 883/2004). Se crea una cotización “ad hoc” para dicha contingencia<sup>22</sup> que, como se ha dicho anteriormente, es de carácter voluntaria.

Lo fundamental aquí es que, a diferencia de otras prestaciones del sistema de Seguridad Social en la que existen otras aportaciones del Estado o transferencias entre distintas partidas presupuestarias consignadas dentro de los Presupuestos Anuales de la Seguridad Social, la financiación del sistema de protección por cese de actividad depende, por ahora, única y exclusivamente, de la cotización que por tal contingencia abonen los trabajadores autónomos que a la misma voluntariamente se suscriban. Así pues, el principio de solidaridad vendría reflejado en que son las aportaciones del propio colectivo que voluntariamente se ha acogido a la protección del cese de actividad las que serán repartidas para cubrir las necesidades de alguno de sus miembros en caso de actualización de la contingencia.

La contributividad se proyecta, sin duda, en que la protección se financiará exclusivamente con cargo a la cotización por dicha contingencia de los trabajadores autónomos. Ello conlleva que el nivel de las prestaciones debe corresponderse al esfuerzo de cotización realizado, relacionándose, pues, cuantía y duración de las

<sup>22</sup> La cuota se recauda conjuntamente con el resto de las cuotas de los trabajadores autónomos, liquidándose e ingresándose de conformidad con las normas reguladoras de la gestión recaudatoria para el RETA o para el ISM. Como no podía ser de otro modo, se aplica respecto de la recaudación de las cuotas por cese de actividad las normas comunes reguladoras de la recaudación, ya sea voluntaria o ejecutiva, en tales regímenes. Además, como se ha dicho anteriormente, durante la percepción de la prestación por cese de actividad el órgano gestor ha de cotizar por las contingencias comunes del beneficiario, para ello la TGSS, ex art. 20.2 RDCA, informará mensualmente a los órganos gestores de tal prestación del importe de la cotización a la Seguridad Social que deben satisfacer por dicho motivo, produciéndose el ingreso de cuotas por compensación.

prestaciones con las aportaciones realizadas. La idea de solidaridad se implementa con el mecanismo de reparto de ingresos entre las personas en situación de necesidad que hubieran contribuido previamente y cumplieran los requisitos exigidos.

La preocupación por la sostenibilidad financiera se refleja en que el porcentaje aplicable a la base imponible o de cotización para determinar la cuota a ingresar, se fijará, anualmente, en la correspondiente LPGE, de conformidad a métodos actuariales<sup>23</sup>, con los límites previstos en el art. 344.3 LGSS, in fine. Pero es que, además, esta idea de sostenibilidad impondría un modo de funcionamiento que no pusiera en peligro la viabilidad económica del mecanismo de aseguramiento, procurando “un equilibrio de ingresos (cotizaciones) y gastos (prestaciones) del sistema”<sup>24</sup>. Por ello, el sistema de protección por cese de actividad se ha pensado como algo “específico” realzando la “especialidad o “segregación” del tratamiento previsto dentro del sistema de protección social del trabajo autónomo”<sup>25</sup>. De hecho, no se totalizan a nivel nacional cotizaciones por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena con las de cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, ni tampoco las cotizaciones por cese de actividad de los trabajadores del RETA con los del Régimen Especial del Mar.

Esta última cuestión, la referida a la “quiebra” de la sostenibilidad financiera ya que no se han producido aportaciones o cotizaciones suficientes para aperturar el derecho a la protección por cese de actividad, sería un poderoso motivo para argumentar o justificar la denegación por parte de una mutua colaboradora de la Seguridad Social la concesión de la prestación por cese de actividad del trabajador migrante comunitario. Ello a nuestro juicio supondría un “ilegal”, por contrario al Derecho comunitario, impedimento para la totalización de un período de seguro o cotización por desempleo de trabajadores por cuenta propia de los Estados de la UE que contemplan dicha protección (y siempre y cuando, en los casos de que, de haber sido diseñadas de forma voluntaria, el trabajador por cuenta propia en dicho país, antes de emigrar a España, hubiera optado por cubrirse dicha contingencia). Más abajo incidiremos en ello.

### 3.3. EL ACCESO A LA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD. EN ESPECIAL, EL REQUISITO DE PERIODO DE CARENCIA O COTIZACIÓN

#### 3.3.1. REQUISITOS PARA PODER ACCEDER A LA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD

Para acceder a las prestaciones por cese de actividad han de cumplirse una serie de requisitos que son, en cierto modo, un reflejo de los exigidos en el art. 266 de la LGSS

<sup>23</sup> El tipo de cotización anual se obtendrá teniendo en cuenta: de un lado, el gasto en prestaciones por cese de actividad y, de otro lado, la suma de las bases de cotización, ambas de cada ejercicio medido desde agosto del año anterior a julio del año en que se adopte la LPGE.

<sup>24</sup> En tal sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. en “El sistema de protección por cese de actividad: régimen de financiación y gestión”, Revista Doctrina Aranzadi Social nº 2, 2012, p. 3.

<sup>25</sup> Como indica, ORTEGA LOZANO, P.G. en “La protección social por ‘cese de actividad’ de los trabajadores autónomos”, AAVV, *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015, p. 864. Tan es así tal segregación económica que el art. 58.3 LGSS, a efectos de revalorización de pensiones, no incluirá como ingresos las cotizaciones sociales por cese de actividad de los trabajadores autónomos ni, de otro lado, como gastos del sistema las prestaciones por cese de actividad de trabajadores autónomos.

para obtener las prestaciones por desempleo del llamado “nivel contributivo” para los trabajadores por cuenta ajena. Tales requisitos son:

a) Estar afiliado y en alta en el RETA o, en su caso, el REMAR, teniendo cubierta dicha contingencia de cese de actividad.

b) Encontrarse en situación legal de cese de actividad. Esta es sin duda la causa más controvertida hasta el momento porque ha dado lugar a numerosas denegaciones de prestaciones por cese de actividad. En cualquier caso, las causas de situación legal de cese de actividad han de producirse por haber finalizado un actividad como trabajador autónomo en España, siendo la entidad correspondiente española (la mutua colaboradora o el Instituto Social de la Marina) quien compruebe el cumplimiento de dicho requisito. Y es que, como se dijo anteriormente, en la protección por desempleo del trabajador autónomo es de aplicación, en la determinación de la legislación aplicable, la regla general de la *lex loci laboris*, de hecho el art. 54 del Reglamento CE 987/2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento CE 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

c) Suscribir el compromiso de actividad, entendiendo como tal “el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad” (ex art. 300 LGSS). Se pretende cubrir o proteger con esta prestación a los trabajadores autónomos que quieren seguir trabajando, esforzándose en la búsqueda de un nuevo empleo o en sus condiciones de empleabilidad.

d) No haber cumplido la edad ordinaria para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador autónomo no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello. Ha de recordarse, respecto de este requisito, que la edad “ordinaria” de jubilación puede verse reducida en diversas situaciones y si se cumplen una serie de requisitos. Así, los trabajadores del mar pueden verla reducida en aplicación de coeficientes y también los trabajadores con discapacidad pueden tener reducida dicha edad o en otras situaciones previstas de forma específica para colectivos de trabajadores<sup>26</sup>.

e) Hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. Si ello no fuese así, el órgano gestor invitará al pago al trabajador autónomo para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales ingrese las cuotas debidas. Producido ello, la TGSS emitirá un certificado de estar al corriente del pago de las cuotas. La regularización del descubierto producirá plenos efectos para la adquisición del derecho a la protección. Con la Ley 35/2014 se mejoró la redacción inicial que exigía que se

<sup>26</sup> Aunque los trabajadores del mar podrían acceder a la pensión de jubilación desde la llamada “edad de jubilación teórica”, se ha dicho que al ser inferior a los 65 años, el trabajador podría solicitar y serle reconocido el derecho a la prestación por cese de actividad, PANIZO ROBLES, J.A “Un nuevo paso en la homogeneización protectora entre regímenes de Seguridad Social: El sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos (comentarios al contenido de la Ley 32/2010, de 5 de agosto)”, RTSS-CEF, nº 339-340, p. 85

tuviera cubierto el período mínimo de cotización para producirse la invitación, siendo recogida en la LGSS<sup>27</sup>.

### 3.3.2. EN ESPECIAL, EL REQUISITO DE PERÍODO DE CARENANCIA O COTIZACIÓN: LAS IMPLICACIONES CON LA TOTALIZACIÓN DE PERÍODOS EX ART. 61 DEL REGLAMENTO CE 883/2004

Para poder acceder a la prestación por cese de actividad es necesario tener cubierto el período mínimo de cotización por cese de actividad, de al menos, 12 meses; siendo computable el mes en el que se produzca el hecho causante de la prestación<sup>28</sup>.

Se establecen, de forma paralela a lo regulado en la protección por desempleo, reglas sobre el cómputo de cotizaciones por cese de actividad en orden a la apertura de un derecho a tales prestaciones.

Por ello, de un lado, solo se tienen en cuenta las cotizaciones por cese de actividad, dentro de los 48 meses anteriores al cese de actividad, “que no hubieren sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior” a tal prestación y, de otro lado, las cotizaciones que generaron la última prestación por cese de actividad no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior”, en los casos de ejercicio de opción tras una suspensión de la prestación por cese de actividad por inicio de una nueva actividad por cuenta propia.

En aplicación del art. 61.1 del Reglamento CE 883/2004 también habrán de tenerse en cuenta los períodos de seguro (no los de empleo ni los de actividad por cuenta propia ya que la legislación española exige expresamente períodos previos de cotización o seguros) que se hubieran cubierto en tales circunstancias bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se hubiesen realizado en España, por lo que, como se dijo anteriormente, el trabajador autónomo comunitario podrá presentar ante la mutua colaboradora de la Seguridad Social cualquier documento “expedido por la institución del Estado miembro a cuya legislación estuviera sujeto en relación con su último período de actividad laboral por cuenta ajena o por cuenta propia en el que se precisen los períodos cubiertos al amparo de dicha legislación.”.

Por lo que se refiere de forma específica a los “períodos de empleo o actividad por cuenta propia cumplidos bajo la legislación de otro Estado miembro”, ex art. 61.1 in fine, éstos no serán tenidos en cuenta, como ya se apuntó anteriormente ya que la

<sup>27</sup> Aunque con alguna excepción, la mayoría de las sentencias de los TSJ en esta materia exigían, para que surtiera efectos jurídicos el ingreso de las cotizaciones tras la invitación, que el trabajador autónomo tuviera cubierto el período mínimo de cotización. Esta cuestión fue zanjada, de forma contundente, por la STS de 27 de octubre de 2015, al entender que “nunca el ingreso posterior al hecho causante convalida la falta de período de carencia” ya que ello significaría una “injusta compra de pensión sin el menor riesgo de aleatoriedad”. No obstante ello, para dicho momento ya se encontraba vigente la nueva redacción del precepto referido a la invitación al pago para hallarse al corriente, en el que se había eliminado la referencia a tener “cubierto el período mínimo de cotización para tener derecho a la protección”. Por si acaso, a un Tribunal se le ocurriera aplicar la doctrina anterior, se reforzó el precepto nuevo indicando “La regularización del descubierto producirá plenos efectos para la adquisición del derecho a la protección”.

<sup>28</sup> Evidentemente, por la forma de cotizar de los trabajadores autónomos, ex art. 12 y 45 del RD 2064/1995 la obligación de cotizar, y su período de liquidación, está referida siempre a meses completos, en el mismo sentido art. 338.4 c) LGSS, por lo que todos los meses cotizados se computan como meses completos.

legislación española al regular la protección por cese de actividad es francamente restrictiva, con rígidos criterios de contributividad que impiden entender “períodos de empleo o actividad” como “períodos de seguro”. Dicho de otro modo: si no hay cotización, no hay totalización.

De otro lado, en el caso de España, los períodos de seguros por cuenta ajena no serán tenidos en cuenta para la totalización de periodos para el acceso a la prestación por cese de actividad ya que, para nuestro Estado los únicos períodos que pueden tenerse en cuenta para la totalización son los “mismos períodos” esto es, los de cotización o seguro para la cobertura de la protección por desempleo o cese de actividad por cuenta propia en otros países. Lo cual es coherente con la limitación de totalización de cotizaciones entre la protección por desempleo para trabajadores por cuenta ajena y el cese de actividad para trabajadores por cuenta propia previsto a nivel interno. Es una protección que, como se advirtió, no conecta con las cotizaciones por desempleo que hubieren podido realizarse anteriormente, como trabajadores por cuenta ajena, de los trabajadores autónomos que cesan en su actividad, pero tampoco computan recíprocamente las cotizaciones por cese de actividad producidas en el RETA y en el REMAR (ex art. 12.3 y 6 RDCA). Desde luego es algo a mejorar ya que ello lo convierte en un sistema de protección independiente del desempleo que no favorece ni motiva a los trabajadores por cuenta ajena a emprender y no tiene en cuenta la realidad del mercado de trabajo en la que es frecuente la movilidad y cambio de condición de los trabajadores autónomos a la condición de asalariados<sup>29</sup>. Es, pues, necesario crear conexiones entre las prestaciones y subsidios por desempleo y las prestaciones por cese de actividad<sup>30</sup>.

Tener en cuenta las cotizaciones realizadas en materia de protección por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena para totalizarlas con las cotizaciones por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia redundaría, sin duda, en la protección por desempleo de los trabajadores migrantes comunitarios que vinieran a España independientemente del trabajo, por cuenta ajena o propia, realizado anteriormente en el país de origen. Pero creo que será algo difícil de conseguir ya que la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta propia no se cubre en una parte importante de los Estados miembros de la Unión y ello provocaría reticencias de los Estados que sí la incluyen en su catálogo de prestaciones a la hora de extender la cobertura.

Además, se exige un período de carencia “específico” pues para acceder a la prestación será necesario haber cesado tras un período de 12 meses continuados e inmediatamente anteriores al momento de la solicitud<sup>31</sup>. Ello introduce un “mecanismo de contributividad que refuerza el principio de inmediación entre la renta de activo y la

<sup>29</sup> Muy crítica con la exclusión del cómputo recíproco, que plenamente comparto, BARCELÓN COBEDO, S., op. cit., p. 14.

<sup>30</sup> A este respecto, véase, ÁLVAREZ CUESTA, H., en “Interconexiones entre la prestación por cese de actividad, la prestación por desempleo contributiva y los subsidios por desempleo”, en AAVV *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015, p. 793 y ss.

<sup>31</sup> Finalmente, ex art. 338.4 e) LGSS, los trabajadores autónomos del REMAR los períodos de veda obligatoria aprobados por la autoridad competente no se tendrán en cuenta para el cómputo del período de doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese de actividad, “siempre y cuando en esos períodos de veda no se hubiera percibido la prestación por cese de actividad”.

de pasivo y que dificulta el acceso a la prestación”<sup>32</sup>. Además, elimina cualquier tipo de posibilidad para acceder a tales prestaciones de los trabajadores autónomos de temporada o “estacionales”, tan frecuentes en el diversos sectores y de los que participan numerosos migrantes intracomunitarios<sup>33</sup>. Lo que ocurre es que, desde la perspectiva de la regulación comunitaria podría entenderse como un norma ajustada a la legislación comunitaria, ya que, ex art. 61.2 Reglamento CE 833/2004, para la adquisición o acceso, conservación, duración o recuperación de las prestaciones por desempleo de los trabajadores por cuenta propia, se puede supeditar a que el trabajador solicitante haya cumplido “en último lugar, con arreglo a la legislación en virtud de la cual se solicita las prestaciones” bien períodos de seguro (como ocurre en la legislación española), bien períodos de empleo o bien períodos de actividad por cuenta propia, cuando así lo requiriera dicha legislación. En mi opinión, este diseño normativo, que en principio evitaría la totalización en el acceso a las prestaciones por cese de actividad podría entenderse contrario a lo que pretende la regulación comunitaria ya que hemos de ser conscientes de que la totalización de períodos, ex art. 6 del Reglamento CE 883/2004 tiene como función primera la “adquisición” o acceso al derecho a prestaciones. Y es que, tal y como esta formulada la norma, el cumplimiento de este requisito de carencia específico de 12 meses, continuado e inmediatamente anterior al momento de la solicitud, parece exigir que lo sea exclusivamente bajo la legislación española. Así, en la determinación de la cuantía de la prestación por cese de actividad, ex art. 339 LGSS, se exige para la conformación de la base reguladora lo sea con las bases de cotización de dicho período (sin que la norma permita una modulación). En consecuencia, con esta regulación de la que por lo dicho puede dudarse su acomodo perfecto con la legislación comunitaria, parece que la única posibilidad que le queda al mecanismo de la totalización de períodos lo es para la determinación de la duración de la prestación por cese de actividad, una vez que se hayan trabajado 12 meses en España, como autónomos acogidos a la protección por cese de actividad. Quizás algún día el TJUE nos aclare esta duda.

Para finalizar, otra cuestión que reduce las posibilidades de acceso a esta prestación para los trabajadores nacionales, pero también para los migrantes, es que, tras haberse recibido una prestación por cese de actividad, no podrá volverse a solicitar por el trabajador un nuevo reconocimiento, aunque concurren los requisitos, hasta que no hubiesen “transcurrido dieciocho meses desde el reconocimiento del último derecho a la prestación”<sup>34</sup>.

En definitiva, que el acceso a la protección por cese de actividad en España de un autónomo es complicado, complicación que se magnifica cuando se trata de un trabajador autónomo migrante incluido en el campo de aplicación del Reglamento CE

<sup>32</sup> Como indica, ARAGÓN GÓMEZ, C, “Comentario a la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos”, op. cit., p. 140.

<sup>33</sup> Para estos colectivos, que difícilmente podrán acceder algún día a esta prestación por la imposibilidad de cumplir este requisito, la opción por no acogerse a la protección por cese de actividad es clara. Es un requisito bastante “gravoso” y “severo”, ya que “no parece existir conducta fraudulenta en que cesa en su negocio teniendo menos de un año cotizado y al poco tiempo consigue emprender otro”, como dice TALENS VISCONTI, E.E, en “Reflexiones en torno a los requisitos de acceso a la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos (Tras la aprobación de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre)”, Revista Derecho Social nº 68, 2014, p. 105-106

<sup>34</sup> Esta norma se introdujo por la Ley 35/2010, modificando la Ley 32/2010, sólo un mes después de haber sido aprobada.

883/2004. No es imposible la obtención de la prestación por cese de actividad de trabajador migrante comunitario, pero son demasiados los obstáculos establecidos para poder acceder a la misma.

# XVI. APLICABILIDAD DE LAS REGLAS DE COORDINACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO A LA PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD PARA TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN ESPAÑA

ELENA LASAOSA IRIGOYEN  
*Prof. Contratada Doctora*  
*Universidad Rey Juan Carlos*

## 1. INTRODUCCIÓN

Según dispone el art. 3 del Reglamento (CE) núm. 883/2004, de 29 de abril, las prestaciones por desempleo se hallan sujetas al régimen de coordinación comunitaria de los sistemas de Seguridad Social.

Es de todos conocido que los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social responden al fin último de facilitar la libre circulación de personas dentro de la UE<sup>1</sup>. Para ello consagran una serie de principios como son los de igualdad de trato de los nacionales de otros Estados comunitarios, de totalización de los periodos de seguro acreditados en otros Estados miembros, de exportación de prestaciones a otros territorios de la UE, de unicidad normativa o lo que es lo mismo sometimiento a una única legislación estatal, y de cooperación entre las Administraciones de Seguridad Social de los Estados implicados<sup>2</sup>.

En lo que respecta a la protección por desempleo, los Reglamentos se ocupan de fijar los procedimientos para coordinar la percepción de las prestaciones cuando se ven implicados dos o más Estados miembros, en supuestos tales como aquél en que la persona desempleada ha prestado servicios en diversos Estados comunitarios antes de solicitar la ayuda o cuando, siendo ya beneficiaria de la misma, decide desplazarse a otro Estado miembro para buscar empleo<sup>3</sup>.

En virtud del principio de igualdad de trato, los nacionales de otros Estados miembros tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones que los ciudadanos del

---

<sup>1</sup> “Evitando que el ejercicio de la libre circulación de los trabajadores entre los Estados miembros conlleve discriminación alguna de la protección frente a los riesgos sociales o suponga la pérdida de derechos de carácter social” (BARRIOS BAUDOR, G.L. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “La protección social en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 57, 2005, pág. 433).

<sup>2</sup> *Vid.* al respecto GARCÍA VALVERDE, M.D.: “Prestaciones de Seguridad Social: coordinación comunitaria. A propósito de la STJCE de 21 febrero 2006, asunto Hosse”, *Actualidad Laboral* núm. 16, 2006, pág. 1929 y MELLA MÉNDEZ, L.: “La prestación por desempleo en el Derecho social comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* núm. 77, 2008, págs. 16 y ss.

<sup>3</sup> Si bien “las combinaciones pueden ser múltiples”, como afirma FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* núm. 89, 2010, pág. 106.

Estado de residencia o estancia en cuanto al acceso a los servicios de empleo. Además gracias a la totalización, los períodos de seguro o de actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro pueden generar el derecho a percibir prestaciones por desempleo en otro Estado miembro. Se añade a ello que, como excepción al carácter eminentemente territorial de las prestaciones por desempleo—conforme al cual para cobrar las mismas hay que estar en el país que paga dichas prestaciones—, cabe la posibilidad de que bajo determinadas condiciones, un desempleado pueda desplazarse a otro país de la UE para buscar trabajo y exportar al nuevo país las prestaciones por desempleo del país comunitario en que se quedó en paro (Estado competente) durante un período inicial de tres meses, prorrogable hasta un máximo de seis<sup>4</sup>.

Las disposiciones sobre coordinación de las prestaciones por desempleo se localizan en el Capítulo 6 —arts. 61 a 65 bis)— del Reglamento (CE)883/2004, complementado por los arts. 54 a 57 del Reglamento de aplicación, Reglamento(CE) 987/2009, de 16 de septiembre.

Nótese que estos preceptos ponen de manifiesto cómo los principios de conservación de los derechos adquiridos en materia de Seguridad Social y de exportación de prestaciones alcanzan no sólo a los trabajadores migrantes en activo, sino también a las personas desempleadas, que mantendrán el disfrute de la prestación por desempleo cuando se desplazan a otro Estado miembro para buscar un empleo<sup>5</sup>.

En otro orden de cosas, en España forma parte del sistema de Seguridad Social desde la aprobación de la Ley 32/2010, de 5 de agosto una prestación denominada “por cese de actividad para trabajadores autónomos” (en adelante PCA), cuya regulación se halla integrada actualmente en el Título V —arts. 327 a 350— de la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

La creación del sistema de protección por cese de actividad para trabajadores autónomos se produjo en respuesta a la tradicional indefensión de este colectivo frente a la situación de paro forzoso. Las asociaciones de trabajadores por cuenta propia calificaron de hito histórico la aprobación de la citada Ley 32/2010, ya que nunca antes en nuestro sistema de Seguridad Social se había destinado una prestación a los autónomos que se ven obligados a poner fin a su actividad profesional por motivos ajenos a su voluntad.

Se trata de una prestación contributiva, cuyos beneficiarios son los autónomos afiliados al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o al Régimen Especial de Trabajadores del Mar que se ven obligados a poner fin a su actividad profesional por cuenta propia<sup>6</sup>; pero siempre y cuando hayan cotizado por esta contingencia, ya que la voluntariedad en la cobertura es una de sus características básicas.

<sup>4</sup> Vid. al respecto GARCÍA ROMERO, B.: “La protección por desempleo de emigrantes españoles”, en VV.AA.: *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015, pág. 774.

<sup>5</sup> ARETA MARTÍNEZ, M.: “Coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social y exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004”, en VV.AA.: *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010.

<sup>6</sup> Concretamente, los motivos del cese deben estar incluidos en el listado que recoge el art. 331 LGSS:  
a) Económicos, técnicos, organizativos o productivos determinantes de la inviabilidad del negocio.  
b) Fuerza mayor.  
c) Pérdida de la licencia administrativa.

(...)

Y es que en la actualidad existe absoluta voluntariedad en la cobertura del cese de actividad<sup>7</sup>, de manera que cada trabajador autónomo decide si quiere o no protegerse frente a esta contingencia y abonar la cotización correspondiente<sup>8</sup>.

Es preciso advertir, no obstante, de que este instrumento de protección no supone en absoluto una traslación a los trabajadores autónomos del régimen de la protección por desempleo de los empleados por cuenta ajena. Muy al contrario, la protección por cese de actividad constituye un sistema “específico”(tal y como el legislador se ocupaba de precisar en el título de la Ley 32/2010), y las normas del desempleo por cuenta ajena no entran en juego siquiera supletoriamente, según indica el art. 328 LGSS. La terminología presente a lo largo del Título V de la LGSS contribuye a reforzar la idea de que se trata de prestaciones diferentes, tal y como luego se explicará con más detalle.

A partir de lo expuesto cabe inferir que el punto de partida de este estudio se sitúa en la existencia, de un lado, del régimen de coordinación comunitaria de las “prestaciones de desempleo”;y de otro, en la inclusión en nuestro sistema de Seguridad Social de una prestación denominada “por cese de actividad”, destinada a proteger económicamente a los profesionales por cuenta propia que se encuentran en paro tras haber tenido que poner fin a su actividad profesional por motivos ajenos a su voluntad.

En las páginas que siguen se reflexionará sobre si deben aplicarse a la PCA las reglas de coordinación comunitaria de la prestación por desempleo, y en su caso con qué alcance. Para lo cual resulta imprescindible obviamente determinar si la expresión “prestaciones de desempleo”, presente en los Reglamentos de coordinación, alude únicamente a las medidas protectoras de los trabajadores por cuenta ajena que pierden su empleo, o si deben entenderse comprendidas las prestaciones por paro forzoso de los autónomos, a pesar de que en ningún lugar de los Reglamentos de coordinación se incluye una definición de lo que sean las “prestaciones de desempleo”.

## 2. REFLEXIONES EN TORNO ALA APLICABILIDAD DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN COMUNITARIA ALA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD

A la hora de responder al interrogante expuesto conviene tener en cuenta una serie de elementos diversos, que constituyen características de la PCA o bien del régimen de coordinación comunitaria:

---

d) Violencia de género.

e) Divorcio o separación familiar, en el caso del autónomo que colaboraba en el negocio de su cónyuge.

<sup>7</sup> Es así desde la modificación instrumentada por la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, que eliminó la vinculación que anteriormente existía entre la cobertura de la PCA y la de las contingencias profesionales. *Vid.* al respecto LASAOSA IRIGOYEN, E. “La implantación efectiva de la reforma de la prestación por cese de actividad”, en VV.AA.: *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015, pág. 857.

<sup>8</sup> Establecida en un tipo del 2,2 % sobre la base de cotización, aunque a los trabajadores autónomos acogidos al sistema de protección por cese de actividad se les reduce un 0,5 % en la cotización por IT derivada de contingencias comunes, de tal modo que el resultado final es que la cotización global aumenta únicamente un 1,7 % para quienes optan por la cobertura del cese de actividad.

## 2.1. LA AUTONOMÍA DE LA PCA RESPECTO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Como ya se ha adelantado, el legislador español ha querido configurar la PCA como una prestación distinta e independiente de la de desempleo.

La autonomía de la nueva prestación respecto de los tradicionales mecanismos de protección de los trabajadores por cuenta ajena se expresaba ya en el título de la norma que la implantó, la Ley 32/2010, de 5 de agosto, “que establece un Sistema Específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos”. Mediante la expresión “sistema específico” se transmitía la idea de que esta Ley no venía a extender las prestaciones por desempleo a los trabajadores autónomos, sino que se trataba de una prestación diferente con su propio nombre, articulada mediante un sistema de nueva implantación y sometida a una regulación específica.

El análisis del contenido de aquella norma, hoy día integrado en la LGSS, muestra aún más claramente el empeño del legislador por marcar las diferencias. La contingencia protegida se denomina cese de actividad y no “desempleo”, vocablo que se ha querido evitar a toda costa; en ningún punto se afirma que el trabajador autónomo que precisa protección está en desempleo sino que ha cesado en su actividad. Y ha cesado en su actividad pese a querer y poder “ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo”, terminología que rehúye incluso la utilización del término “trabajar”, para evitar el riesgo de relacionar esta actividad con la que desarrollan los empleados por cuenta ajena.

Al margen de las cuestiones terminológicas existe una total desconexión entre la PCA y las prestaciones por desempleo, consistente en que no se le aplica a aquella, ni siquiera supletoriamente, la regulación de las prestaciones por desempleo. Según prescribe el actual art. 328 LGSS, su ordenación se sitúa exclusivamente en el Título V de esta LGSS y en el Reglamento de desarrollo, Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, debiendo acudir supletoriamente a las normas reguladoras del RETA o del RETM (pero no al Título III de la LGSS que versa sobre “Protección por desempleo”).

La referida autonomía de la prestación de análisis nos podría conducir a un razonamiento que no reviste gran complejidad:

En el sistema de Seguridad Social español la PCA no es un tipo de prestación por desempleo, porque así lo ha querido el legislador. Y ocurre que el Reglamento (CE) 883/2004 define su ámbito de aplicación material en el art. 3 por referencia a un listado cerrado de prestaciones, entre las que se encuentran las de “desempleo” pero no las de “cese de actividad”. En consecuencia, cabría pensar que a la PCA no le resulta de aplicación el Reglamento 883/2004, ni tampoco consecuentemente el Reglamento de aplicación.

## 2.2. LA MENCIÓN ESPECÍFICA A LOS REGÍMENES ESPECIALES DE DESEMPLEO PARA LOS FUNCIONARIOS EN EL REGLAMENTO DE APLICACIÓN.

Otro argumento que apunta hacia la exclusión de la PCA de la aplicación de las normas de coordinación comunitaria es aquél que se apoya en el art. 57 del Reglamento de aplicación o Reglamento (CE) 987/2009.

Se refiere este precepto a “las personas aseguradas en un régimen especial de desempleo para funcionarios”, y se encarga de determinar cuáles de las reglas de coordinación de las prestaciones por desempleo resultan aplicables a este colectivo.

Pues bien, cabría sostener que “las personas aseguradas en un régimen especial de desempleo para trabajadores autónomos” habrían merecido un tratamiento similar, en caso de estar sujetas a las normas de coordinación comunitaria; es decir que si así fuera el Reglamento de aplicación se habría ocupado de aclarar cuáles de esas reglas les resultan trasladables, mediante una previsión semejante a la que contiene el art. 57.

### 2.3. LAS ALUSIONES A LA ACTIVIDAD POR CUENTA PROPIA EN EL CAPÍTULO 6 DEL REGLAMENTO (CE) 883/2004.

El Capítulo 6, que el Reglamento base dedica a la coordinación de las prestaciones por desempleo, contiene numerosas alusiones a los periodos de actividad por cuenta propia:

-En primer lugar, el art. 61 se refiere a la posibilidad de que la legislación del Estado competente subordine el derecho a las prestaciones al requisito de haber cubierto periodos “de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia”, para establecer que los periodos cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro deben tenerse en cuenta como si hubieran tenido lugar bajo la legislación del Estado competente.

-En la misma línea, el art. 62 se refiere a “el sueldo o los ingresos profesionales” percibidos por el solicitante, y prescribe que para calcular la cuantía de la prestación por desempleo debe tenerse en cuenta solo la última actividad “como trabajador por cuenta ajena o propia”.

-Asimismo, el art. 65 alude en varias ocasiones a los periodos “de actividad por cuenta ajena o propia” al ordenar las distintas situaciones que pueden afectar a los trabajadores fronterizos en desempleo.

-Y finalmente, el art. 65 bis alude expresamente a los trabajadores fronterizos “que hayan completado recientemente períodos de seguro como trabajador por cuenta propia o períodos de actividad por cuenta propia reconocidos a los fines de otorgar prestaciones de desempleo”.

En suma, la norma comunitaria no deja fuera a quienes han ejercido una actividad profesional como autónomos, cuando regula las prestaciones por desempleo.

En principio, estas referencias a la actividad por cuenta propia podrían interpretarse como alusiones a prestaciones como la PCA española. Sin embargo, conviene tomar en consideración que no son pocos los Estados miembros de la UE que aplican a los trabajadores autónomos el mismo régimen general de prestaciones por desempleo que a los trabajadores por cuenta ajena, de tal manera que el trabajo por cuenta propia resulta válido, al igual que el que se desarrolla en ajenidad, para cotizar por la contingencia de desempleo y en consecuencia poder acceder a las prestaciones por desempleo<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Al respecto *vid.* GARCÍA VIÑAS, J.: “Las prestaciones de desempleo de los trabajadores migrantes. Especial referencia a la coordinación comunitaria”, *Revista de Estudios Financieros* núm. 296, 2007, pág. 20; LASAOSA IRIGOYEN, E.: *La prestación por cese de actividad para trabajadores* (...)

Partiendo de este dato, parece más exacto afirmar que cuando los preceptos citados aluden a los periodos de actividad por cuenta propia se refieren a aquellos que, según la legislación de determinados Estados miembros, son válidos para generar el derecho a las prestaciones por desempleo (es decir para las prestaciones por desempleo genéricas), y no se refieren necesariamente a prestaciones específicas para autónomos como la PCA. De hecho, el art. 65 bis menciona explícitamente los “periodos de actividad por cuenta propia reconocidos a los fines de otorgar prestaciones de desempleo”.

#### 2.4. LA APLICABILIDAD DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN A LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Por otro lado, el hecho de que una prestación forme parte de un régimen especial no la excluye de la aplicación de las normas de coordinación comunitaria, según aclara expresamente el art. 3.2 del Reglamento 883/2004: “el presente Reglamento se aplicará a los regímenes de seguridad social generales y especiales”. Según se ha indicado anteriormente la PCA no está integrada en el Régimen General de la Seguridad Social, sino en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar; pero de ello no se infiere, se insiste, que haya que descartar su sujeción a las reglas de coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la UE.

#### 2.5. EL REGLAMENTO (CE) 883/2004 DEBE APLICARSE A “LAS RAMAS DE SEGURIDAD SOCIAL RELACIONADAS CON”...“LAS PRESTACIONES DE DESEMPLEO”

El art. 3 del Reglamento base, al determinar su campo de aplicación material, establece que se aplicará “a toda la legislación relativa a las ramas de Seguridad Social relacionadas con” las prestaciones que a continuación enumera, entre las que se incluyen las prestaciones por desempleo.

Resulta especialmente relevante el tenor literal de este artículo, en la medida en que no está afirmando que la norma se aplicará “a las prestaciones por desempleo”, sino “a las ramas de Seguridad Social relacionadas con” las prestaciones por desempleo.

El TJUE ha interpretado con amplitud este precepto entendiendo que quedará comprendida en el ámbito de las normas coordinadoras aquella prestación que se anude a alguno de los riesgos allí enumerados, aunque no esté explicitada en el listado exhaustivo del art. 3.1 del Reglamento 883/2004 –anteriormente contenido en el art. 4 del Reglamento (CEE) 1408/1971–<sup>10</sup>.

Resultan expresivas de esta interpretación amplia, por ejemplo, las SSTJCE de 12 de mayo de 1998 –Caso María Martínez Sala contra Freistaat Bayer–, 19 de septiembre de 2012 –Asuntos acumulados C-216/12 y C-217/12–, 15 de marzo de 2001 –Asunto C-85/99–, 5 de febrero de 2002 –Asunto C-255/99–, 1 de abril de 2008 (Asunto C-212/06);y SSTJUE de 19 de septiembre de 2013 (Asuntos acumulados C-216/12 y

*autónomos*, Aranzadi, Cizur Mayor, 2011, pág. 24 y PIETERS, D.: “Reflexiones comparativas sobre los regímenes de desempleo en Europa”, en VV.AA.: *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015, pág. 912.

<sup>10</sup> GARCÍA VALVERDE, M. D.: “Prestaciones de Seguridad Social: coordinación comunitaria...”, cit., pág. 1935. En el mismo sentido RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, J.: “Visión general de la Seguridad Social en el derecho comunitario europeo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 2, 1997, pág. 118.

C-217/12), 24 de octubre de 2013 (Asunto C-177/12) y 27 de febrero de 2014 (Asunto C-32/13).

Por el contrario, no deben considerarse como elementos constitutivos para la clasificación de las prestaciones las características meramente formales—SSTJCE de 5 de julio de 1983 (Asunto 171/82), 18 de julio de 2006 (Asunto C-406/04) y 11 de septiembre de 2008 (Asunto C-228/07)—.

En cuanto a las prestaciones por desempleo, el Tribunal ha aclarado en alguna ocasión que “para ser calificada de «prestación de desempleo» [...], una prestación debe estar destinada a sustituir el salario dejado de percibir por razón del desempleo con objeto de subvenir a la manutención del trabajador en situación de desempleo”—SSTJCE 8 julio 1992 (Asunto C-102/91) y 11 septiembre 2008 (Asunto C-228/07)—.

Si bien la PCA no puede calificarse como “prestación por desempleo” con base en la legislación española (que como ha quedado dicho la configura como una prestación distinta a las de desempleo) sí cabría sostener, con base en la literalidad del art. 3 del Reglamento base y en la interpretación del mismo que ha llevado a cabo el TJUE, que se trata de una prestación de Seguridad Social vinculada al riesgo de desempleo; o lo que es lo mismo incluida en una “rama de la Seguridad Social relacionada con” las prestaciones por desempleo, y coherentemente declarar que le resultan aplicables las normas de coordinación comunitarias.

## 2.6. LA DECLARACIÓN INDUBITADA A FAVOR DE LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS DE COORDINACIÓN COMUNITARIA A LA PCA QUE CONTIENE EL REAL DECRETO 1541/2011

Como ya se indicó, la ordenación legal de la PCA encuentra su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre. Norma que, al regular los distintos supuestos de suspensión del derecho a la PCA, declara en el art. 15.1 b), que se suspenderá su percibo cuando el beneficiario traslade su residencia al extranjero con el fin de buscar trabajo por un periodo inferior a doce meses, “sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea”.

El precepto legal desarrollado por este artículo es el art. 341.1 f) LGSS, más lacónico, que establece únicamente que el derecho a la PCA se extinguirá “por traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen”.

## 3. CONCLUSIONES

A pesar de la claridad meridiana con que el Reglamento de la PCA afirma la aplicabilidad a dicha prestación de los Reglamentos de coordinación comunitaria, no debe olvidarse que la interpretación de éstos y por ende de su ámbito de aplicación material corresponde en última instancia al TJUE y no a una norma nacional.

Significa ello que la aludida declaración contenida en el art. 15.1 b) del RD 1541/2011 no constituye un factor relevante para afirmar la aplicabilidad a la PCA de la normativa comunitaria de coordinación.

Sin embargo sí resulta determinante la literalidad del propio Reglamento 883/2004; el cual incluye dentro de su ámbito de aplicación material, según se ha explicado ya, las

normas protectoras de Seguridad Social que estén relacionadas con los riesgos que enumera, entre ellos el de desempleo. Y es que, pese a todos los esfuerzos del legislador español para omitir el vocablo “desempleo” en las normas rectoras de la PCA, ésta no deja de ser una medida de protección para quienes no tienen un empleo. Resultaría ilógico acotar el significado del término “desempleo” refiriéndolo únicamente a quienes han perdido un empleo por cuenta ajena y dejar al margen a quienes se encuentran en situación de paro forzoso tras ejercer una actividad por cuenta propia. Al fin y al cabo, como expresa el Convenio núm. 168 de la OIT sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo en su art. 10, el desempleo es sencillamente “la pérdida de ganancias debida a la imposibilidad de obtener un empleo conveniente [...] para una persona apta para trabajar, disponible para el trabajo y efectivamente en busca de empleo”.

La interpretación de carácter finalista viene también en apoyo de la respuesta positiva a la cuestión de la aplicabilidad de los Reglamentos de coordinación a la prestación que nos ocupa, habida cuenta de que en el Considerando núm. 32 del Reglamento base se plantea la necesidad de “velar por una coordinación más estrecha y eficaz entre los regímenes de seguro de desempleo y los servicios de empleo de todos los Estados miembros” para “fomentar la movilidad de los trabajadores”. Al fin y al cabo, como proclama el Considerando núm. 1 del mismo texto, “Las normas sobre coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social forman parte del marco de la libre circulación de personas y deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de éstas”.

Una vez admitido sin ambages que la PCA se halla sujeta al régimen de coordinación comunitaria de los sistemas de Seguridad Social, conviene plantearse si la particular configuración de este mecanismo de protección para autónomos es susceptible de generar disfunciones al serle aplicadas las reglas de coordinación comunitarias.

Al respecto, cabe suponer que las mayores dificultades para la coordinación comunitaria de la PCA serán consecuencia de la gran heterogeneidad que presentan los sistemas de Seguridad Social de los países miembros en cuanto al establecimiento de mecanismos de protección para los trabajadores autónomos en desempleo.

Así por ejemplo, el art. 61 del Reglamento base impone a la institución competente de un Estado miembro la obligación de tener en cuenta, en la medida necesaria, los periodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro como si se hubieran cubierto bajo la legislación que dicha institución aplica; pero siempre y cuando dichos periodos se hubieran considerado periodos de seguro de haberse cumplido con arreglo a la legislación aplicable.

Cabe imaginar el caso de un trabajador por cuenta propia que se traslade a España desde otro Estado miembro y ejerza su última actividad en España, antes de quedar en paro y solicitar la PCA en nuestro país<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Si bien no deben obviarse las reglas sobre determinación de la legislación aplicable que contiene el Reglamento base, especialmente el art. 12.2: “*La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en un Estado miembro y que vaya a realizar una actividad similar en otro Estado* (...)”

Los requisitos de carencia establecidos en nuestra legislación para poder ser beneficiario de la PCA consisten en haber cotizado por esta contingencia (cotización que resulta enteramente voluntaria, según se dijo) durante al menos doce meses (con carácter general), en los términos fijados en el art. 338 LGSS; en consecuencia sería necesario que el trabajador autónomo que solicitara la PCA hubiese cumplido ese requisito. Para ello se le computarían los periodos cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro como si se hubieran cubierto bajo la legislación española. Pero la determinación de qué cotizaciones efectuadas con arreglo a la legislación de otro Estado han de considerarse computables como cotización por PCA parece una tarea no exenta de complejidad, habida cuenta de las disimilitudes que presentan los distintos sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros en esta materia. Así, como ya se dijo en algunos Estados miembros se permite a los autónomos cotizar por desempleo y se les reconoce en tal caso el derecho a percibir las mismas prestaciones por desempleo que los trabajadores por cuenta ajena.

De otro lado, la cuantía de la PCA se calculará aplicando el 70 % a la base reguladora, la cual será el promedio de las bases por las que se hubiere cotizado durante los doce meses anteriores al cese (art. 339 LGSS). En aplicación del art. 62.2 del Reglamento 883/2004, en el supuesto de que un trabajador autónomo desplazado a España desde otro Estado miembro quede en paro y solicite la PCA, únicamente deberá tomarse como base para el cálculo su última actividad como trabajador por cuenta propia en España<sup>12</sup>.

Por otra parte el beneficiario de la PCA tendrá derecho a desplazarse a otro Estado miembro para buscar empleo, conservando el derecho a su percibo, en los términos establecidos en los Reglamentos de coordinación.

---

*miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible no exceda de 24 meses”.*

<sup>12</sup> Vid. al respecto AYUSO MOZAS, R.: “La prestación por desempleo en la normativa y en la jurisprudencia comunitarias”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 72, 2008, pág. 182.



# XVII. SOSTENIBILIDAD DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA Y EN LA UNIÓN EUROPEA

BORJA SUÁREZ CORUJO  
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
*Universidad Autónoma de Madrid*

*“The self-doubt of the young is nothing compared to the self-doubt of the old”*

JULIAN BARNES, THE NOISE OF TIME

## 1. PRELIMINAR: LA SOSTENIBILIDAD DE LA POLÍTICA SOCIAL EN LA ERA DE LA AUSTERIDAD, DE LA ECONOMÍA DIGITAL Y DEL ENVEJECIMIENTO.

La construcción del Estado de bienestar a lo largo de la segunda mitad del siglo XX se realiza sobre la base de lo que R. CASTEL<sup>1</sup> denominó la propiedad social, entendida como la participación directa del Estado en la protección de la población a través del reconocimiento de derechos sociales a los ciudadanos trabajadores. Esta reconfiguración del papel del Estado implicaba, como rasgo más notable, un aumento significativo del gasto social que, en apenas treinta años, pasa de representar el 5 % al 25 % del PIB en la Europa occidental. Desde los años ochenta, y pese a que no ha habido cambios apreciables en el nivel de gasto, un número de voces crecientes cuestionan la dimensión de este esfuerzo y de la consiguiente presión fiscal: se denuncian las dificultades de adaptación de los Estados de bienestar para hacer frente a los retos derivados de un contexto de globalización económica y de consolidación de una sociedad postindustrial en un marco de austeridad permanente dentro del proceso de integración europea<sup>2</sup>.

La estructura del gasto social en los países de la Unión Europea se caracteriza por el destacado peso de la partida dedicada a las pensiones. En torno a la mitad del gasto social total se ocupa de las contingencias de incapacidad permanente, supervivencia y, sobre todo, jubilación<sup>3</sup>. Ello permite presentar el sistema de pensiones como la pieza principal de los Estados de bienestar europeos, lo que, más allá de las distintas tradiciones jurídico-políticas, supone que no hay ninguna otra materia que lleve consigo tamaño esfuerzo presupuestario.

Este protagonismo de las pensiones en los presupuestos públicos de todos los países europeos explica algunas de las tendencias que han marcado y habrán de condicionar la evolución de estos sistemas de protección social. En un cuádruple sentido.

Una primera tendencia es la vinculada a la creciente preocupación por la viabilidad de un modelo que ha sufrido –en países como España sigue haciéndolo– fuertes tensiones en los últimos años que previsiblemente se intensificarán en el futuro. Las

---

<sup>1</sup> *Les métamorphoses de la question social*, Fayard, París, 1995, p. 432.

<sup>2</sup> HEMERIJCK, A. *Changing welfare states*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 51 ss.

<sup>3</sup> Según EUROSTAT, en 2014 el peso de la partida correspondiente a la incapacidad permanente ascendía a un 7 %, a un 5,5 % en el caso de la supervivencia 5,5 % y, sobre todo, a un 38,7 % en el caso de la vejez.

dificultades presentes y/o recientes, particularmente intensas en los países rescatados, tienen su origen en la crisis económica y en las políticas de austeridad a ultranza que provocaron una caída del empleo con la consiguiente reducción de los ingresos, generalmente provenientes de cotizaciones. Por tanto, el desequilibrio presupuestario resultante no tiene que ver con un exceso de gasto o un crecimiento desmesurado de éste. Cosa distinta son las proyecciones futuras marcadas, como veremos, por el cambio demográfico que ha supuesto la generación del *baby boom*: todos los países han de enfrentarse antes o después a un incremento extraordinario del número de personas mayores con la consiguiente repercusión en el gasto en pensiones. De manera que el mantenimiento del equilibrio existente –al menos, antes de la crisis– exige la adopción de medidas que provean al sistema de más recursos o que disminuyan la cuantía de la pensión media.

Estrechamente conectada con esta preocupación por la capacidad de los presupuestos públicos de hacer frente a un volumen ingente de recursos, habría que situar los efectos de lo que ha venido a denominarse *cuarta revolución industrial*, esto es, el proceso de digitalización de la economía. Son muchos los interrogantes que esta nueva realidad productiva plantea a un esquema de protección social construido en torno a la actividad laboral asalariada. Me limitaré a apuntar los dos más evidentes y relevantes desde una perspectiva de sostenibilidad del sistema de protección social.

De un lado, es posible que la amenaza de desaparición de un número importante de puestos de trabajo no se traduzca necesariamente en un aumento del desempleo al verse compensado por la creación de nuevos puestos en otros sectores. Sin embargo, es muy probable que muchos de los trabajadores afectados tengan extraordinarias dificultades en encontrar otro empleo y acaben convirtiéndose en parados de larga duración cuyas condiciones de acceso a una futura pensión se verán seriamente perjudicadas.

Mientras que, de otro lado, la economía digitalizada y, en particular, las nuevas formas de negocio –con Uber como modelo paradigmático<sup>4</sup>– alteran en cualquier caso las formas de actividad profesional, laboral o no, proyectándose, no solo en las futuras prestaciones, sino en los ingresos por cotizaciones sociales. Tal circunstancia significa que aquellos sistemas más dependientes en su financiación de las cuotas de empresas y trabajadores se enfrentan a una dificultad adicional que podría (¿debería?) dar pie a reflexionar sobre la estructura de las fuentes de financiación.

Ante las dudas acerca de la capacidad de las cuentas públicas de soportar un gasto en pensiones al alza, emerge como tercera tendencia una apuesta decidida por el desarrollo de instrumentos privados complementarios de las pensiones del primer pilar (público y obligatorio). Estas pensiones privadas, de naturaleza ocupacional (segundo pilar) o individual (tercero), son presentadas como la respuesta ‘natural’ a los límites de crecimiento y riesgos del sistema público, y desde este punto de vista un instrumento efectivo para garantizar la viabilidad de esas pensiones públicas. Sin embargo, no deben pasarse por alto dos aspectos. Uno es que estos instrumentos privados no están ni mucho menos exentos de riesgos; de hecho, las experiencias más desarrolladas han sido en general muy poco exitosas hasta la fecha, con Chile como mejor ilustración<sup>5</sup>. El otro

<sup>4</sup> Véase: DEGRYSE, C. “Digitalisation of the economy and its impact on labour markets”, *Working Paper* (European Trade Union Institute), 2016.02.

<sup>5</sup> SUÁREZ CORUJO, B. “Lecciones del fracaso del modelo chileno de pensiones privadas”, 15 de junio de 2015 ([agendapublica.elperiodico.com/lecciones-del-fracaso-del-modelo-chileno-de-...](http://agendapublica.elperiodico.com/lecciones-del-fracaso-del-modelo-chileno-de-...))

lleva a apuntar que el ‘entusiasmo’ por este tipo de mecanismos de protección proviene en muchos casos de determinados sectores económicos – financiero y asegurador, para ser más preciso– que tienen un interés directo en la reducción del espacio público, pues de ese modo se abre un espacio potencial para sus negocios. Y esto es legítimo, pero no debe ocultarse ante la opinión pública como demasiado a menudo sucede<sup>6</sup>.

Finalmente, cabe también apuntar, como cuarta tendencia que subyace en todas las anteriores, una crisis del sustrato ideológico sobre el que se construyen históricamente las instituciones que conforman el Estado de bienestar. A pesar del origen financiero de la crisis económica, ajena por completo a los niveles de gasto social, se hace en buena medida responsable a los sistemas de protección social públicos de los altos niveles de déficit público y de las dificultades financieras. Paradójicamente, pues, un contexto de extraordinaria dificultad para millones de ciudadanos es aprovechado para impulsar reformas que habrían resultado imposibles en una coyuntura no excepcional. Y con ello se transmite un mensaje de dimensión moral en el sentido de generar cierto sentimiento de culpa por haber ‘vivido por encima de nuestras posibilidades’ –con pensiones que no nos podíamos permitir–, facilitando así unos recortes drásticos de la red de protección social pública.

## 2. EL CONCEPTO DE SOSTENIBILIDAD DE LOS SISTEMAS DE PENSIONES: UNA CUÁDRUPLE APROXIMACIÓN TAN NECESARIA COMO IGNORADA

El claro sesgo económico que marca el debate sobre todas las cuestiones sociolaborales, en general, y sobre el sistema de pensiones, en particular, explica seguramente que la discusión acerca de la sostenibilidad de este y sobre las reformas que son necesarias gire principalmente en torno a su dimensión financiera. Ciertamente es que desde hace tiempo se utiliza también como parámetro de referencia la adecuación, entendida como una dimensión social de la sostenibilidad que refleja la suficiencia de las pensiones<sup>7</sup>. Pero se presenta como un aspecto complementario o, al menos, subordinado en importancia a la sostenibilidad financiera. Y el problema es que parece olvidarse que no garantizar esa sostenibilidad social supone la transformación del sistema en algo distinto en la medida en que pone en peligro la principal función desempeñada por las pensiones: la lucha contra la pobreza a través de la dignificación de las condiciones de vida en la tercera edad. Dicho en otras palabras, debería tenerse claro que tan importante para la sostenibilidad del sistema de pensiones es la dimensión financiera como la dimensión social.

Si, como veremos, no siempre es sencillo determinar los criterios que sirven para evaluar la sostenibilidad financiera del sistema y la incidencia que pueden tener las reformas sobre ella, mucho más incierto es el enjuiciamiento de la suficiencia (sostenibilidad social) de las pensiones. Pero esta indefinición de los umbrales no significa que no haya límites. Al contrario, como proyección de esa dimensión social los hay; en un doble plano que no debe pasarse por alto.

---

pensiones-privadas/); KREMERMANN, M. “Diez razones para sumarse a la marcha NO + AFP”, 27 de marzo de 2017 ([www.fundacionsol.cl/2017/03/diez-razones-sumarse-la-marcha-no-afp](http://www.fundacionsol.cl/2017/03/diez-razones-sumarse-la-marcha-no-afp)).

<sup>6</sup> Como mero ejemplo, puede considerarse desafortunada la decisión del Gobierno en 2013 de nombrar una Comisión de Expertos integrada mayoritariamente por profesionales vinculados al mundo de la banca o de los seguros.

<sup>7</sup> La OCDE se refiere a una “sostenibilidad social”. Véase, por ejemplo el editorial de: OECD, *Pensions at a Glance 2015: OECD and G20 indicators*, OECD Publishing, Paris, p. 9 ([http://dx.doi.org/10.1787/pension\\_glance-2015-en](http://dx.doi.org/10.1787/pension_glance-2015-en)).

Cabe referirse, de un lado, a los condicionantes derivados del marco jurídico-constitucional. No cabe duda de que los legisladores tienen un amplio margen de actuación a la hora de reformar los sistemas de pensiones. Pero esos cambios deben respetar ciertos límites que en la mayoría de los casos se encuentra en el texto constitucional o en el Derecho supranacional –de la Unión Europea o internacional–. Es decir que las reformas deben ser también sostenibles jurídicamente, en el sentido de que las medidas adoptadas no pueden contravenir preceptos constitucionales (o de rango superior) a riesgo de ser anuladas. Adviértase que un cauce a través del cual se exige la sostenibilidad social es justamente éste, el de la sostenibilidad jurídica. Pero el respeto al marco supralegal no tiene por qué limitarse a la suficiencia de las pensiones; de hecho, textos constitucionales como el español incorporan otras exigencias (la adecuación en nuestro caso) que pueden constreñir igualmente la acción legislativa.

Todavía habría, de otro lado, una cuarta dimensión de la sostenibilidad. Las pensiones constituyen un instrumento fundamental para la cohesión social y su preservación repercute en muchos ámbitos. Por esta razón, se trata de una materia con una importantísima dimensión política que, de nuevo, no debe olvidarse. En pos de la sostenibilidad financiera pueden plantearse reformas que sacrifiquen la generosidad de la cuantía de las pensiones, y con ello la sostenibilidad social, dentro del marco jurídico. Y, sin embargo, no debe subestimarse el condicionante que puede suponer la opinión de los ciudadanos-electores, especialmente cuando las reformas implican recortes de las prestaciones (o, desde una perspectiva contraria, un aumento directo o indirecto de la presión fiscal). En este sentido, el proceso de envejecimiento de la población vendrá a reforzar el peso de los mayores dentro del colectivo electoral y, por consiguiente, su capacidad de presión a la hora de orientar las reformas en esta materia.

## 2.1. SOSTENIBILIDAD FINANCIERA.

Como primera y básica aproximación, un sistema público de pensiones financieramente sostenible es aquel en el que los poderes públicos tienen capacidad para asumir el pago de las pensiones en el momento presente y previsiblemente en el futuro, a medio y largo plazo; en otras palabras, la sostenibilidad financiera supone la capacidad del Estado de garantizar la supervivencia de un sistema de pensiones reconocible como tal. Ello exige la identificación de los factores que pueden amenazar con convertir las pensiones en una carga excesivamente pesada. Desde esta perspectiva, la crisis económica y de empleo ha generado –especialmente en los países más afectados– fuertes tensiones financieras que tienen un carácter coyuntural y que, pese a su entidad y gravedad, no ponen en peligro la viabilidad del sistema, sin perjuicio de la necesidad de adoptar medidas para estabilizar la situación financiera. Lo que verdaderamente amenaza, desafía, la viabilidad de los sistemas público de pensiones es el proceso de envejecimiento de la población. Merece la pena detenerse aquí un instante<sup>8</sup>.

Cabría comenzar por matizar que el profundo, y ya inexorable, cambio que empieza a producirse –o está a punto de hacerlo– en la estructura de la población de los países de la Unión Europea no es tanto el envejecimiento de la sociedad (que puede derivarse de distintos factores, como la baja natalidad o la emigración de los jóvenes), cuanto el

<sup>8</sup> Imprescindibles resultan en este punto los trabajos de J.A. FERNÁNDEZ CORDÓN. Además de los citados expresamente más adelante, véanse: “Pensiones: la demografía como coartada”, 19 de julio de 2016 ([economistasfrentealacrisis.com/pensiones-la-demografia-como-coartada/](http://economistasfrentealacrisis.com/pensiones-la-demografia-como-coartada/)).

incremento sustancial del número de personas mayores, generalmente identificadas como aquellas mayores de sesenta y cuatro años. Aunque este fenómeno tiende a achacarse principalmente al alargamiento de la esperanza de vida –referido al incremento espectacular de este indicador a lo largo del siglo XX, así como el más moderado que previsiblemente se producirá en las próximas décadas–, más decisivo es en realidad un segundo factor: que a lo largo de las próximas tres décadas aproximadamente vaya a producirse un espectacular incremento de la cohorte de edad de sesenta y cinco o más años, la denominada generación del *baby boom*.<sup>9</sup>

Esta puntualización es importante por dos razones que deberían tenerse presente a la hora de diagnosticar los retos vinculados al envejecimiento y plantear reformas dirigidas a garantizar la sostenibilidad del sistema público de pensiones en el largo plazo.

Por una parte, no está de más subrayar que las consecuencias de este fenómeno demográfico que supone la llegada a la jubilación de los *baby boomers*—principal razón, se insiste, del previsible aumento del número de pensionistas— abarca un extenso, pero limitado, periodo temporal. Lo cual quiere decir que, sin poder hablar de un cambio coyuntural, no puede afirmarse tampoco que se trate de una alteración estructural; básicamente porque a partir de mitad del presente siglo el número de mayores empezará a caer, especialmente en aquellos países —de nuevo España es un buen ejemplo— caracterizados por bajas tasas de fecundidad desde los años noventa.

Mientras que, por otra parte, parece haber cierta miopía en la consideración del envejecimiento de la población como un problema exclusivo de los sistemas de pensiones de reparto. No es solo que las “... proyecciones demográficas no [sean] una verdad revelada”<sup>10</sup>, sino sobre todo que las proyecciones demográficas que se manejan presentan un escenario (casi) apocalíptico que como tal resulta poco probable. Pues de llegarse a una situación de desequilibrio poblacional como la que se anticipa no serían en efecto viables los sistemas de pensiones que hoy conocemos, pero tampoco los actuales niveles de bienestar colectivo y de crecimiento económico. Curiosamente las estimaciones sobre la evolución del PIB en el largo plazo no auguran ninguna caída<sup>11</sup>, lo que implícitamente significa que se asume —como es lógico— que otros factores (fecundidad, movimientos migratorios, productividad) servirían para mitigar el impacto del cambio demográfico.

Hechas estas consideraciones previas, puede entonces concluirse que la valoración de la sostenibilidad financiera va a depender de la capacidad que tenga el sistema público de absorber el potencial incremento del gasto derivado de un número creciente

<sup>9</sup> En efecto, el envejecimiento es el resultado de la confluencia de estos dos factores. Por una parte, un previsible alargamiento de la esperanza de vida (en particular, de esta expectativa a los 65 años) que, según las estimaciones de la Comisión Europea, podría situarse en 87,4 años para los hombres y 90,6 años para las mujeres en el ámbito de la Unión Europea en 2060, algo menos de cinco años superior a la actual. Pero aún más relevante a estos efectos es, por otra parte, la circunstancia de que acceda a la jubilación la generación más numerosa de la historia, la del *baby boom*. Esta explosión de la natalidad que tuvo lugar después de la Segunda Guerra Mundial y que se prolongó hasta los años 70 es la principal causa de que la población mayor de 64 años vaya a incrementar su tamaño en las próximas décadas: pasará del 18,4 % —de media en los países de la UE— en 2013 al 28,4 % en 2060. *Vid. The 2015 Ageing Report (op. cit.)*.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ CORDÓN, J.A. “Sobre dependencias y ratios”, 15 de diciembre de 2016 ([economistasfrentealacrisis.com/sobre-dependencia-y-ratios/](http://economistasfrentealacrisis.com/sobre-dependencia-y-ratios/)).

<sup>11</sup> Al contrario, se estima una evolución estable a lo largo de las próximas décadas: EUROPEAN COMMISSION, *The 2015 Ageing Report*, 2015, p. 40.

de pensionistas sin desestabilizar las cuentas públicas<sup>12</sup>. La cuestión clave es, por tanto, cómo se mide esa capacidad de respuesta de los presupuestos públicos al cambio demográfico.

El indicador más frecuentemente utilizado para poner de manifiesto el riesgo de insostenibilidad financiera es la denominada tasa de dependencia, esto es, el cociente, en tanto por ciento, entre la población menor de dieciséis años o mayor de sesenta y cuatro, y la población comprendida entre esas edades. La llegada a la tercera edad de la generación del *baby boom* es, como bien puede imaginarse, un factor desequilibrante de esta relación que augura, en principio, grandes dificultades para el mantenimiento de los sistemas públicos de reparto por la carga que supondría para la población ocupada. Lo cierto es que no es éste seguramente el indicador que mejor refleja la incidencia que la estructura de la población tiene en el sistema de pensiones pudiendo provocar una grave quiebra de la equidad intergeneracional, uno de los principales argumentos de los detractores de la actual configuración de los modelos de pensiones basados en el reparto como compromiso entre generaciones.

Desde la perspectiva del equilibrio demográfico, la Comisión Europea reconoce que resulta mucho más fiable y completo como indicador la tasa total de dependencia económica (*total economicdependency ratio*), es decir, la relación existente entre la población inactiva (mayores, niños y personas en edad de trabajar inactivas –o desempleadas–) y la población ocupada<sup>13</sup>. Este indicador revela cuántas personas dependen de quienes en un momento determinado trabajan, un aspecto clave para medir la carga soportada por las personas empleadas en modelos de Seguridad Social basados en regímenes financieros de reparto. Lo importante, parece, no es tanto el destino de los esfuerzos contributivos que se exige a los activos (colegios, prestaciones por desempleo, pensiones), sino la dimensión conjunta de ese esfuerzo. Y, de cara a la futura sostenibilidad, ello es particularmente relevante en aquellos países que hoy tienen tasas de actividad o de ocupación (de nuevo, España) muy bajas, pues una mejora de la situación en el mercado de trabajo podría repercutir muy positivamente en la tasa total de dependencia económica.

Dicho lo cual, incluso este indicador puede resultar limitado dada la existencia de otros factores ajenos a la demografía que inciden directamente en la salud financiera del sistema y por extensión en la salud de las cuentas públicas; en clave económica, se piensa en los niveles de actividad económica y de producción. Por eso, más allá de situaciones puntuales en las que el endeudamiento puede estar justificado, parece razonable entender que las pensiones serán sostenibles cuando pueda preverse que los poderes públicos dispondrán de un nivel de ingresos suficiente para su pago; o, dicho de otra forma, cuando el nivel de gasto en pensiones sea asumible.

La pregunta entonces es ¿y esta capacidad cómo se mide? No por casualidad uno de los indicadores que también se utiliza para valorar la sostenibilidad de los sistemas públicos de pensiones es el que expresa el volumen de esta partida en términos de PIB. Y parece un buen criterio en la medida en que expresa el esfuerzo relativo que realizan en esta materia países con economías muy distintas. Evidentemente sigue faltando un paso que sería el de concretar cuál es el nivel de gasto sobre PIB soportable. Esta

<sup>12</sup> EUROPEAN COMMISSION, “Adequacy and sustainability of pensions”, *European Semester Thematic Factsheet*, 2016, p. 6.

<sup>13</sup> EUROPEAN COMMISSION, *The 2015 Ageing Report*, *op. cit.*, p. 40.

decisión es de carácter político, sobre todo; pero hay elementos de referencia que sirven para objetivarla, como la comparación con otros países o –también parece razonable– el peso de la cohorte de los mayores. Téngase en cuenta que, al final, la utilización del PIB sirve para reflejar la parte de la riqueza nacional producida en un año que se destina al pago de las pensiones; de manera que si, por ejemplo, el gasto se mantiene en el mismo nivel pese al incremento del número de pensionistas, ello significa que otras cohortes de edad están beneficiándose del crecimiento económico en detrimento de los jubilados. Es en última instancia una cuestión de redistribución de riqueza, de ahí el interés en el uso del PIB.

Ahora bien, este indicador no debe valorarse de forma aislada, sino que, como antes se apuntaba, hay que tener presente también su incidencia en la sostenibilidad fiscal de las cuentas públicas<sup>14</sup>; las pensiones son, como se ha dicho, la partida de gasto más importante, pero evidentemente hay otras muchas. De ahí la relevancia de la estructura de ingresos. En principio, el equilibrio entre ingresos y gastos de la Seguridad Social (en particular, del sistema de pensiones) no es imprescindible: el pago de las pensiones es una obligación del Estado y si no hay recursos suficientes se recurrirá al endeudamiento o al préstamo. Pero, en realidad, el equilibrio es muy conveniente para transmitir certidumbre, confianza en el sistema, pieza clave del compromiso intergeneracional; más, si cabe, ante la perspectiva de fuerte crecimiento del gasto por la multiplicación del número de pensionistas. En todo caso, y sin perjuicio de la posterior profundización en el asunto, las fuentes de financiación de las pensiones no tienen por qué ser fijas, pueden evolucionar con el tiempo adaptándose a las nuevas circunstancias: el sistema será sostenible si el Estado, a través de la Seguridad Social, tiene capacidad de reunir los recursos necesarios para su pago, sin que su origen –cotizaciones o impuestos– sea en sí mismo relevante.

Por último, desde esta perspectiva conceptual cabe apuntar una doble vía de actuación para el mantenimiento/reforzamiento de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el largo plazo. La primera, característica de estos últimos años, consiste en la reducción del gasto en esta partida, objetivo cuya consecución puede lograrse a su vez de dos formas distintas, si bien perfectamente compatibles<sup>15</sup>.

De una parte, cabe endurecer las condiciones de acceso a la pensión. Si pensamos en la pensión de jubilación –la más relevante desde la perspectiva financiera por su volumen–, esta restricción de la elegibilidad (*eligibility*) puede lograrse fundamentalmente a través de la elevación de la edad de jubilación ordinaria (indirectamente también incentivando el retraso en el acceso a la pensión), la restricción de la jubilación anticipada a través de unos requisitos más exigentes (edad o periodo de cotización) o la elevación del número mínimo de años de cotización necesario para acceder a la pensión. Tratándose de una pensión de viudedad, la restricción podría lograrse exigiendo o reforzando requisitos relacionados con el vínculo formal con el fallecido (matrimonio), la insuficiencia de rentas (dependencia económica), la existencia de hijos en común, entre otras.

<sup>14</sup> Sobre la delimitación conceptual de ésta, véase: EUROPEAN COMMISSION, “Fiscal Sustainability Report. 2015”, *Institutional Paper* 018, enero 2016, pp. 21 ss.

<sup>15</sup> En detalles sobre esta vía: EUROPEAN COMMISSION, “Identifying fiscal sustainability challenges in the areas of pension, health care and long-term care policies”, *Occasional Papers* 201, octubre 2014, pp. 9 ss.

Asimismo, otro tipo de medidas que también reducen el gasto son las que persiguen la reducción de la generosidad de la cuantía de las pensiones. Con tal finalidad, cabe actuar sobre el cálculo inicial de la cuantía de diversas formas: extendiendo el periodo de cotización necesario para acceder a una pensión ‘plena’ (100 % de la base) y, en general, rebajando el porcentaje reconocido por cada año cotizado (*accrualrate*); reduciendo las cuantías mínimas garantizadas; o, sin ánimo exhaustivo, aplicando criterios más restrictivos a la hora de actualizar las bases de cotización tenidas en cuenta para el cálculo de la cuantía inicial (*valorization*). Más sutil es, como forma alternativa de recortar las pensiones, la limitación de la revalorización posterior de la cuantía, un aspecto tan trascendental como el cálculo de la cuantía inicial teniendo en cuenta el largo periodo de tiempo durante el cual se percibe la pensión<sup>16</sup>. Siguiendo el criterio apuntado por la OCDE<sup>17</sup>, una indexación anual que no garantice una subida equivalente a la de los salarios implica un empobrecimiento relativo de los pensionistas; mientras que, desde esta perspectiva, ese empobrecimiento se produce en términos absolutos cuando la revalorización queda vinculada a la evolución de los precios.

La segunda vía para la preservación de la sostenibilidad financiera del sistema casi parece hoy una posibilidad más teórica en un contexto marcado desde hace siete años por la austeridad a ultranza. Pero en absoluto debe despreciarse. Se trataría de incrementar los ingresos con el fin de hacer frente al crecimiento del gasto. Para ello<sup>18</sup> cabe, en primer lugar, elevar los ingresos provenientes de las cotizaciones sociales que pagan empresas y trabajadores, un objetivo que puede alcanzarse subiendo los tipos aplicables, ampliando las bases de cotización (bases mínimas más altas, eliminación de bases máximas), eliminando reducciones en las cuotas o combatiendo con más eficacia el fraude. En segundo término, puede recurrirse también a una mayor aportación del Estado gracias a una subida (o la reducción de otras partidas) de impuestos generales o la creación (o subida) de figuras impositivas finalistas, como la ‘contribución social generalizada’ francesa. Y, en fin, la tercera vía explorable incluye otro tipo de medidas que, en principio, tienen un recorrido más limitado como respuestas puntuales ante coyunturas adversas: se piensa en la utilización de las reservas del sistema que hayan podido acumularse en etapas de bonanza; o en el endeudamiento.

## 2.2. SOSTENIBILIDAD SOCIAL.

De forma mucho más breve, resulta pertinente una aproximación conceptual a lo que podemos denominar sostenibilidad social<sup>19</sup> –o lo que la jerga europea identifica como adecuación– de los sistemas de pensiones. Por tal hay que atender la capacidad de éstos de proveer recursos suficientes para que los jubilados mantengan un nivel de vida adecuado, evitando el riesgo de pobreza de personas que por razón de su edad se encuentran en una posición económicamente vulnerable.

<sup>16</sup> Como recuerda la STJUE 20 de octubre de 2011, asunto Brachner, “... al igual que la propia pensión, la posterior actualización de ésta tiene por objeto proteger contra el riesgo de vejez a las personas que hayan alcanzado la edad legal de jubilación, garantizándoles que puedan disponer de los medios necesarios para cubrir, en particular, sus necesidades como personas jubiladas”.

<sup>17</sup> *Pensions at a glance 2015: OECD and G20 indicators*, OECD Publishing, Paris, pp. 59 ss. ([http://dx.doi.org/10.1787/pension\\_glance-2015-en](http://dx.doi.org/10.1787/pension_glance-2015-en)).

<sup>18</sup> Vid. ZUBIRI ORIA, I. “Las pensiones en España: las reformas necesarias”, en: AA.VV. (coord. RUESGA BENITO, S.M – SUÁREZ CORUJO, B. – GÓMEZ SÁNCHEZ, V. *¿Cobramos la pensión?*, Pirámide, Madrid, 2017, pp. 181 ss.

<sup>19</sup> Expresión puntualmente utilizada por la OCDE: OECD, *Pensions at a Glance 2015...*, op. cit., p. 9.

El análisis de la dimensión social de la sostenibilidad debe partir de la constatación de que ésta responde a la lógica solidaria que inspira y articula, como seña de identidad, la acción protectora de todos los sistemas de Seguridad Social. Quiere ello decir que, más allá de que los sistemas de corte profesional –como el español– se encuentren presididos por un principio de contributividad, los sistemas públicos de pensiones de reparto son mecanismos de protección social basados en la solidaridad –auténtico “superprincipio”<sup>20</sup>– con el consiguiente efecto y finalidad redistributivos. Desde este punto de vista, hay que insistir en que de poco sirve la sostenibilidad financiera si las medidas que la sustentan sacrifican la generosidad de la acción protectora más allá de lo razonable. El problema, una vez más, estriba en cómo determinar cuál es ese umbral.

Dependiendo de cuál de los dos grandes modelos de Seguridad Social se trate, la sostenibilidad social de las pensiones públicas implicará la garantía de un nivel mínimo de recursos para evitar la pobreza a través de una pensión de igual o similar cuantía para todos (*flat-rate pensions*), o aspirará a mantener el nivel de vida previo en función de las cotizaciones sociales realizadas durante el periodo de actividad profesional mediante pensiones más o menos proporcionales al esfuerzo contributivo previo (*earnings-related pensions*). En realidad, este segundo componente siempre está presente con la particularidad de que en los sistemas de corte anglosajón la vinculación a la trayectoria profesional se reflejará, no tanto en la pensión pública, cuanto en el instrumento privado complementario de capitalización.

De forma más concreta, la adecuación de las pensiones –se piensa en las de jubilación– puede evaluarse de acuerdo con diversos indicadores. El primero de ellos, a menudo olvidado, es el nivel de cobertura (*coverage*), definido como la proporción de personas mayores (sesenta y cinco años y más) que percibe una pensión. Más común<sup>21</sup> es utilizar, en segundo lugar, la capacidad de las pensiones para prevenir el riesgo de pobreza de los beneficiarios sea a través de una cuantía universal o de complementos para alcanzar un mínimo. Tercero, también se recurre a la tasa de reemplazo (*replacement rate*) de los ingresos previos a la jubilación, como resultado de la aplicación de una lógica financiera de prestación o de aportación definida. Y, cuarto, como variante de la anterior se utiliza igualmente la relación existente entre la cuantía media de las pensiones del sistema respecto de los ingresos medios de las personas que no han alcanzado todavía la edad de jubilación (*benefit ratio*).

A lo anterior se ha de añadir un aspecto adicional de extraordinaria importancia cualitativa: la dimensión de género de la (in)adecuación de las pensiones. Cada uno de los indicadores apuntados permite hacer un análisis de la situación específica de las mujeres. Como veremos, reciben en general un peor tratamiento en el mercado de trabajo que se proyecta en su posición ante la Seguridad Social, un sistema que además sanciona las trayectorias profesionales típicamente femeninas.

### 2.3. SOSTENIBILIDAD JURÍDICA.

A la vista de la orientación dominante en los procesos de reforma de los sistemas de Seguridad Social –de pensiones, en particular– desde el inicio de siglo

<sup>20</sup> ALARCÓN CARACUEL, M. R. “Los principios jurídicos de la Seguridad Social”, en: AA. VV. (coord. J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA) *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 24.

<sup>21</sup> EUROPEAN COMMISSION, “Adequacy and sustainability...”, *op. cit.*, p. 1.

aproximadamente, resulta imprescindible incorporar una dimensión adicional a la evaluación de la sostenibilidad de estos sistemas: la jurídica. Sin entrar en las razones que (supuestamente) justifican los cambios, es indiscutible que, con inspiración en documentos e indicaciones de organismos supranacionales, la mayor parte de los países europeos han endurecido el régimen de acceso y disfrute de las pensiones con la clara intención de recortar su cuantía y, con ello, el gasto público en esta materia. La consecuencia de esta inflexión en la trayectoria histórica de los sistemas de Seguridad Social es que las medidas que recortan derechos (*retrenchment*)<sup>22</sup> corren el riesgo de chocar con el ordenamiento jurídico vigente en el plano supranacional y, sobre todo, en el constitucional.

En efecto, los cambios introducidos por las reformas de las últimas dos décadas no son menores en muchos casos y podrían, por tanto, chocar, primero, con el Derecho Internacional (convenios de la Organización Internacional del Trabajo, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, señaladamente) y, especialmente, con la normativa europea. En relación con esta última, los conflictos jurídicos pueden plantearse –como demuestra la experiencia práctica– con los instrumentos del Consejo de Europa (Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Carta Social Europea) y los propios de la Unión Europea (derecho originario –tratados–, derecho derivado –reglamentos y directivas–, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Pero el conflicto también puede darse, en segundo término, en el plano constitucional en dos posibles sentidos. Compartidas por todos, o casi todos, los países son las posibles tensiones generadas por las reformas normativas con las previsiones constitucionales específicas sobre los rasgos configuradores de los sistemas de Seguridad Social. Pero en los países descentralizados políticamente los problemas de encaje jurídico-constitucional también pueden darse respecto del reparto de competencias entre la Federación y los Estados federados, cualquiera que sea su denominación.

Desde esta perspectiva de análisis, cabe subrayar tres aspectos principales. En primer lugar, es evidente la estrecha conexión que existe entre este conjunto de previsiones, constitucionales y supranacionales, y la cláusula de “Estado Social”<sup>23</sup>. Al margen de las especificidades propias de cada ordenamiento constitucional, cabe identificar en el conjunto de la Unión Europea –quizá en menor medida entre los países del Este, con más corta tradición– una ‘imagen maestra’, de nuevo recurriendo a la terminología constitucional, que es el sustrato que permite hablar de un modelo social europeo o, al menos, de modelos europeos de pensiones (*vid. infra*).

En segundo término, no debe pasarse por alto el reconocimiento al legislador de un amplio margen de actuación en la configuración de la acción protectora del sistema, aun mayor en un contexto de adversidad económica como el que se ha vivido en la última década. En este sentido, nada cabría objetar a la entronización del principio de estabilidad presupuestaria y a su consiguiente proyección en el ámbito de las pensiones.

---

<sup>22</sup> HÄUSERMANN, S. *The Politics of Welfare State Reform in Continental Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 26.

<sup>23</sup> Expresión acuñada por H. HELLER (*Rechtsstaat oder Diktatur?*, 1929) como recuerda: GARRORENA MORALES, A. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 1980, p. 26.

Sin embargo, esa capacidad de configuración no es ilimitada, precisamente por la necesidad de respetar ese núcleo irreductible del que antes se hablaba. De ahí que las dificultades económicas puedan legitimar recortes puntuales con pacífico encaje constitucional, pero no tan fácilmente otro tipo de cambios (regresivos) de carácter sistémico.

Finalmente, también ha de mencionarse que las tensiones en el plano jurídico-constitucional pueden tener un doble origen. En algunos casos, el conflicto planteado por los cambios normativos puede producirse con las previsiones específicas sobre Seguridad Social y pensiones recogidas, en su caso, en el texto constitucional. Pero en otros, el choque se produce con otro tipo de disposiciones ‘transversales’, genéricas, con el mismo efecto garantista; la prohibición de discriminación es, sin duda, la mejor ilustración.

#### 2.4. SOSTENIBILIDAD POLÍTICA.

No cabe duda de que el sistema de Seguridad Social y las pensiones, en particular, constituyen una materia extraordinariamente sensible para la ciudadanía en cuanto instrumentos clave en la vida de cualquier persona a partir de una determinada edad para garantizar unas condiciones de vida dignas en una etapa vital en la que el trabajo deja de ser una fuente de ingresos. Téngase en cuenta que, en función del país europeo, una cuarta o quinta parte de la población disfruta ya hoy de la condición de pensionista, y que el resto de personas en edad de trabajar tiene también expectativas al respecto; de manera que cualquier decisión en esta materia afecta, directa o indirectamente, al conjunto (casi completo) de la población cualquiera que sea la configuración concreta del modelo, mixto o esencialmente público.

La consecuencia, obvia, de este papel central desempeñado por las pensiones (públicas) en las sociedades europeas es que los cambios normativos que inciden en la articulación de la acción protectora del sistema no solo deben satisfacer determinadas condiciones en el plano económico, social e incluso jurídico, sino que también resulta imprescindible que sean políticamente sostenibles<sup>24</sup>. Normalmente ello conduce a los responsables políticos a ser exigentes con las medidas restrictivas de derechos, en el sentido de sopesar seriamente si los cambios que se introducen son asumibles por la sociedad, es decir, si el posible coste electoral puede ser minimizado. Tres apuntes son pertinentes.

Para empezar, la delicadeza política de las reformas en esta materia es un factor que influye decisivamente en el modo en el que se desarrolla el debate sobre ella desde hace tiempo, en especial cuando afecta a medidas de largo alcance. De ahí que no sea suspicaz pensar que la orientación generalmente restrictiva de los cambios planteados en los últimos años tienda a buscar cierto amparo en la complejidad técnica de la regulación por sus implicaciones jurídicas y económicas. Sin ignorar que se trata, en efecto, de un asunto muy complejo, deberían rechazarse los planteamientos que presentan la cuestión como algo esencialmente técnico estrechando seriamente el margen de posibles actuaciones. Más bien es obligado reconocer la dimensión política de esta materia, pues no en vano subyace en ella un problema de (re)distribución de rentas.

<sup>24</sup> Vid. EBBINGHAUS, B. “The privatization and marketization of pensions in Europe: A double transformation facing the crisis”, *European Policy Analysis*, 1(1), pp. 68 ss.

Además, cabe llamar la atención sobre el peso que a la hora de impulsar/frenar iniciativas restrictivas de derechos puede tener la coyuntura económica. Parece evidente que, al menos en algunos casos, se ha utilizado el contexto de crisis como ‘coartada’ para llevar a cabo recortes que un contexto distinto habría sido inimaginable plantear<sup>25</sup>. Por esta razón, cabe ser algo más escéptico acerca de la viabilidad de introducir cambios drásticos en la configuración del sistema en un entorno económico más favorable. Sin la sensación de urgencia, el margen de resistencia de los afectados es mayor, salvo que el contenido de los cambios se disimule.

Y, por último, parece lógico pensar que el progresivo crecimiento de la cohorte de edad de las personas mayores nos aboca a un modelo de sociedad en el que su número y, en consecuencia, su capacidad de influencia va multiplicarse. De forma que la toma de conciencia de las implicaciones concretas de medidas, ya adoptadas o por adoptar, en esta materia está llamada a convertirse en un factor clave de la viabilidad –electoral, en clave política– de los cambios y recortes introducidos.

### 3. LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SISTEMAS DE PENSIONES EN LA UNIÓN EUROPEA

#### 3.1. ALGUNAS ACLARACIONES COMO NECESARIO PUNTO DE PARTIDA.

Uno de los ámbitos en los que los Estados miembros de la Unión Europea han puesto un mayor celo –al menos hasta el estallido de la crisis– en frenar las actuaciones homogeneizadoras supranacionales es el de la política social. En particular, la consideración de la Seguridad Social como una política de carácter nacional por aplicación del principio de subsidiariedad tiene reflejo en el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo artículo 153.1 se limita a atribuir a la UE funciones de apoyo y completo de la acción de los Estados, con una significativa doble cautela frente a estas iniciativas *ex* artículo 153.4 TFUE. Según este precepto, son los Estados los que en última instancia definen los principios fundamentales de sus sistemas de Seguridad Social, al tiempo que esas actuaciones de la UE no deben afectar de modo sensible al equilibrio financiero de aquéllos<sup>26</sup>.

Pese a todo, cabe hacer un esfuerzo de sistematicidad para identificar en el panorama europeo dos grandes modelos de pensiones a los que pueden reconducirse en mayor o menor grado todos los países. Siguiendo a NATALI<sup>27</sup>, en una lógica más típicamente ‘bismarckiana’ hay que situar, como primera gran categoría, el *modelo de seguro social* cuyo principal rasgo es la relevancia de la pensión pública de reparto la cual se encuentra vinculada al nivel salarial y, por tanto, al esfuerzo contributivo del

<sup>25</sup> SUÁREZ CORUJO, B. “Dos reformas y un destino: de cómo las "rupturas" sociolaborales socavan el estado de bienestar”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 20, 2016, pp. 116 ss.

<sup>26</sup> Reiterada jurisprudencia ha señalado que “... el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social (...) Por consiguiente, a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar, por una parte, los requisitos del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de Seguridad Social...” [entre otras múltiples: SsTJCE 7 de febrero de 1984, Duphar (C-238/82, Rec. p. 523), 17 de junio de 1997, Sodemare (C-70/95, Rec. p. I-3395), 28 de abril de 1998, Kohll (C-158/96, Rec. pg. I-1931), 23 de octubre de 2003, Patricia Inizan, 4 de diciembre de 2003, Nina Kristiansen o 18 de marzo de 2004, Leichtle].

<sup>27</sup> NATALI, D. – STAMATI, F. *Reforming pensions in Europe: a comparative country analysis*, ETUI, Working Paper 2013.08.

trabajador a lo largo de la vida profesional<sup>28</sup>. Por su parte, en una línea distinta más acorde con una tradición ‘beveridgiana’, hay que identificar también un *modelo* (propriadamente) *multipilar* caracterizado, primero, por un protagonismo de los poderes públicos más limitado: una pensión pública de subsistencia (*flat rateo meanstested*) a través de un régimen de reparto; y, segundo, por el fuerte desarrollo de los instrumentos privados de capitalización<sup>29</sup>.

Dicho lo cual, aquí interesa apuntar tres rasgos comunes que son relevantes a la hora de valorar la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, y de enjuiciar las reformas llevadas a cabo y las que habrán de venir. Unos rasgos que son identificables a pesar de las especificidades económicas y sociales de cada uno de los países de la UE, de sus diferentes tradiciones jurídicas, así como de la disparidad en el nivel de gasto y en la forma de articulación de los ingresos.

Como primer aspecto compartido, hay que referirse a la relevancia de la partida de gasto público en pensiones. Aunque las variaciones entre países son importantes – desde el mínimo situado en un significativo 6,9 % del PIB en Países Bajos, hasta el máximo que alcanza el 16,2 % en Grecia –, la media se sitúa claramente por encima de la correspondiente a los países de la OCDE (8,2 % en 2013)<sup>30</sup>: representa el 11,3 % del PIB en la UE-28 y el 12,3 % en la Eurozona ese mismo año<sup>31</sup>.

En segundo lugar, a pesar de los esfuerzos en los últimos lustros por impulsar fórmulas privadas basadas en la capitalización financiera (planes de pensiones, principalmente), el desarrollo de estos instrumentos es poco relevante<sup>32</sup> frente a la centralidad de los sistemas públicos de reparto basados en el compromiso intergeneracional<sup>33</sup>. Y este aspecto es destacable en la medida en que todas las

<sup>28</sup> Complementariamente se contemplan instrumentos privados de capitalización cuyo modo de articulación permite diferenciar dos submodelos dentro de esta categoría: aquel en el que la participación en este tipo de mecanismos privados es voluntaria y su entidad escasa (seguro social de ‘*primera generación*’ –Alemania, Francia, Italia, España–); y ese otro en el que, por el contrario, la participación es (casi) obligatoria, con un peso en el conjunto del sistema de importancia creciente (seguro social de ‘*segunda generación*’ –Suecia, Finlandia–) [NATALI, D. – STAMATI, F. *Reforming pensions...*, *op. cit.*].

<sup>29</sup> En este modelo se han de encajar los sistemas correspondientes a los países anglosajones (Reino Unido, Irlanda), junto a otros –con algunas particularidades importantes– como Dinamarca o Países Bajos. Todos ellos integrarían lo que el mismo autor identifica como el *modelo multipilar de primera generación*, el cual se diferencia del que es característico de los países de la Europa del Este (Polonia, Eslovenia como más señalados) donde pesa el proceso de transición hacia una economía de mercado, así como una dimensión más contributiva del pilar público (*modelo multipilar de segunda generación*). [Ídem]

<sup>30</sup> OECD (2017), Pension spending (indicator), doi: 10.1787/a041f4ef-en (Accessed on 19 June 2017).

<sup>31</sup> EUROPEAN COMMISSION, *The 2015 Ageing Report. Economic and budgetary projections for the 28 EU Member States (2013-2060)*, European Economy 3/2015, p. 247.

<sup>32</sup> Entre las excepciones destaca Países Bajos donde el peso del segundo pilar articulado a través de fondo de pensiones de carácter sectorial es equivalente al del primer pilar público (*vid.* CAMÓS VICTORIA, I. – GARCÍA DE CORTÁZAR NEBRED, C. – SUÁREZ CORUJO, B. *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa: los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España*, Laborum, Murcia, 2017). La otra gran excepción es Dinamarca; pero debe tenerse presente que allí un 20-25 % de los trabajadores carecen de acceso a planes de capitalización privados (KVIST, J. “Denmark: Reform aimed at raising the effective retirement age and removing disincentives to private retirement savings”, *ESPN Flash Report 2017/48*, p. 1).

<sup>33</sup> SUÁREZ CORUJO, B. “Pension system reforms in times of austerity: The Spanish case”, *Journal of Social Security Law*, nº 24(2), 2017, pp. 82-98.

sociedades europeas se enfrentan a un proceso de envejecimiento al que ya se ha hecho referencia: la estructura poblacional de todos los países europeos va a verse profundamente alterada como consecuencia de la jubilación de los *baby boomers* y del alargamiento de la esperanza de vida, presionando al alza el gasto en pensiones como desafío estructural.

En fin, un último rasgo en común es que, con mayor o menor intensidad, todos los países de la Unión Europea han llevado a cabo reformas importantes en esta materia a lo largo de un periodo que se inicia poco antes del cambio de siglo. Estas iniciativas responden, en general, a orientaciones comunes ligadas al cambio demográfico provocado por el envejecimiento de la población, si bien su intensidad ha sido particularmente reseñable a partir del estallido de la crisis económica y de la apuesta por la política de austeridad a ultranza en el caso de los países ‘rescatados’ (con o sin comillas).

### 3.2. LOS SISTEMAS PÚBLICOS DE PENSIONES CON LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA COMO TELÓN DE FONDO.

Sin necesidad de remontarse más en el tiempo, el punto de partida de un sintético repaso del largo proceso de reformas de los sistemas de pensiones en la Unión Europea puede situarse en el *Pacto de Estabilidad y Crecimiento* de 1997<sup>34</sup> en cuyo marco se establecía como prioridad la sostenibilidad de las cuentas públicas en el largo plazo, y en el que se reconocía la influencia decisiva que en esta materia habrían de tener las pensiones. Tal fue el presupuesto para el desarrollo de una estrategia con un triple objetivo proclamado por el Consejo Europeo de Estocolmo en marzo de 2001: una reducción rápida de la deuda; el crecimiento de las tasas de empleo y productividad; y la reforma de los sistemas de pensiones, de salud y de cuidados de larga duración manteniendo la solidaridad entre generaciones.

De este modo pretendían afrontarse dos grandes retos socioeconómicos. Uno, el cambio demográfico ligado al envejecimiento de la población, con el consiguiente crecimiento del gasto social en las décadas venideras. Y, otro, un contexto económico de liberalización de los mercados en un mundo globalizado en el que el gasto social (público) –al igual que la regulación laboral– amenaza con perjudicar los niveles de competitividad<sup>35</sup>.

De esta forma quedaba marcada la orientación de la respuesta ‘necesaria’ que, en ese ámbito de la protección social, implicaba la reducción –o contención– del gasto público y el impulso de la iniciativa privada. Circunscribiendo la atención a los sistemas de pensiones, el nuevo planteamiento pasaba por la generalización de un modelo de pensiones ‘multipilar’, es decir, un conjunto integrado y de naturaleza mixta (pública-privada) basada en tres pilares<sup>36</sup>: primero, un régimen público obligatorio y básico de reparto; segundo, un régimen profesional, generalmente, privado y de capitalización; y, tercero, regímenes complementarios, privados e individuales, también de capitalización.

<sup>34</sup> *Resolución del Consejo Europeo, de 17 de junio de 1997, relativa al Pacto de estabilidad y crecimiento [Diario Oficial C 236 de 2.8.1997].*

<sup>35</sup> RUBIO LARA, M<sup>a</sup>.J. “La reforma de las pensiones de jubilación en perspectiva comparada: ¿Del Estado de bienestar al Estado regulador?”, en: AA.VV. (ed. DEL PINO, E. y RUBIO LARA, M.J.) *Los Estados de bienestar en la encrucijada*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 192.

<sup>36</sup> Véase el *Libro verde sobre los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único, de 10 de junio de 1997 [COM (97) 283 final]*.

La realización de este objetivo se canalizó –dada la competencia nacional en Seguridad Social ya mencionada– a través del *mecanismo abierto de coordinación* en el marco inicial de la Estrategia de Lisboa 2000-2010<sup>37</sup>. Y, así, en el Consejo Europeo de Laeken en 2001 se fijaron los métodos de trabajo y objetivos de la utilización de ese nuevo procedimiento en materia de pensiones en torno a tres grandes ejes: adecuación de las pensiones, viabilidad financiera del sistema y modernización del mismo<sup>38</sup>. No cabe duda de que ello representó un avance en el conocimiento mutuo de los sistemas de pensiones, en la homogeneización de las líneas de actuación de cara al futuro e incluso en la legitimación de las reformas planteadas –adecuación y modernización actúan de algún modo como señuelo–. Pero, en sí mismo, ese procedimiento no era suficiente para forzar, impulsar, un rediseño de los sistemas de pensiones en la mayor parte de los Estados miembros. Este empujón vino de la mano de algunos cambios normativos vinculados a la realización de la unión económica y monetaria, primero, y el estallido de la crisis financiero-económica, después.

En 2005 se revisó el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. En las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Bruselas ese año se incluye la reforma del sistema de pensiones entre aquellas “... reformas estructurales que de forma inequívoca aument(a)n la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas”, apostando por “... la introducción de un sistema multipilares(*sic*) que incluya un pilar obligatorio totalmente financiado”. A partir de la proclamación de este objetivo, los Reglamentos 1466/97 y 1467/97 fueron objeto de modificación para incluir una referencia expresa – en idénticos términos– a ese modelo de pensiones<sup>39</sup>. Y no fue un cambio menor, pues se trataba de instrumentos claves para la supervisión, control y coordinación de las políticas presupuestarias y económicas. Algo que iba a adquirir una importancia extraordinaria como consecuencia del estallido de la crisis de deuda pública a partir de 2010.

El paso de una crisis financiera a una crisis fiscal provocada por el colapso griego<sup>40</sup> dio lugar a un reforzamiento de los mecanismos de supervisión (prevención y corrección) a través de sucesivas reformas normativas que afectaron al Pacto de Estabilidad y Crecimiento (*Six Pack*, *Two Pack*, *Fiscal Compact*)<sup>41</sup>. Pero lo más significativo en este punto es que, más allá de los programas de ajuste en los países ‘rescatados’<sup>42</sup>, ello coincide, primero, con la aprobación por la Comisión Europea del

<sup>37</sup> Véase: ZEITLIN, J. “Towards a stronger OMC in a more social Europe 2020: a new governance architecture for EU policy coordination”, en: AA.VV. *Europe 2020: Towards a more social EU?*, Peter Lang, Bruselas, 2010, pp. 254 ss.

<sup>38</sup> Vid. Informe conjunto de la Comisión y el Consejo sobre la adecuación y la viabilidad de las pensiones, 10 de marzo de 2003 [7165/03].

<sup>39</sup> Vid. artículos 5 y 9 del Reglamento 1466/97 y del artículo 2.5 del Reglamento 1467/97, del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativos, respectivamente, al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, y a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo [modificados, también respectivamente, por los Reglamentos (CE) 1055/2005 y 1056/2005, del Consejo, de 27 de junio de 2005].

<sup>40</sup> En torno a esta fase de la crisis, véase: MENÉNDEZ, A.J. *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión Europea*, Eolas, León, pp. 53 ss.

<sup>41</sup> Véase: MENÉNDEZ, A.J. “¿Constitución o camisa de fuerza? De las nuevas reglas fiscales al ‘Estado amortizador’”, *Teoriapolítica*, Anali 5, 2015, pp. 189 ss.

<sup>42</sup> Un tratamiento específico de las medidas adoptadas hasta 2013 en: SUÁREZ CORUJO, B. *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014, pp. 222 ss.

*Libro Blanco sobre pensiones*<sup>43</sup>, un documento de orientaciones y propuestas para lograr que las pensiones sean adecuadas y sostenibles a largo plazo; y, segundo, con el lanzamiento de la Estrategia 2020 y la articulación del denominado Semestre Europeo, como mecanismo de coordinación anual de las políticas económicas y presupuestarias.

### 3.3. EL LIBRO BLANCO SOBRE PENSIONES Y EL SEMESTRE EUROPEO: ORIENTACIONES Y ¿RESULTADOS?

Como continuación de la consulta en materia de pensiones impulsada previamente por la propia Comisión Europea<sup>44</sup>, el *Libro Blanco* recoge una estrategia global para adaptar los sistemas de pensiones de los Estados miembros a las circunstancias económicas y demográficas, actuales y futuras; en definitiva, para garantizar su sostenibilidad en el largo plazo. En realidad, junto a medidas más novedosas, en muchos aspectos la iniciativa no hacía más que recapitular líneas de actuación que ya se estaban desarrollando en ese momento en el ámbito nacional. Unas y otras debían servir para dar respuesta a los principales retos de los sistemas de pensiones en todos los países de la Unión Europea, a saber: uno, garantizar su sostenibilidad financiera ante el envejecimiento de la población; y, otro, mantener la adecuación de pensiones a través de la corrección de las insuficiencias presentes –que afectan, fundamentalmente, a las mujeres– y futuras, por la previsible reducción de la tasa de reemplazo. Con todo, subyace como objetivo último la estabilidad macroeconómica y presupuestaria, de ahí la mayor relevancia que el documento atribuye a la sostenibilidad financiera.

Las actuaciones planteadas por el *Libro Blanco* se articulaban en torno a dos ejes fundamentales. El primero de ellos se refería a aquellas reformas de carácter paramétrico que, preservando el régimen financiero de reparto, habrían de servir para contener el crecimiento del gasto buscando el equilibrio entre el tiempo de vida de actividad profesional y el tiempo de vida como pensionista, o como alternativa la reducción de la tasa de reemplazo (cuantía de la pensión respecto de último salario). Con el fin de evitar que el alargamiento de la esperanza de vida se tradujera en un incremento del gasto en pensiones que en el medio y largo plazo podría resultar insoportable, se planteaba como prioridad el aumento de la edad de jubilación efectiva, cuya consecución pasaba por dos tipos de medidas. Unas, las más expeditivas, incluirían la elevación de la edad legal de jubilación y la restricción de la jubilación anticipada, junto a la vinculación de esa edad legal de referencia con la evolución al alza de la esperanza de vida. Mientras que otras, más indirectas, preveían el incremento del periodo de cotización exigido para acceder a una pensión completa o medidas que favorecieran la prolongación de la vida profesional.

Por su parte, el segundo de los ejes de reforma apuntaba al impulso de “planes de ahorro privados complementarios de jubilación” con el fin de convertirlos en pieza esencial de los sistemas de pensiones en un doble sentido. Primero, en cuanto mecanismo necesario para compensar la menor generosidad (el recorte) de las pensiones públicas y así garantizar la adecuación de las pensiones – de naturaleza pública y privada– en el medio y largo plazo. Y, segundo, como instrumento que aliviaría la tensión sobre las cuentas públicas reforzando indirectamente la sostenibilidad del

<sup>43</sup> *Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, 16 de febrero de 2012, COM(2012) 55 final.

<sup>44</sup> *Libro verde en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*, 7 de julio de 2010 [COM(2010)365 final].

sistema de reparto. De manera que puede afirmarse que el presupuesto para la atribución de este protagonismo a la iniciativa privada en este campo son los recortes que afectan a la cuantía de las pensiones públicas.

En definitiva, es evidente que tras el conjunto de actuaciones recogidas en el *Libro Blanco* subyace una apuesta por el modelo mixto de pensiones que ya se apuntaba en los instrumentos de desarrollo del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Así, el aumento del gasto que este cambio demográfico lleva aparejado trata de resolverse limitando el tamaño de las pensiones públicas a través del endurecimiento de los requisitos de acceso a las pensiones —más contributividad, retraso de la edad de jubilación— y, paralelamente, mediante un decidido impulso de los mecanismos privados complementarios llamados a ocupar todo el espacio ‘liberado’ por las pensiones públicas y, en tal sentido, sustitutivos parcialmente de éstas. Es decir que mientras la primera línea de actuación plantea cambios paramétricos, la segunda implica reformas de carácter más sistémico que han de tener particular incidencia en países como España en los que el peso de la iniciativa privada en este ámbito es (todavía) reducido.

Junto al *Libro Blanco*, cabe preguntarse también por el papel que ha podido desempeñar el nuevo mecanismo de gobernanza que implica la puesta en marcha del Semestre Europeo en el impulso de medidas dirigidas a reforzar la sostenibilidad de los sistemas de pensiones. Sin perjuicio de las referencias puntuales a países concretos que posteriormente se harán, interesa hacer alguna consideración sobre las previsiones e indicaciones de la Comisión y del Consejo europeos en esta materia desde una perspectiva general<sup>45</sup>.

Cabría comenzar por señalar la llamativa cautela del Consejo europeo a la hora de pronunciarse sobre la necesidad y el contenido de las reformas en este ámbito. A pesar de tratarse de un aspecto clave para el equilibrio de las cuentas públicas en el corto, medio y largo plazo, las recomendaciones del citado Consejo para la Eurozona han obviado el asunto casi desde el principio: solo la correspondiente a 2011 fue algo más explícita sobre la necesidad de adaptar los sistemas de pensiones al cambio demográfico garantizando la sostenibilidad financiera sin descuidar la adecuación de las pensiones<sup>46</sup>. A partir de ese año, y más allá de una alusión puntual en la Recomendación de 2012, los sistemas de pensiones y sus reformas son ignoradas.

Más rico es, en segundo lugar, el contenido de las iniciativas de la Comisión en el marco del mismo Semestre Europeo. Centrados en los Estudios Prospectivos Anuales sobre el Crecimiento que la citada Comisión publica en noviembre de cada año<sup>47</sup>, constatamos que la sostenibilidad de los sistemas de pensiones y su capacidad para

<sup>45</sup> Véase al respecto el interesante trabajo de: SCHOUKENS, P. “EU social security law: the hidden 'social' model”, Inaugural address delivered at Tilburg University on Friday, February 19, 2016 ([eiss.be/onewebmedia/oration\\_Schoukens.pdf](http://eiss.be/onewebmedia/oration_Schoukens.pdf) %20(final).pdf). Igualmente recomendable: MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M. “La intromisión de la gobernanza económica europea en la negociación colectiva salarial y los sistemas públicos de pensiones”, Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 389-390, 2015, pp. 13 ss.

<sup>46</sup> Recomendación tercera de la *Council Recommendation, of 12 July 2011, on the implementation of the broad guidelines for the economic policies of the Member States whose currency is the euro* (2011/C 217/05).

<sup>47</sup> Dadas las limitaciones de espacio, se centra la atención en esta primera fase del Semestre Europeo, por entender que seguramente en este punto la Comisión tiene un mayor margen de libertad a la hora de realizar el diagnóstico de las reformas necesarias, sin presiones de los Estados afectados.

hacer frente a desafíos futuros (y presentes) es abordada todos los años sin gran profusión pero reflejando la relevancia que se atribuye a esta materia<sup>48</sup>. Con una particularidad adicional destacable: a partir de 2014 hay un reconocimiento explícito de las importantes reformas llevadas a cabo a nivel nacional en materia de pensiones<sup>49</sup>, las cuales implícitamente merecen el apoyo de la Comisión y marcan el que es, a su juicio, el camino a seguir. No obstante, se aprecia también en los últimos tres años una mayor preocupación por los dos aspectos: uno, riesgos de inadecuación (sostenibilidad social) que los avances en el plano estrictamente financiero podrían estar provocando<sup>50</sup>; otro, la necesidad de impulsar políticas en ámbitos distintos a las pensiones que indirectamente van a incidir en su sostenibilidad, señaladamente las de empleo<sup>51</sup>.

Finalmente, quizá lo más destacable –aunque no sorprendente– es el sentido de las orientaciones expresadas por la Comisión. Vaya por delante que resulta extraño (¿sospechoso?) que todas ellas se refieran a actuaciones dirigidas a la reducción del gasto; en ningún caso se plantea la posibilidad de incrementar los ingresos. Quizá en los años más duros de la crisis fiscal este planteamiento podía tener más fácil explicación; pero la situación económica general ha mejorado desde 2014 (crecimiento del 1,7 % ese año) sin que el criterio haya variado, algo más difícil de justificar.

Como líneas de actuación principales<sup>52</sup>, la Comisión insiste en la elevación de la edad de jubilación (con una alusión reiterada hasta 2015 a la vinculación de ésta a la evolución de la esperanza de vida<sup>53</sup>, así como a la restricción de las jubilaciones anticipadas<sup>54</sup>) y, sobre todo, en el impulso de mecanismos privados de jubilación complementaria. Este último tipo de medidas parece presentarse como una respuesta necesaria a los recortes que van a sufrir los sistemas públicos de pensiones como consecuencia de la reducción de su cuantía (de la reconocida inicialmente o de su evolución posterior) o de la mayor exigencia de las nuevas condiciones de acceso. Y, en la línea antes apuntada, es el resultado de una apuesta decidida por una progresiva expansión y asentamiento de sistemas de pensiones ‘multipilar’ en los que la esfera pública pierde peso. Adviértase que esta transformación (ciertamente radical en la mayor parte de los países) no se persigue a través de la implantación de una gran reforma sistémica, sino que se apuesta por cambios paramétricos que, eso sí, de forma más discreta por su gradualidad pueden conducir al mismo resultado final.

<sup>48</sup> SCHOUKENS, P. “EU social security...”, *op. cit.*, p. 28.

<sup>49</sup> La *Annual Growth Survey 2014* [Communication from the Commission, 13.11.2013, COM(2013) 800 final] es la primera que lo hace, siquiera de pasada. Una referencia más completa a estas actuaciones de reforma desarrolladas a lo largo “... de los últimos diez años...” se contiene en la *Annual Growth Survey 2016* [Communication from the Commission, 26.11.2015, COM(2015) 690 final].

<sup>50</sup> Véase como ilustración la *Annual Growth Survey 2015* [Communication from the Commission, 28.11.2014, COM(2014) 902 final].

<sup>51</sup> En tal sentido, se expresa la Comisión en la *Annual Growth Survey 2017* [16.11.2016 COM(2016) 725 final].

<sup>52</sup> Solo excepcionalmente se hace referencia a la necesidad de corregir las diferencias existentes entre las pensiones de los hombres, más generosas, y de las mujeres (*Annual Growth Survey 2014, op. cit.*, p. 11). Ninguna alusión se hace a la reforma del mecanismo de revalorización de las pensiones, un aspecto capital en España (en realidad, sí lo menciona la Comisión en su Comunicación *2017 European Semester: Country-specific recommendations* [22.5.2017 COM(2017) 500 final].

<sup>53</sup> Se hace referencia a una vinculación más “sistemática” entre una y otra (*vid. Annual Growth Survey 2014, op. cit.*, p. 12).

<sup>54</sup> Véase, por ejemplo la *Annual Growth Survey 2013* [Communication from the Commission, 28.11.2012 COM(2012) 750 final].

Analizadas las orientaciones con las que desde las instituciones europeas (Comisión y Consejo, en este caso) se ha tratado de ‘inspirar’ los procesos de reforma de los sistemas de pensiones, interesa detenerse en las medidas concretas adoptadas por los distintos países como paso previo para la evaluación de la sostenibilidad de tales sistemas. Dos advertencias previas son necesarias. Una, que no hay ánimo de exhaustividad, sino que se trata de identificar cuáles son las medidas más frecuentemente utilizadas; y otra, que deliberadamente se dejan a un lado aquellas actuaciones directamente vinculadas a los programas de rescate.

Como antes se señalaba, puede decirse que las reformas de los sistemas de pensiones de la última década larga se han concentrado en la esfera del gasto, olvidando casi por completo vías de actuación alternativas en materia de ingresos.<sup>55</sup> Concretamente, las medidas pueden reconducirse a alguna de las dos grandes categorías (reformas tipo *eligibility-restricting* o *generosity-reducing*) que persiguen la reducción, o contención para el futuro, de la partida pública en pensiones<sup>56</sup>. Dada la finalidad común y la interconexión que a veces se produce entre ellas, cabe hacer una breve consideración de cuatro de ellas –todas centradas en el ámbito público– en orden decreciente en importancia.

La principal medida adoptada por los países de la UE para reforzar la sostenibilidad de sus sistemas de pensiones ante el envejecimiento de la población es la elevación de la edad ordinaria de jubilación.<sup>57</sup> Esta previsión central en todo sistema de pensiones ha sufrido importantes cambios en los últimos años, en muchos casos de forma gradual. Si la edad media de referencia en 2010 era de 64,4 años para los hombres y 63,1 años en el caso de las mujeres en el conjunto de la Unión Europea, las modificaciones introducidas implican que esa edad habrá ascendido para los varones a 66,1 años y para las mujeres a 66 a mitad del siglo<sup>58</sup>. Además, el hecho de que algunos países vayan a situarse entonces por encima de esas medias –la edad legal se situará en esa fecha en 67 años en Alemania, Irlanda, Polonia y España; 67,8 años en Países Bajos e Italia; 68 años en Dinamarca; y 68,8 años en Grecia<sup>59</sup>– permite augurar una presión al alza en el resto de Estados miembros, por mucho que hayan elevado recientemente este parámetro.

Como apunte adicional, hay que decir que esta medida es presentada normalmente como como una respuesta ‘lógica’ al alargamiento de la esperanza de vida, cuando en verdad lo que resulta relevante a esos efectos es el incremento de la edad efectiva de

<sup>55</sup> Ha habido, en efecto, algún incremento de las cotizaciones o de la aportación estatal, pero pueden considerarse medidas aisladas. *Vid.* CARONE, G. – ECKERFELDT, P. – GIAMBONI, L. – LAINE, V. – PAMIES SUMNER, S. “Pension Reforms in the EU since the Early 2000’s: Achievements and Challenges Ahead”, *European Commission*, Discussion Paper 042, December 2016, p. 13.

<sup>56</sup> EUROPEAN COMMISSION, “Identifying fiscal...”, *op. cit.*, pp. 9 ss.

<sup>57</sup> Sobre la efectividad de esta medida en Francia (elevación de la edad real de jubilación), sin perjuicio de su falta de relevancia en términos de gasto, véase: LEGROS, M. “Old-age pension reforms in France: improved adequacy and sustainability but at what price?”, *ESPN Flash Report 2017/15*.

<sup>58</sup> El proceso de convergencia de las edades de jubilación de hombres y mujeres está hoy muy avanzado. Habrá culminado en 2030 en todos los países salvo Bulgaria, Rumanía, Croacia, Austria y Polonia, si bien en estos tres últimos se prevé la armonización después de esa fecha.

<sup>59</sup> Caso singular es el de Francia donde lo que se desplaza al alza es la horquilla de acceso ordinario a la pensión de jubilación (62 a 67 años). Además, en Chipre, Portugal y Reino Unido la edad alcanzará los 66 años. En fin, aunque sigan quedando por debajo de la media en 2030, también estos países habrán experimentado cambios al alza en esta materia: República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Austria, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia (*vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Identifying fiscal...”, *op. cit.*, p. 11).

acceso a la pensión<sup>60</sup>, un objetivo que puede lograrse también por otras vías. Así, a la prolongación de la vida profesional contribuyen decisivamente las políticas de empleo dirigidas de forma específica a los trabajadores mayores; pero además puede recurrirse también al establecimiento de incentivos económicos por seguir trabajando más allá de la edad ordinaria de jubilación<sup>61</sup>.

En segundo lugar, otra de las reformas más típicas en pos de la sostenibilidad es la que afecta al régimen de jubilación anticipada, que se endurece en un doble sentido. De una parte, en la misma línea anterior, se eleva la edad mínima de acceso a la pensión<sup>62</sup>: la media ascenderá de 60,8 años para hombres y 59,8 años para mujeres en 2010 a 62,4 años para ambos en 2030. Y, de otra, aunque todavía no ha sido muy utilizada también es previsible que en los próximos años se produzca un endurecimiento de las penalizaciones (coeficientes reductores aplicados) por el adelanto de la jubilación, pues en general se sitúan en cotas moderadas<sup>63</sup>.

La tercera es, sin duda, la más novedosa. Siguiendo la estela de los países con modelos de cuentas nocionales (Italia, Letonia, Suecia y Polonia), desde mediados de la pasada década un total de catorce Estados miembros de la Unión Europea han incorporado a sus sistemas de pensiones el denominado factor de sostenibilidad, un mecanismo automático de estabilización de las cuentas como respuesta a los efectos del envejecimiento de la población. Cabe hacer tres breves comentarios sobre su configuración. Por un lado, lo más habitual es que el parámetro de referencia para su aplicación sea el que atiende a la evolución de la esperanza de vida, pero en algún caso (Alemania) se utiliza como indicador la tasa de dependencia, la proporción del número de pensionistas respecto del número de cotizantes. Por otro, en la mayoría de los casos el factor de sostenibilidad se aplica sobre la edad de jubilación<sup>64</sup>; más rara es la afectación de la cuantía (con España como mejor ejemplo), y solo excepcional la vinculación con el número de años necesarios para acceder a una pensión completa (Francia). Finalmente, se observa que la aplicación de este factor no es siempre automática: en el caso danés se exige la aprobación por el parlamento.

Como última medida reseñable, se han llevado a cabo en los últimos años algunos cambios normativos en la configuración de los mecanismos de revalorización. No me

<sup>60</sup> Se prevé igualmente que en los próximos años se produzca un incremento de la edad efectiva de jubilación. De los 62,9 años para los hombres y 62 años para las mujeres en 2011 pasaríamos a 64,5 y 63,9 años para ellos y ellas, respectivamente, en 2030 (EUROPEAN COMMISSION, “Identifying fiscal...”, *op. cit.*, p. 11).

<sup>61</sup> Solo como ilustración, en Alemania y Francia se reconocen un 6 % y un 5 % adicional, respectivamente, por cada año trabajado por encima de la edad de jubilación. En España, tras la reforma de 2011, se sitúa en el mejor de los casos en el 4 %.

<sup>62</sup> La edad mínima en la jubilación anticipada se ha elevado, o se elevará entre 2010 y 2030, en los siguientes países: Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Estonia, Grecia, España, Francia, Croacia, Letonia, Lituania, Hungría, Países Bajos, Rumanía, Eslovenia, Eslovaquia y Reino Unido (EUROPEAN COMMISSION, “Identifying fiscal...”, *op. cit.*, p. 11).

<sup>63</sup> De nuevo, en Francia y Alemania esa reducción anual no pasa del 3,6 % en el primer caso y del 5 % en el segundo, por debajo de los niveles de neutralidad actuarial. Véase al respecto: QUEISSER, M. – WHITEHOUSE, E. “Neutral or Fair?: Actuarial Concepts and Pension-System Design”, *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, No. 40, OECD Publishing, Paris, 2006 (<http://dx.doi.org/10.1787/351382456457>).

<sup>64</sup> Es el caso de Dinamarca, Italia, Finlandia, Portugal, Grecia, Países Bajos, Chipre y Eslovaquia (EUROPEAN COMMISSION, “Strengthening pension sustainability in the euro área: a benching exercise”, Bruselas, 14 de marzo de 2017, p. 10).

refiero solo a aquellos que se han producido de forma coyuntural como consecuencia de la crisis económica, sino sobre todo aquellas modificaciones con vocación de permanencia. Aquí interesa subrayar que estas decisiones de carácter estructural se caracterizan por que a través de ellas se produce en algunos casos una sustitución, al menos parcial, de los salarios por los precios como parámetro –menos generoso– de referencia. En todo caso, no está de más recordar que el poder adquisitivo queda siempre garantizado, salvo en el caso de Irlanda y de España<sup>65</sup>.

#### 3.4. ¿SON SOSTENIBLES LOS SISTEMAS DE PENSIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE?

El análisis de algunos interesantes documentos de la Comisión, completado con determinadas previsiones contenidas en las últimas recomendaciones de esta misma institución en el marco del Semestre Europeo, ofrecen material suficiente para tratar de valorar la sostenibilidad de los sistemas de pensiones en la Unión Europea desde las cuatro perspectivas antes examinadas.

Comenzando por la *sostenibilidad financiera*, se observa que las medidas –fundamentalmente recortes– de los últimos años han tenido un significativo impacto en términos de reducción del nivel de gasto en pensiones sobre PIB en el largo plazo. Si en el momento de estallido de la crisis, el Informe de envejecimiento de la Comisión de 2009 estimaba que la partida en pensiones públicas en la Eurozona alcanzaría en 2060 una media del 13,8 % del PIB –un porcentaje que incluso se incrementaba hasta el 14,1 % en la versión de 2012–, ya hemos dicho que la previsión del más cercano informe de 2015 sitúa el nivel de gasto en aquella fecha en el 12,3 %, que es exactamente lo mismo que se gastó en 2013<sup>66</sup>.

En general, cabría destacar que estas previsiones ponen de manifiesto que la política de pensiones se ha convertido en una prioridad política ante la magnitud del desafío demográfico<sup>67</sup>, y que las reformas llevadas a cabo a lo largo de los últimos años pueden considerarse –desde la perspectiva de la sostenibilidad financiera, exclusivamente– un éxito<sup>68</sup>. Hasta el punto de que cabría argumentar que, si a pesar del incremento del número de pensionistas el gasto se mantiene estable en el largo plazo, no deberían ser necesarios nuevos recortes; entre otras razones, porque superada la mitad de siglo los efectos asociados a la jubilación de la generación del *baby boom* se agotan.

<sup>65</sup> Si tomamos como referencia los países de la UE-15, constatamos que la vinculación de la cuantía de las pensiones a la evolución de los salarios sigue siendo un indicador de referencia relativamente habitual. Así sucede en Dinamarca, Países Bajos y Reino Unido. En algún otro caso, esta referencia salarial se combina con otros criterios que modulan, a la baja, la intensidad de la subida: en Alemania, se descuenta el incremento de la tasa de dependencia; en Suecia un 1,6 %. Y, en fin, un tercer grupo combina el criterio salarial con la evolución de precios (Luxemburgo y Finlandia, en este último caso con una combinación 20 %-80 %). En el resto de países de la UE-15, la revalorización se liga a un criterio más restrictivo: la evolución de los precios. Es el caso de Francia (incluyendo también las pensiones de los regímenes complementarios), Italia (aunque limitando la revalorización en las pensiones que superan tres veces la cuantía de la mínima) y Austria. Además, Bélgica y Portugal modulan –generalmente al alza– con otras variables (PIB, en el segundo caso).

<sup>66</sup> Véanse los sucesivos *Ageing Report* de 2009, 2012 y 2015.

<sup>67</sup> EUROPEAN COMMISSION, “Strengthening pension...”, *op. cit.*, p. 1.

<sup>68</sup> Así lo reconoce la propia Comisión Europea en diversos documentos. Sirva como ilustración: EUROPEAN COMMISSION, *European Semester Thematic Factsheet. Sustainability of public finances*, 2016, p. 11.

En todo caso, es importante no pasar por alto que ese nivel de gasto en pensiones en el entorno del 12 % es el resultado medio. Ello significa que hay países, no precisamente menores, en los que esta partida se sitúa muy por encima; es el caso de Francia (14,9 % del PIB en 2013) o Italia (15,7 %). Lo curioso es que a juzgar por las recomendaciones del Consejo (o las previas de la Comisión) en el marco del Semestre Europeo la sostenibilidad de ese nivel de gasto (o uno parecido) no está en cuestión<sup>69</sup>; y de hecho así lo reflejaría que se considere que los riesgos para las cuentas públicas de estos dos países en el largo plazo sean de los más bajos del entorno europeo, a pesar de que las previsiones mantienen el gasto en pensiones en cotas muy superiores a la media actual<sup>70</sup>.

A mayor abundamiento, hay que ser conscientes de que la fortaleza de estos países con alto nivel de gasto en pensiones estriba en unas sólidas fuentes de financiación en un doble sentido. De una parte, los niveles de cotización general (que no solo incluye pensiones) son muy altos: Francia, 16,9 % del PIB; Alemania, 14 %; Italia, 13,6 % (el contraste con España es evidente: 11,4 %). Y, de otra, esa solidez financiera responde sobre todo a una mayor aportación del Estado a la financiación de las pensiones (alrededor de una cuarta parte del presupuesto en esta materia en países como Alemania o Francia) que en algunos casos se articula a través de impuestos finalistas (señaladamente la *Contribution Sociale Généralisée* francesa).

Por lo que se refiere a la **sostenibilidad social** de los sistemas de pensiones en la UE, los datos ponen claramente de manifiesto que las reformas llevadas a cabo en los últimos años han priorizado la búsqueda de la sostenibilidad financiera de los regímenes públicos de pensiones en el medio y largo plazo sacrificando la cuantía de estas. Semejante deterioro de la adecuación de las pensiones se refleja en la caída estimada de indicadores básicos sobre la evolución de las pensiones. Así, la tasa de beneficio (*benefit ratio*), que muestra la relación entre la pensión media y el salario medio, caerá de media casi 10 puntos porcentuales en el periodo 2013-2060 (del 44 al 34,9 %), de forma que la pensión representará solo un tercio del salario medio. En idéntica línea, la tasa de reemplazo (*replacement rate at retirement*), cuantía de la pensión respecto del último salario, cae incluso algo más desde el 47,5 % en 2013 y el 35,4 % en 2060. A la vista de ello, no debe extrañar que surjan nuevos problemas y otros se agraven.

Para empezar, este recorte del nivel de adecuación de las pensiones públicas lleva consigo un mayor riesgo de pobreza<sup>71</sup> cuando los sistemas no son capaces de garantizar la suficiencia de las pensiones. La ampliación del espacio a ‘ocupar’ por sistemas privados de pensiones complementarias no significa que esa ocupación se haga efectiva.

<sup>69</sup> Siguiendo la línea de años anteriores, las recomendaciones de la Comisión aprobadas el pasado 22 de mayo de 2017 no contemplan ninguna previsión ni llamada de atención sobre el gasto en pensiones [vid. *Recommendation for a Council Recommendation on the 2017 National Reform Programme of France and delivering a Council opinion on the 2017 Stability Programme of France*, COM(2017) 509 final; *idem of Italia*, COM(2017) 511 final]. En el caso de otros países con alto nivel de gasto en pensiones en la actualidad, las alusiones que se realizan tienen que ver principalmente, en el caso austriaco (13,9 % del PIB), con la baja edad efectiva de jubilación (60 años y 3 meses), [Recommendation for a Council Recommendation on the 2017 National Reform Programme of Austria, COM(2017) 519 final], o son fundamentalmente retóricas, como en el portugués (13,8 %) [Recommendation for a Council Recommendation on the 2017 National Reform Programme of Portugal, COM(2017) 521 final].

<sup>70</sup> Vid. EUROPEAN COMMISSION, “Strengthening pension...”, *op. cit.*, pp. 4-5.

<sup>71</sup> CARONE, G. *et al. Pension Reforms...*, *op. cit.*, p. 40.

El caso alemán es un magnífico ejemplo de las graves dificultades que esta apuesta por reducir la cuantía de las pensiones con intención de compensarla con instrumentos privados puede generar ante el fracaso de estos últimos, con el consiguiente empobrecimiento de los pensionistas<sup>72</sup>. La reversión de reformas que convertían en obligatorio el pilar privado en los países de Europa del Este resulta también ilustrativa<sup>73</sup>.

Junto a ello, la caída de la adecuación, lejos de corregir, agravará la deteriorada posición de las mujeres<sup>74</sup> cuyas pensiones son, de media, un 40 % inferior a las de los hombres. Esta escandalosa diferencia –a la que hay que sumar la que se produce en muchos casos en términos de cobertura, personas mayores con derecho a pensión– refleja el lastre que siguen suponiendo las distintas trayectorias en el mercado laboral –las carreras de cotización de los trabajadores se extienden hasta los 37,7 años de media en la Eurozona, frente a solo 32,6 años en el caso de las mujeres– a la hora de acceder a la pensión, así como el recorrido limitado de las medidas actualmente previstas para compensar esas diferencias. Con el agravante de que todos los cambios orientados a reforzar la contributividad de los sistemas han de intensificar estas preocupantes desigualdades.

Por último, el peso creciente de las formas de trabajo atípico exige en todos los sistemas –con mayor o menor intensidad– respuestas concretas, aun por perfilar, que sirvan para mitigar la mayor precariedad e irregularidad de las carreras de cotización. Lógicamente esto resulta en particular relevante –al menos respecto de las pensiones públicas– en aquellos sistemas de corte continental en los que la cuantía de la pensión (contributiva) depende directamente de las cotizaciones realizadas a lo largo de la vida laboral.

En otro orden de cosas, un comentario también merecen los procesos de reforma de los sistemas de pensiones en los países de la UE desde una perspectiva jurídico-constitucional. En la medida en la que los cambios de la última década no han sido sistémicos (quizá con excepción de Grecia y, en cierto sentido, España), los problemas de **sostenibilidad jurídica**–constitucional o de legalidad supranacional– afectan a actuaciones puntuales, en general, vinculadas a las dificultades económicas y presupuestarias que derivan de la crisis. Por esta razón, se obvia aquí el tratamiento de estas cuestiones<sup>75</sup>, sin dejar de mencionar un par de aspectos. El primero es que en

<sup>72</sup> Llama la atención la contundencia del Consejo Europeo con Alemania en este punto, alertando de la pobreza de sus pensionistas y constatando el limitado recorrido de los instrumentos de segundo y tercer pilar [*Council Recommendation, of 12 July 2016, on the 2016 National Reform Programme of Germany and delivering a Council opinion on the 2016 Stability Programme of Germany* (2016/C 299/05)].

<sup>73</sup> CARONE, G. *et al. Pension Reforms...*, *op. cit.*, pp. 22-23.

<sup>74</sup> Véanse los recientes e interesantísimos informes promovidos por el Parlamento Europeo: Agnieszka Chłoń-Domińczak, *Gender Gap in Pensions: Looking ahead* ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583150/IPOL\\_STU\(2017\)583150\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583150/IPOL_STU(2017)583150_EN.pdf)) e Istituto per la Ricerca Sociale, *The gender pension gap: differences between mothers and women without children* ([www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571363/IPOL\\_STU\(2016\)571363\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571363/IPOL_STU(2016)571363_EN.pdf)).

<sup>75</sup> Como mera ilustración, cabe referirse a las importantes sentencias del Tribunal Constitucional portugués (Acórdão n 353/12 y 187/13), a la anulación de los recortes introducidos en Chipre por la Corte Suprema (sentencia 7 de octubre de 2014) o a la reciente anulación de los recortes que debían entrar en vigor en 2019 en Grecia (decisión del Consejo Estatal de Auditores. Un análisis más completo de otras decisiones en: TSETOURA, A. “Property protection as a limit to deteriorating social security protection”, *European Journal of Social Security*, Volume 15 (2013), No. 1, pp. 55 y ss.

muchos casos las medidas que han sido finalmente anuladas afectaban a una materia de importancia creciente, la revalorización de las pensiones<sup>76</sup>. Mientras que el segundo se refiere a las limitaciones que podrían constreñir reformas de amplio calado que desfiguraran la actual configuración del sistema público de pensiones en cada país.

Brevemente, también, hay que valorar la **sostenibilidad política** de los cambios normativos, o de la ausencia de ellos. Más allá de los límites jurídico-constitucionales que han de respetar las actuaciones normativas en esta materia, como en cualquier otra, las decisiones que adopten los gobiernos (legisladores, en realidad, en la mayor parte de los casos) no pueden tener un coste político excesivo para quien lo impulsa. Básicamente es que en el momento en el que ese coste se hace evidente las medidas tienen pocos visos de prosperar o, desde la óptica contraria, si el *statu quo* genera un perjuicio grave al gobierno de turno, es posible que se vea tentado a actuar para remediarlo, incluso cuando esto implique abrir nuevos problemas en otros frentes, como el equilibrio presupuestario.

No debe sorprender, por ello, que exista una preocupación creciente desde las instituciones europeas que han inspirado reformas restrictivas de los sistemas públicos de pensiones por la reversibilidad de unos cambios que, en algunos casos al menos, se han aprovechado de una coyuntura de adversidad económica para vencer las resistencias que en otro contexto habrían frenado esas iniciativas.<sup>77</sup> Por eso hay que insistir en la idea de que en un contexto de crecimiento económico resulta mucho más difícil llevar a cabo recortes, o mantener regulaciones que deterioren las condiciones de vida de los pensionistas, cuyo número ha de crecer sin parar en las próximas décadas<sup>78</sup>.

#### 4. LA AMENAZADA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES EN ESPAÑA

El paro y el deterioro de la calidad del empleo como consecuencia de la combinación de crisis económica y de políticas de austeridad generan en cualquier sistema de Seguridad Social graves problemas financieros, cuya expresión más clara en el caso español es el alarmante desequilibrio entre ingresos y gastos: superior al 1 % del

<sup>76</sup> El caso más conocido es el de la Corte Constitucional italiana, sentenza 70/2015. Véase el comentario: SUÁREZ CORUJO, B. “La preservación del derecho a la revalorización de las pensiones en Italia. ¿Sonrojo español?”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 4, 2015, pp. 457 ss.

<sup>77</sup> Al respecto: CARONE, G. *et al. Pension Reforms...*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>78</sup> Pueden servir como ilustración cambios normativos que refuerzan la protección de colectivos de pensionistas vulnerables. Así sucedió en Alemania con la reforma que en 2014 facilitó el adelanto de la edad de jubilación (63 años) de trabajadores con largas carreras profesionales y que mejoró las pensiones con de las mujeres con hijos nacidos antes de 1992 (<https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/working-conditions-industrial-relations/germany-new-retirement-package>). También en Italia se han reforzado determinados derechos de los pensionistas con la reforma Renzi-Poletti incluida en la *Legge di Stabilità 2017* (JESSOULA, M. “The 2016 Italian pension reform and the issue of equity”, *ESPN Flash Report 2017/12*, March 2017). En la misma línea hay que situar la iniciativa de reforma (de dulcificación) de la jubilación anticipada en Portugal (PERISTA, P. – BAPTISTA, I. “Easing early retirement in Portugal”, *ESPN Flash Report 2017/25*, May 2017); la mejora de la revalorización de pensiones en el sistema de cuentas notacionales letón (ZAGORSKIS, V. “Review of valorisation index of pension capital in Latvia”, *ESPN Flash Report 2015/52*, August 2015); la rectificación del incremento de la edad de jubilación (CHŁOŃ-DOMIŃCZAK, A. “Reversing the 2013 retirement age reform in Poland”, *ESPN Flash Report 2016/7*; y la reciente subida de las pensiones en Malta (VASSALLO, M. “New social measure initiatives in Malta’s 2017 Budget: an update on implementation”, *ESPN Flash Report 2017/43*).

PIB desde 2012, con una evolución creciente hasta alcanzar un récord histórico del 1,68 % (18.701 millones de euros) en 2016. ¿Cómo se explica que con un crecimiento económico del 3 % las cuentas de la Seguridad Social experimenten un deterioro tan importante en España? La respuesta la encontramos en la evolución reciente de los ingresos y de los gastos.

Comenzando por estos últimos, puede decirse que los datos de los últimos años, perfectamente previsibles, reflejan un proceso de maduración ‘natural’ del sistema. Así, un crecimiento del gasto en pensiones (partida principal) ligeramente superior al 3 % es el resultado de la tendencia al alza de tres elementos: el aumento –pese a su moderación– del número de pensiones (en torno al 1 %); el denominado ‘efecto sustitución’ como consecuencia de la cuantía más elevada de las nuevas pensiones respecto de las que se pagaban a los pensionistas fallecidos (alrededor del 2 %); y, en fin, la pírrica revalorización de las pensiones del 0’25 %. Lo relevante aquí es que, frente a los discursos catastrofistas y la invocación de los devastadores efectos del envejecimiento, esta evolución creciente se ha moderado de forma sensible desde 2011 situándose en cotas bajas. Luego el problema no se encuentra en el lado de los gastos, sino en el de los ingresos.

En efecto, en un escenario de poscrisis –es decir, superada la recesión económica, pero no buena parte de sus efectos– un segmento importante de la población activa (ocupada) se enfrenta a graves y crecientes dificultades para generar un nivel de ingresos suficientes a través de su participación en el mercado de trabajo debido a las diversas manifestaciones de inestabilidad laboral y profesional. Esta caída del peso de las rentas salariales en la riqueza nacional<sup>79</sup> tiene su reflejo en los ingresos de la Seguridad Social por cotizaciones, principal fuente de financiación del sistema: no es solo que la recaudación por este concepto en 2016 fuera muy inferior a la obtenida el año de estallido de la crisis<sup>80</sup>, sino que la comparación con el ejercicio 2011 en el que el nivel medio de cotizantes en alta era incluso más bajo que cinco años después ofrece un pobre resultado, pues en aquel año los ingresos por cotizaciones sociales fueron superiores a los de cinco años después<sup>81</sup>.

Dicho esto, este trabajo no quiere centrarse en los problemas actuales, de naturaleza esencialmente –aunque no exclusivamente– coyuntural, sino en los de largo recorrido y

<sup>79</sup> Entre 2008 y 2016 las rentas de los asalariados han caído en 33.679 millones de euros (un 6,1 %), mientras que los excedentes empresariales (de sociedades y de trabajadores por cuenta propia) han aumentado en 7.850 millones de euros (1,7 %). De modo que los salarios han perdido 2,9 puntos porcentuales de peso sobre la Renta Nacional (del 54,6 % al 52,7 %), al tiempo que el excedente de explotación bruto de las empresas se incrementaba casi en 2 puntos (del 45,4 al 47,3 %) [DEL POZO SEN, A. “Salarios pierden, empresas ganan”, *economistasfrentealacrisis.com/salarios-pierden-empresas-ganan*, 18 de abril de 2017].

<sup>80</sup> Debe tenerse en cuenta que la recaudación por cotizaciones en 2008 (108.104 millones de euros) equivaldría hoy, con la corrección de la evolución de precios (+10,2 %, según el INE), a 119.130 millones de euros. En cambio, lo recaudado en 2016 quedó más de 15.000 millones de euros por debajo.

<sup>81</sup> En 2016 el número medio de “afiliados” (cotizantes en alta) se situó en 17.600.801 frente a los 17.433.162 de 2011, un 1 % más. Sin embargo, los ingresos por cotizaciones del pasado ejercicio no pasaron de 103.640 millones de euros, frente a los 105.312 millones de 2011, un descenso del 1,6 %. Téngase en cuenta, además, que con la actualización de precios de estos cinco años (+3,7 %, según el INE) la diferencia se agranda sensiblemente: esos 105.312 millones habrían supuesto (con la corrección del IPC entre diciembre de 2011 y diciembre de 2016) 109.208 millones de euros (Fuente: *Secretaría de Estado de Seguridad Social*, 2017).

en su proyección sobre la sostenibilidad del sistema. Para ello es imprescindible tener muy presente las dos últimas reformas, de 2011 y 2013, que han sido objeto de análisis proliferos en otras publicaciones<sup>82</sup>. Ahora se trata de enjuiciarlas en los cuatro planos de sostenibilidad presentados.

Pero antes de ello, no está de más hacer alguna consideración sobre el proceso de envejecimiento de la población en España presentado a menudo como un obstáculo insalvable para un sistema de pensiones de reparto como el nuestro. Sin negar trascendencia a este imponente cambio demográfico, es posible que se haya exagerado su relevancia si atendemos a lo siguiente. Para empezar, no puede hablarse en España de una población envejecida, pese a que la esperanza de vida es de las más altas de la UE: la proporción que representan los mayores de 64 años (18,5 %) se sitúa hoy por debajo de la media europea a una distancia considerable de países como Alemania (21 %). Además, aunque en el largo plazo los efectos del envejecimiento se harán notar de forma muy significativa, el escenario no es, ni mucho menos, tan catastrofista para España según las proyecciones de Eurostat sobre la tasa económica de dependenciatotal, el indicador que relaciona el número de personas inactivas (mayores de 64 años, menores de edad, desempleados y población inactiva en edad de trabajar) con la población ocupada; al contrario, este indicador previsiblemente mejorará de manera sustancial en el largo plazo<sup>83</sup>. En fin, las propuestas de quienes con más ahínco advierten del riesgo demográfico suelen limitarse al recorte de las pensiones públicas, sin plantear medidas sobre natalidad o inmigración. Olvidan, sin embargo, que, como ya se ha apuntado, el verdadero reto es la jubilación de la generación del *baby boom* cuyos efectos se circunscriben a un periodo que se inicia en la próxima década y se agota en la de los cincuenta.

Por lo que se refiere a la **sostenibilidad financiera** del sistema de pensiones en España, resulta de enorme interés la *Actualización del Programa de Estabilidad 2017-2020*<sup>84</sup>, que el Gobierno español ha remitido recientemente a la Comisión Europea en el marco del Semestre Europeo, pues en él se contiene una proyección del gasto público en pensiones a largo plazo. Sin alterar las estimaciones principales de ejercicios precedentes, la nueva versión de este interesante documento incorpora algunos datos novedosos que reflejan la magnitud de los cambios normativos introducidos en 2013. Así, el nivel alcanzado ese año (11,8 % del PIB) se mantendría estable en las próximas cuatro décadas, a pesar de un incremento de más de seis millones en el número de pensionistas como consecuencia del cambio demográfico que ha de suponer el fuerte crecimiento de las personas mayores de 64 años a partir de la década de los veinte. De esta forma, la cota máxima prevista para 2050 solo sería ligeramente superior a la actual (12,3 %), con una pronunciada caída a partir de esa fecha (11 % en 2060).

Desde una perspectiva estrictamente financiera, cabría sostener que con la reforma de 2013 se garantiza la sostenibilidad económica del sistema en el largo plazo en la medida en que se estabiliza el nivel de gasto actual. Sin embargo, hay dos importantes objeciones que hacer. La primera es que nadie –ciertamente no los promotores de

<sup>82</sup> Entre otros: SUÁREZ CORUJO, B. *El sistema público de pensiones...*, *op. cit.*

<sup>83</sup> La tasa de dependencia económica total en España es actualmente una de las más altas de la UE (la quinta), como consecuencia del paro y del volumen de población activa. En 2060, este indicador situaría a nuestro país como el séptimo mejor, más equilibrado, solo por detrás de Estados como Dinamarca, Países Bajos o Suecia (EUROPEAN COMMISSION, *The 2015 Ageing Report*, *op. cit.*, p. 40).

<sup>84</sup> [http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comun/pdf/170503\\_np\\_estabilidad.pdf](http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comun/pdf/170503_np_estabilidad.pdf)

aquella reforma– ha explicado convincentemente por qué se dio por amortizada la anterior iniciativa de reforma paramétrica, la de 2011<sup>85</sup>. En la medida en que el esfuerzo presupuestario era exigente, pero asequible, puede entenderse que la reforma de ese año también garantizaba la sostenibilidad financiera del sistema. De ahí que aún más importante sea la segunda objeción: la estabilización del gasto con un número muy superior de pensionistas presupone un recorte significativo de la cuantía media de las pensiones, lo cual plantea problemas en otros planos.

Uno de ellos es, lógicamente, el relativo a la **sostenibilidad social** de un modelo que ofrece previsiblemente una acción protectora mucho menos generosa, tal como pone de manifiesto el *Ageing Report* de la Comisión Europea de 2015. Como consecuencia de un ajuste de una intensidad sin parangón en el entorno europeo, la tasa (media bruta) de reemplazo [*gross average replacement rate*], esto es, la relación entre la pensión inicial media respecto del salario medio, descendería (-)30,4 puntos porcentuales, desde el 79 % en la actualidad al 48,6 % en 2060. Mientras que, en la misma línea regresiva, la *benefit ratio* (la relación entre la pensión media y el salario medio) sufriría una fortísima caída de (-)19,9 %, desde el 59,7 % al 39,8 % en el mismo periodo de referencia.

Cierto es que estos indicadores sitúan hoy (todavía) a España en una posición privilegiada (entre los países con pensiones más generosas) lo que en teoría serviría para desdramatizar los recortes: las pensiones a mitad de siglo seguirían siendo más generosas que la media europea<sup>86</sup>. Pero, a mi juicio, hay que valorar estos datos con algo prudencia, pues estos indicadores ofrecen quizá una imagen algo distorsionada. Sin espacio, ni seguramente el conocimiento técnico necesario para hacer un análisis completo de este asunto<sup>87</sup>, resulta incuestionable –y trascendental a los efectos de este trabajo– es el impacto que han de producir en las pensiones los cambios introducidos en 2013.

Sin olvidar la incidencia del factor de sostenibilidad<sup>88</sup>, lo que resulta verdaderamente alarmante son las consecuencias de la modificación del nuevo índice de revalorización anual. Hoy es opinión ampliamente compartida (Banco de España, Autoridad

<sup>85</sup> Aunque la estimación inicial de un 14 % del PIB para 2050, como punto más alto, suponía un incremento sustancial del nivel de gasto –alrededor de 3,5 puntos porcentuales adicionales del PIB en ese momento–, no podía pasarse por alto que otros países relevantes del entorno más cercano ya dedicaban entonces a pensiones una partida superior.

<sup>86</sup> EUROPEAN COMMISSION, *The 2015 Ageing Report*, 2015, pp. 254-255.

<sup>87</sup> A falta del necesario estudio detenido de esta cuestión, cabe acudir al criterio de A. GONZÁLEZ quien considera que a la cuantía de las pensiones públicas hay que sumar otras prestaciones recibidas por los pensionistas que, en muchos casos, son muy importante. Si se realiza una comparación por habitante y en paridades de poder de compra –para eliminar el efecto del PIB– nos encontramos con que la protección pública total de la vejez parece depende poco de las tasas de reemplazo y están más bien correlacionados con los niveles de protección social de cada país, sin perjuicio de excepciones como Dinamarca.

<sup>88</sup> En el mismo documento, *Actualización del Programa de Estabilidad 2017-2020* (pp. 68-69) el Gobierno cuantifica el impacto de la aplicación del citado factor a partir de 2019: una reducción de la cuantía de las nuevas pensiones de jubilación del 4 % acumulativo cada diez años. Es decir que lo que se presenta como una acción de refuerzo de la equidad intergeneracional supone que una trayectoria profesional que hoy da lugar a una pensión de jubilación de 1000 euros mensuales no pasará de 960 euros en solo diez años, y así sucesivamente. Y esto sucederá independientemente de las diferencias en la esperanza de vida de cada colectivo y de forma automática, cualquiera que sea la evolución económica en ese periodo.

Independiente para la Responsabilidad Fiscal, FEDEA)<sup>89</sup> que la aplicación de la fórmula introducida en 2013 –desvinculada, recuérdese, de la evolución de los precios– implica que durante muchos años las pensiones se incrementarán un 0,25 % anual, muy por debajo de la inflación. Lo que es tanto como decir que el novedoso mecanismo condena a los pensionistas a una fuerte pérdida de poder adquisitivo y, por un tanto, a un grave y creciente empobrecimiento a lo largo de su vida. No está de más recordar que la pensión media se sitúa en 918 euros mensuales.

A ello hay que unir, un aspecto frecuentemente olvidado pero de extraordinaria relevancia, en particular para las mujeres. Me refiero al índice de cobertura, la proporción de personas de más de 64 años que tienen la condición de pensionista. España tiene hoy la tasa más baja de cobertura de toda la Unión Europea<sup>90</sup>. Y ello tiene que ver lógicamente con las dificultades que tienen las mujeres en acceder a las pensiones del sistema (sobre todo, las de jubilación). De manera que, a una pensión media sensiblemente inferior a la de los hombres (33,2 %, por debajo del 40 % de media en la UE), hay que añadir que la proporción de mujeres que disfrutan de una pensión es también mucho más limitada (un 27,7 % inferior): el resultado es que el *gender gap* entre los mayores de 64 años en España es, de nuevo, el más alto de la UE, junto a Irlanda<sup>91</sup>.

Este grave problema de inadecuación de las pensiones al que parece abocarnos el actual marco legal lleva inevitablemente a plantearse si la regulación vigente pudiera vulnerar la Constitución española y, por tanto, si resulta **insostenible jurídicamente**. Se trata de un asunto que he abordado en otros trabajos a los que puede remitirse. Sin entrar en ello, si quiera al menos hacer dos breves consideraciones.

La primera es que a la hora de valorar si el legislador ha respetado la “imagen maestra” de la Seguridad Social –si, tras la reforma, sigue siendo el sistema sigue siendo ‘recognoscible’, en términos del Tribunal Constitucional, STC 37/1994– no debe olvidarse que, sin perjuicio del reconocimiento de un amplio margen de actuación al legislador, es necesario tener presentes algunos preceptos más. No solo los dos directamente relacionados con los pensionistas (artículos 41 y 50 CE), sino también otras previsiones más generales que, a la vista de la entidad de unos cambios que conducen a una transformación del sistema, pueden también jugar algún papel para preservar la función de la Seguridad Social y compensar la influencia del artículo 135 CE. Se piensa en los artículos 1.1, sobre la cláusula de Estado social; 9.2, en torno a la promoción de la igualdad; 10.1 sobre la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social; e incluso 128 respecto de la subordinación de la riqueza del país al interés general.

La segunda consideración se refiere a la situación creada desde 2013 por el nuevo índice de revalorización (algo similar podría suceder con el factor de sostenibilidad a partir de su entrada en vigor en 2019). En la medida en que, tras dos años con un nivel de inflación anómalo (negativo o cero), se mantenga la tendencia de pérdida de poder

<sup>89</sup> FEDEA (A. DE LA FUENTE, M.A. GARCÍA, A.R. SÁNCHEZ), “La salud financiera del sistema público de pensiones español. Análisis retrospectivo, proyecciones de largo plazo”, *Estudios sobre la Economía Española - 2017/04*; BANCO DE ESPAÑA (J.F. JIMENO et al.), “El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma”, *Documentos Ocasionales*, nº 1701, 2017; AIREF, nota de prensa, 8 de febrero de 2017.

<sup>90</sup> Vid. EUROPEAN COMMISSION, *The 2015 Ageing Report*, 2015, pp. 88-89.

<sup>91</sup> EUROPEAN COMMISSION, “Adequacy and sustainability...”, *op. cit.*, p. 21.

adquisitivo iniciada en septiembre de 2016 y con ello se produzca un empobrecimiento creciente de los pensionistas se hace cada vez más probable el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por tres posibles motivos: la vulneración del artículo 50 CE por incumplir el mandato a los poderes públicos de garantizar la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas; la transgresión del artículo 14 CE por discriminación indirecta por razón de género; y la quiebra del principio de confianza legítima, derivado del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, que protege a los ciudadanos que ajustan su conducta a la legislación frente a cambios no razonablemente previsibles.

Finalmente, bien pensado es posible que este problema de insostenibilidad jurídica no llegue a materializarse al modificarse antes la regulación (o regulaciones) cuestionada(s). Y ello precisamente por la falta de **sostenibilidad política** de la regulación vigente. En el momento en que la sociedad española tome conciencia de la condena de los pensionistas al empobrecimiento, resulta difícil imaginar que el Gobierno (el actual o cualquier otro) sea capaz de eludir la presión que previsiblemente tal circunstancia generará. Más si cabe, cuando la reforma de 2013 fue adoptada de forma unilateral, sin diálogo social ni político, por la mayoría (absoluta) que respaldaba al Gobierno.



# XVIII. LA CAUSA DE LA PENSIÓN Y LA ESTRUCTURA DEL MODELO EN EL PUNTO DE MIRA DE LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL

FERNANDO MORENO DE VEGA Y LOMO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Salamanca*

## 1. INTRODUCCIÓN

En los tiempos que corren, se confirma como una evidencia el que al estudioso del perfil jurídico social no le interesa en igual medida el concreto régimen jurídico de una determinada prerrogativa legal del sistema de Seguridad Social, léase gestión institucional, formalización de la relación jurídica o acción protectora, cuanto la dogmática sobre el futuro del propio entramado de corte tuitivo. Complementariamente, y guste o deje de gustar el planteamiento que en este punto se trae a colación, es un hecho contrastado que el debatir sobre qué habrá de acontecer con la Seguridad Social permite visualizar en el horizonte, y casi de manera inmediata, un sustantivo que ofrece una mayor inclinación, en una imaginaria balanza, hacia lo negativo que hacia lo positivo: sostenibilidad. Resulta bastante común el poder derivar, gracias al trabajo en hemerotecas y bases de datos especializadas, que una mayoría de estudios sobre esta causa u objeto se conforman, a día de hoy, en el espacio de las Ciencias Económicas y es que, efectivamente, aun reconociendo las múltiples implicaciones que del mismo cabe ramificar, lo más importante por el momento es que se trata de un concepto que deja entrever, siempre con un carácter predominante que no de exclusividad, un elemento interpretativo de base económica, contable a mayor detalle. Pues bien, frente a esta sin lugar a dudas loable propuesta para la exégesis, este trabajo postula la institucionalización de una construcción jurídica, la cual habrá de centrarse en dos grandes perfiles temáticos: la causa de la prestación y la estructura del sistema.

En primer lugar y por lo que se refiere a la dimensión causal, partiendo del axioma a cuyo tenor la prestación es la esencia de la Seguridad Social en tanto en cuanto materializa el ideal tuitivo consustancial a la misma, parece razonable el pensar que cada ciudadano puede tener siquiera sea medianamente formateados, en base a los dictados de la así denominada cultura general aunque siempre con un prudente margen de error, un concepto, unas características, una tipología e, incluso, un régimen jurídico básico de las prestaciones de Seguridad Social. Ahora bien, ¿tiene, no ya el ciudadano, sino el jurista especializado en la rama social del ordenamiento, igualmente despejada la incógnita sobre la naturaleza de este sin par instrumento de tutela? Si la respuesta al presente interrogante es de signo negativo, como me atrevo a suscribir, se prevé un largo periodo de reflexión y debate sobre la, a corto plazo, reconstrucción ideológica de la Seguridad Social, de seguro un cimiento natural que debiera contribuir a la equidad en términos de operatividad y, como consecuencia precisamente de ello, a unas más halagüeñas perspectivas de futuro a corto y medio plazo.

En segundo lugar, si bien tomando como asiento esta reformulación de base conceptual en cada uno de los instrumentos de tutela implicados, lo cierto es que ello habrá de condicionar, de manera coetánea, una reorganización, o para mayor exactitud, una recolocación de las piezas en este singular mecano que conforman los diferentes modelos de protección social en el ordenamiento constitucional. Así, la eterna aunque no siempre correctamente comprendida diferencia entre la Seguridad Social y la Asistencia Social, tanto en lo que se refiere a su esencia compensatoria de un defecto de ingresos económicos o correctora de un umbral de pobreza, como a su gestión a nivel Central o de Comunidad Autónoma, cobra en este momento una notoriedad hartamente elocuente.

Adelantándonos de este modo a los acontecimientos que *in fine* puedan ser formulados en régimen de conclusiones, quizá no resulte necesario el buscar debajo de las piedras, valga la metáfora, nuevas fuentes de ingresos; acaso la solución parta de modernizar los planteamientos jurídicos más básicos al tiempo que actuales y que, seguramente sin pretenderlo, están viciando la empírica. Así las cosas y en consonancia con todo lo antedicho, la oferta temática y prioritariamente reflexiva de esta ponencia se apoya en pasar revista a las cuatro grandes modalidades de pensión de nuestro Derecho para, de este modo, verificar si un posible ajuste de planteamientos, causales y de modelaje, puede ayudar al mantenimiento contemporáneo así como a la viabilidad futura del propio sistema institucional.

## 2. LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

Iniciando el examen desde la perspectiva conceptual, causal, de la prestación, considero que hay dos ingredientes sobre los que trabajar con el preceptivo detenimiento. El primero, tiene que ver con la configuración de la contingencia y, por extensión, con la habilitación legal de la condición de sujeto beneficiario; el segundo, se habrá de ajustar en mayor medida a las formalidades sobre dinámica o ciclo vital de la pensión.

En primer término y respecto de aquello que concierne al entramado de requisitos para el acceso, el elemento de valoración que sugiere la duda es el atente al factor tiempo en la articulación de la relación causa-efecto entre la dolencia y la imposibilidad para la práctica profesional, el cual viene sustentado por la construcción adverbial *previsiblemente definitivas* del artículo 193.1 TRLGSS. Como sobradamente el lector habrá de ser conocedor, una Incapacidad Permanente se configura, en condiciones normales aunque no en exclusiva, como una extensión de una Incapacidad Temporal y que, por ende, los elementos de ésta última son exigibles de cara a la primera, léase una alteración de salud, un impedimento para la práctica laboral y, finalmente, la necesidad de asistencia sanitaria, en tanto mecanismo que no solo dispone carácter oficial, sino que, además, concede un empaque a la propia contingencia. Así las cosas y dado este denominador común, el presupuesto diferencial lo ha de institucionalizar, obviamente, esa mención a las *previsiblemente definitivas*; mas, ¿aplicada a qué? Me explico en la proposición, ¿Se ha de certificar *previsiblemente definitiva* la alteración de salud en tanto la contingencia que da origen al proceso, o por el contrario ha de ser anexado tal condicionante a la consecuencia que de la misma emana cual es la imposibilidad para la práctica profesional? Lo cierto es que tanto la interpretación del ya mencionado artículo 193.1 TRLGSS, como la complementaria jurisprudencia del Tribunal Supremo, se decantan por la primera tesis; empero, realmente parece más plausible la segunda, esto es, proteger en términos de compensación económica a quien queda impedido para el

ejercicio de ciertas labores profesionales, incluso de toda actividad, y no tanto a quien sufre una secuela definitiva de orden físico o psíquico que, no obstante, no le ha de imposibilitar para según qué actividades laborales.

Como primera aunque parcial conclusión, considero, así pues, que la circunstancia comentada no está bien enfocada a la hora de proveer causa a la figura. Sin duda, su oportuna corrección en los términos propuestos, ha de servir para mejor filtrar los casos verdaderamente merecedores de esta pensión y, de este modo y a buen seguro, lograr un ahorro presupuestario, el cual, todo sea dicho, no vendría fundamentado en un puro y duro dictamen de austeridad, sino en toda una reflexión jurídica, propia de la Filosofía del Derecho, que ayuda a precisar aquello que en cada momento y lugar es lo justo.

El segundo patrón temático a valorar y que, cabe rememorar, presenta su campo de influencia en el espectro de la dinámica prestacional, es la relativamente reciente en el tiempo opción de compatibilizar tanto la Incapacidad Permanente Absoluta como la Gran Invalidez con una actividad profesional, un planteamiento que, al menos quien esto escribe, aún no acierta a digerir. Sabemos que, en la escalinata legal de grados de la Incapacidad Permanente, aún pendiente de un hilo tras el compromiso de una reforma normativa prometida hace dos décadas, todo sea dicho, hay dos modalidades que posibilitan tal compaginación; tales son, la parcial y la total. Sin embargo, en igual medida no cabe desconocer otras dos que, por definición y como regla de base, no la debieran canalizar; léase, la absoluta y la gran invalidez. Pues bien y al amparo de la circunstancia descrita, cuál habría de ser nuestra sorpresa cuando, de un tiempo a nuestros días, y con la referencia normativa más actual enmarcada en el artículo 198 TRLGSS de 2015, resulta que también estas dos expresiones de mayor entidad en cuanto a la contingencia y, por tanto, de mejor cobertura en aquello que traduce a la prestación, son compatibles con según qué actividades, más concretamente las mal llamadas marginales, por lo peyorativo que ofrece la semántica del epíteto. Las razones argüidas para ello, básicamente dos: mejorar las opciones de reingreso al mercado laboral por parte de estos pensionistas y evitar un supuesto trato diferencial, ¿acaso discriminatorio?, respecto a los titulares de una Incapacidad Permanente Total.

Bajo mi personal punto de vista, me parece un grave error. Ni la Incapacidad Permanente Absoluta ni la Gran Invalidez pueden ser compatibles con actividades profesionales, sean cuales sean éstas, desde el momento en que no son medidas de estímulo de la política activa de empleo sino, y en todo caso, exponentes para la compensación de ciertos ingresos salariales dejados de percibir hasta el límite de tiempo, al menos, que marca la fecha para una posible revisión y que viene incorporada en la propia resolución de concesión de la pensión. Por todo ello, si el legislador y el alto tribunal desean que la Incapacidad Permanente actúe de modo y manera hermanada con el empleo, supriman las dos últimas modalidades o manténganlas, pero modificando su nombre, su causa y, por descontado, su régimen jurídico. Lo que nunca puede ocurrir es que ofrezcan pábulo a esta especie de vía intermedia que no hace sino enarbolar una contradicción en sus propios términos, además de posibilitar, ya fue advertido en reflexiones previas, el tamiz de una importante cuantía presupuestaria como destino para el amparo de situaciones injustas y, quizá, potencialmente inconstitucionales, por cuanto se está tratando con igualdad situaciones que, en sí mismas y por criterio del legislador, insisto, son desiguales.

Hasta aquí la interpretación sobre novación de ciertos condicionantes de acceso al disfrute de una Incapacidad Permanente, pero, ¿qué influencia cabe esperar de la

mencionada mutación en la configuración estructural de sendos modelos constitucionales?

Como parece estar de acuerdo un amplio sector de la doctrina especializada, acaso esta concepción haya existido desde un primer momento pero ciertamente ha venido ganando adeptos con el transcurso de los años, el artículo 41 CE configura un modelo de Protección Social en el que el eje principal, sin duda, lo ocupa el sistema de Seguridad Social pero donde, además, convergen otros entramados de protección complementaria entre los que hay que reseñar la Acción Social Básica (prestaciones no contributivas) y la Asistencia Social, la cual, a su vez, puede ser interna o externa al propio reglaje de la Seguridad Social. El gran problema es que tanto la semántica conceptual como las principales notas de régimen jurídico que han de separar unas y otras no están meridianamente claras, y ello influye en la propia eficacia, también presupuestaria, del sistema de Seguridad Social. En esencia, la identificación y, por tanto, diferenciación entre Seguridad Social y Asistencia Social, puede apoyarse en las siguientes ideas:

- 1ª. La Seguridad Social se configura como un derecho perfecto pues, ante el cumplimiento de ciertos requisitos, se accede a la tutela en cuestión. La Asistencia Social vendría a representarse como un derecho imperfecto, por cuanto su reconocimiento depende de un trato discrecional.
- 2ª. La Seguridad Social enarbola la prestación a modo de renta sustitutiva. La Asistencia Social representa un beneficio frente al umbral de pobreza.
- 3ª. La Seguridad Social es de competencia estatal. La Asistencia Social, autonómica.
- 4ª. La Seguridad Social es de naturaleza contributiva. La Asistencia Social, valga la redundancia, asistencial.

Como resulta factible comprobar, se trata de dos formulaciones clara y dogmáticamente diferenciables que, sin embargo, en la práctica han visto diluida, empañada, tal diversificación como consecuencia, entre otros motivos de la entrada en juego de las prestaciones no contributivas, ya que éstas, integrándose en la Seguridad Social, coinciden en la causa de la Asistencia Social al efecto de lograr la universalización de la Seguridad Social. La lectura final, así pues, giraría en torno a que la Seguridad Social de esencia profesional se ve complementada por la Acción Social Básica de las prestaciones no contributivas, la cual, a su vez, se ve amparada por la Asistencia Social, tanto la interna como, a otro nivel en el modelo estructural constitucional, la externa de las Comunidades Autónomas.

Pues bien, descendiendo en este punto al plano interpretativo de la prestación que tenemos entre manos y si acudimos, de entrada y qué mejor ocasión, al tratamiento de la norma suprema que al respecto de la incapacidad para la práctica laboral se efectúa, observamos que mientras el artículo 41 CE llama al legislador ordinario a una política social en formato de *régimen público de Seguridad Social*, el artículo 49 CE reconoce, y con ello parece que independiza, la *política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*, con lo que inmediatamente salta la pregunta: ¿debe la Incapacidad Permanente formar parte de la Seguridad Social?

La respuesta, es que siempre que la mencionada incapacidad tenga su origen en una contingencia motivada en riesgo profesional, sí, y es que, adicionalmente, este vínculo

en régimen de relación causa y efecto no solo tiene influencia en el origen de cara al reconocimiento de la protección, sino también en el tracto sucesivo de la misma. Cuando ese trabajador inactual pueda compatibilizar una Incapacidad Permanente Parcial o una Total con el empleo o tenga razonables visos de superar, por causa de revisión, una Incapacidad Permanente Absoluta o una Gran Invalidez para facilitar su reingreso al mercado profesional, es lógico que actúe la Seguridad Social habida cuenta del tenor profesional, pero, ¿qué ocurre cuando el origen de la contingencia es un accidente no laboral o una enfermedad común o bien cuando la Incapacidad permanente Absoluta o la Gran Invalidez no aconseja su revisión o el titular no quiere compatibilizar su disfrute con una práctica en régimen de dependencia? Es evidente la ruptura del nexo de conexión, tanto en el origen como en el desarrollo, respecto a lo laboral y, por ende, sin negar el derecho a una cobertura por cuanto viene constitucionalmente asegurado en el artículo 49 CE, quizá debiera ser otro modelo, el complementario y libre, el que se hiciera cargo de la tutela; expresado con mayor nitidez, para el resto de casos, que los hay incluyendo a la modalidad no contributiva, habría que reconducir su institucionalización a otro nivel estructural que habría de venir identificado con la Asistencia Social. El gran problema, de sobra conocido a estas alturas, es la necesidad, cuando no mera conveniencia, de una reformulación causal, de régimen jurídico y, naturalmente, de opciones presupuestarias para la misma, cometido no siempre fácil y, a buen seguro, no particularmente interesante desde el punto de vista de los intereses políticos por cuanto, en caso contrario, no acierto a entender por qué no se ha modernizado ya. En este orden de cosas, acaso el temor a una reordenación de estas características queda evidenciado en el cada vez mayor número de posibilidades de entrelazar una Incapacidad Permanente, en el grado que sea, con una actividad profesional, quizá al efecto de evitar la ruptura total con el vínculo laboral y, por ende, con la Seguridad Social.

### 3. LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Sin dejar de reconocer que la tutela por causa de desempleo es la única citada con nombre y apellidos en el llamamiento del artículo 41 CE, cabe en igual medida afirmar que, sociológicamente, humanamente, nos encontramos ante la pensión estrella del sistema institucional de la Seguridad Social, aunque solo sea por el hecho de tratarse de aquella a la que todo profesional aspira sin necesidad de que haya de intermediar una situación de necesidad que pueda causar estragos en su físico, su psique o su capacidad económica. Ahora bien, la notoriedad de este ideal no obsta para reconocer la concurrencia de importantes dudas ancladas en las variadas opciones respecto al significado causal de este instrumento de tutela, acaso y entre otras que al lector le puedan parecer de mayor relevancia, las que a continuación se relacionan:

En primer lugar, ¿es la jubilación un sistema de protección? La idea es la de presentar una prestación entretejida a modo de prerrogativa para compensar el defecto de ingresos económicos que sufre el trabajador como consecuencia de su cese, generalmente ligado a motivos de edad, en el ejercicio de la actividad profesional.

En segundo lugar, ¿habría de ser considerada la jubilación un premio? La pensión vendría a retratar, en este orden de cosas, una suerte de reconocimiento al sujeto beneficiario y que cobra sentido fundamental en una dilatada carrera profesional, así como de seguro en términos de cotización y, consecuentemente, de financiación, a la Seguridad Social.

En tercer lugar, ¿es la jubilación una herramienta de flexibilidad interna? Con génesis en el actual siglo XXI y fundamento en varias reformas normativas de entre las que merece un singular llamamiento la protagonizada por la Ley 27/2011, digamos que adviene comprometida en un postulado por esquivar la esencia de lo que en origen fue, esto es, un derecho del trabajador. Tal circunstancia, habrá de facilitar su tránsito hacia el polo opuesto que materializa el tratarse de un poder del empresario quien, no lo olvidemos, es el creador de puestos de trabajo y, por tanto, quien, no sin legitimidad jurídica y moral, puede mejor disponer de los recursos humanos en favor de su propio interés estructural.

En mi modesta opinión, todas estas opciones poseen algo de verdad por cuanto se amparan en los dictados de una cierta lógica que, además, deja traslucir un reflejo en la propia realidad empírica. Sin embargo, en igual medida creo que ninguna de ellas, y por sí misma, es capaz de cerrar el círculo.

No resulta viable, en primer término, condicionar la protección al cumplimiento de una edad legal, pues esta última circunstancia no opera como una ciencia exacta en el sin par mundo de la biología humana. En este orden de cosas y frente a una maligna interpretación al amparo de lo que sería una regla inversamente proporcional, esto es, a mayor edad menor eficacia, antes al contrario, suele acontecer que trabajadores en edad madura, entendiéndose por tal la de 65 o más años de longevidad, se encuentran en perfectas condiciones físicas, psíquicas y, acaso como lo más importante, con un altísimo grado de experiencia profesional que habrá de repercutir en su propio interés y, por irradiación, en el de su estructura productiva así como sobre la economía en su integridad.

En segunda posición, el ideal de reconocimiento, del premio por los servicios prestados, no encuentra acomodo, ni directa ni colateralmente, en el dogma protector que preside e inunda el espíritu de la Seguridad Social. Estoy firmemente de acuerdo en que todo ser humano merezca un reconocimiento sociológico por aquella contribución que a lo largo de una parte muy importante de su vida ha efectuado, pensando prioritariamente en sí mismo, pero, al tiempo, también en los demás, sin embargo, creo que tratamos en campos muy distintos, hasta el punto de que ni siquiera hay una potencial opción de solapamiento con la teleología de la Seguridad Social.

Finalmente, y en lo que concierne a la flexibilidad interna, es obvio que no cabe condicionar la eficacia del derecho a la jubilación por parte del trabajador al poder de dirección del empleador. Vale que en circunstancias puntuales los respectivos intereses pudieran casar, pero nunca la presente se puede adoptar como una regla general a seguir, como así lo han estipulado con carácter expreso importantes tribunales, tanto de orden doméstico como del espacio supranacional, en relación a otras temáticas enraizadas de manera señalada en idéntica problemática de fundamentación.

Así las cosas, y en conclusión sobre la interpretación de la naturaleza jurídica de la pensión, nos encontramos con que no existe claridad meridiana sobre cuál haya de ser la razón práctica de esta fundamental prestación y, claro, ello deriva en que el edificio que ulteriormente ha venido construyéndose sobre este cimiento de arenas movedizas, puede ofrecer de todo menos seguridad y eficacia. Desde la Ley 24/1997 de *Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social*, en tanto una de las más importantes expresiones jurídicas de los variados acuerdos políticos que han venido emergiendo al albur de los Pactos de Toledo de 1995, la regulación jurídica de la pensión de Jubilación

ha sufrido plurales e incisivas reformas, lo anticipaba hace escasas líneas, que la han hecho transitar desde el objetivo inicial del cese antes de tiempo respecto de la otrora edad legal de 65 años, hasta la más contemporánea visión de retraso máximo en el propio *exitus* laboral pensando en un interés puramente económico, ahorrativo, que no jurídico. Por tanto y frente a ello, es necesario detenerse un instante, metafóricamente y si fuese posible, parar las agujas del reloj de la vida, y construir una causa debida, técnica, exacta, para esta prestación de orden básico en una de las ramificaciones del Estado del bienestar; lo contrario, nos aboca a una condena en el presente, esto es, a un régimen jurídico, que no sistemático, de una propuesta sin fin de añadidos coyunturales, que no estructurales, y que no solo no contribuyen para el progreso sino que, antes y al contrario, ponen en jaque la sostenibilidad del sistema en su conjunto.

Por su parte y en aquello que concierne a la estructura del sistema, en materia de Jubilación el planteamiento es, al menos, formalmente idéntico al anteriormente presentado en relación a la Incapacidad Permanente, y es que frente a la referencia básica e integradora de la Seguridad Social en el artículo 41 CE, emerge la *suficiencia económica de los ciudadanos de la tercera edad* en el artículo 50 CE. Vuelve, en consecuencia, a sobrevolar el escenario aquella opinión, siquiera sea en términos de duda razonable, según la cual la Jubilación no habría de formar parte del entramado de la Seguridad Social; sí de la Protección Social, pero no de la específica Seguridad Social.

Sea como fuere, la construcción argumental de cara a la ratificación o a la separación, en su caso, de la tesis entonces aportada, debe ahora ser acometida desde una óptica paralela pero, al mismo tiempo, claramente diferenciable debido a un presupuesto capital; mientras la Incapacidad Permanente deriva de contingencia que puede tener su origen en riesgo común o profesional, la Jubilación se sustenta en una causa natural, ni profesional ni común, simplemente natural, como es la edad, no edad máxima sino, en todo caso, edad madura, una circunstancia que, *estricto sensu*, la aleja de lo laboral y posibilita reiterar el interrogante: ¿debe seguir formando parte de la Seguridad Social el régimen de la jubilación?

Como toma de posicionamiento personal, parece una utopía el pensar que la causa de la Jubilación pueda algún día quedar completamente exceptuada de la Seguridad Social; el vínculo espiritual con toda una vida profesional sobre el que ahora se sostiene la condición de trabajador inactual, es un argumento de peso en esta opinión. Ahora bien, ello no implica el que se puedan meditar y ulteriormente ejecutar modificaciones que no solo aquilaten sino que, por descontado, mejoren las reglas del juego; entre ellas y como proposición estrictamente personal, las siguientes.

En aquello que concierne al nivel contributivo, conviene partir de una simplificación y, naturalmente, de una sistematización de las diversas modalidades prestacionales, por cuanto, en primer lugar, según aumenta el número de vías de acceso acontece que directamente proporcional es el abanico de descontrol. Pero es que además, en segundo lugar y casi como lo más importante, habría que focalizar la atención en aquellas espietas de acceso que sí acreditan un vínculo con la esencia de la Seguridad Social, esto es, con la compensación durante un tiempo prudencial de un cierto defecto de ingresos salariales, como, por ejemplo, la jubilación parcial o la más moderna jubilación activa.

Por su parte y en lo que atiende a aquellas otras variantes donde lo que pudiera estar en juego es la precaución frente a un posible umbral de pobreza *sine die*, su adscripción

en el marco o modelo complementario parece lo más adecuado. Ahí entran en juego, consecuentemente, una Asistencia Social Básica para cubrir a quienes no han cotizado nunca o bien no en cuantía suficiente para llegar al listón del nivel contributivo, esto es, la tutela mediante la versión más clásica de prestaciones no contributivas, acaso también un régimen de beneficios complementarios a la propia tutela pública, ya sea mediante la Asistencia Social interna o la externa de régimen geopolítico autonómico o, finalmente, pudiera pensarse, incluso, en la creación de un novedoso sistema de protección social para garantizar esa suficiencia económica, no una sustitución pura y dura de rentas salariales, para los ciudadanos de la tercera edad, no en puridad o en exclusiva para trabajadores por cuenta ajena, y es que el tenor del artículo 50 CE es claro; la Jubilación no es un premio por el hecho de haber trabajado una específica cuantía de años, sino una garantía de futuro que, sin duda y precisamente por ello, admite más vías de cobertura que la sola Seguridad Social.

#### 4. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

Sin lugar a dudas, un perfil temático y normativo extremadamente vidrioso y, como es de sobra conocido por el especialista, foco prioritario de atención cuando de reformas estructurales de Seguridad Social coincide en hablarse.

Comenzando por el planteamiento causal, la controversia sobre la razón de ser jurídica de este mecanismo de tutela viene auspiciada en el hecho de que el fallecimiento de un ser humano y la consiguiente extinción de su personalidad jurídica que en origen conlleva una ruptura del nexo de parentesco civil respecto a sus familiares, no siempre implica, como consecuencia directa, la generación de un trastorno económico a éstos; sencillamente, puede que en ocasiones sí lo provoque, pero no como regla absoluta. Pues bien, centrando precisamente el foco de atención en todos aquellos casos donde este condicionante no se cumple, ello no obsta, sin embargo, a que tales presuntos beneficiarios *de facto* se conviertan en derechohabientes. Me pregunto, ¿dónde hay que calibrar aquí el ideal de protección?

Un segundo inconveniente, por si la circunstancia antedicha no fuere suficiente, se manifiesta en el hecho de que el sistema no ha hecho sino ampliar el cupo de potenciales optantes, en inicio, y de benefactores, a resultas, figurando entre ellos y de manera señalada, los partícipes de las técnicamente denominadas parejas de hecho. Cuidado, no pongo el acento de esta connotación negativa en la extensión del campo de aplicación del propio sistema de Seguridad Social, algo que resulta perfectamente entendible si se rememora el objetivo básico de la universalidad, ahora bien, ello no significa que este entramado tuitivo sea, y permítaseme el recurso a la expresión coloquial, un pozo sin fondo; antes bien, el sistema tratará de amparar a cuantos más sujetos mejor pero siempre que se cumpla la causa originaria cual es la de cubrir aquellas situaciones de necesidad previstas en la ley. La crítica se ha de centrar en la dimensión cualitativa, esto es, en el olvido de que la articulación de un específico régimen de cobertura ha de ser construido desde el presupuesto jurídico que, como eje central, supone una situación de necesidad, por encima de quiénes, y en su caso cuántos, puedan ser los necesitados. Precisamente por ello, afirmo que la Seguridad Social no tiene por qué amparar a ciertos ciudadanos que ni tan siquiera se encuentran en una situación de necesidad como, sin ir más lejos, hasta ahora viene aconteciendo mediante la concesión de una pensión de viudedad al cónyuge que ha venido obteniendo más rendimientos económicos de rentas del trabajo de las que obtenía el finado. En fin, creo con firmeza que hasta ahora el sistema ha venido pecando, y aún parece hacerlo, de un

evidente exceso de diplomacia social en detrimento de la razón tuitiva, puramente jurídica.

Por lo que respecta a la propuesta estructural, el formato ha de comenzar bajo idéntico parámetro, al menos en cuanto a su abordaje en la norma suprema, respecto al ya comentado para la Incapacidad Permanente y la Jubilación. Junto al Derecho de la Seguridad Social (artículo 41 CE), se conjuga de manera diferenciada la política de *protección social, económica y jurídica de la familia* (artículo 39 CE). En otras palabras, reconocimiento independiente que no hace sino confirmar una línea de tendencia interpretativa sobre las principales pensiones de nuestro ordenamiento y su ¿inclusión? en el sistema institucional de Seguridad Social.

Si descendemos en el grado de abstracción en favor de una perspectiva más específica como es la materializada por el propio Derecho de la Seguridad Social, cabe apreciar en esta prestación y a diferencia de las anteriores una pauta relevante: la necesidad de bifurcar entre un sujeto causante y otro/s beneficiario/s. La pregunta es: ¿hasta qué punto o en qué medida puede esta circunstancia ser objeto de valoración al objeto de descifrar si se están superando las lindes de la Seguridad Social para comenzar a hablarse de otro arquetipo de protección social? En opinión personal, la notoriedad de este dato es sensiblemente relevante ya que se rompe la regla general a cuyo tenor quien sufre la contingencia disfruta de la prestación y, claro, ello ofrece a pensar, como al comienzo del apartado señalábamos, que quizá haya exponentes de potenciales beneficiarios por cumplimiento de los requisitos legales de acceso al régimen de cobertura que, empero, no sean titulares, o mejor dicho sufridores, de la contingencia que se pretende compensar.

Así y en conclusión, conectando con la primera afirmación de este epígrafe y que quedaba vinculada, recuérdese, a un llamamiento en favor de reformas estructurales, creo que decididamente se abren las puertas en lo que respecta a este perfil temático para su canalización por alternativos modelos de protección social. En este orden de cosas, la Acción Social Básica en formato de prestación no contributiva a nivel estatal, o incluso la posibilidad de ceder régimen competencial a las Comunidades Autónomas para el gobierno de la cuestión a través de la Asistencia Social (externa) del artículo 148.1.20ª CE, son opciones para el estudio. Complementariamente y en un intento de cerrar el círculo, estimo que no es un objeto merecedor de tutela por el nivel contributivo, por cuanto un fallecimiento originado en riesgo profesional puede sin duda dar lugar a una mejor base reguladora pero, en un escalón previo, ¿qué más da riesgo profesional o común cuando el potencial beneficiario no acredita la situación de necesidad que, jurídicamente, abre la puerta a este entramado de cobertura?

## 5. LA PENSIÓN FAMILIAR (POR HIJO A CARGO) NO CONTRIBUTIVA

Más que posiblemente, pocos propósitos constitucionales haya, en términos de derecho social, más loables que la protección a la familia informada en el 39 CE. Este núcleo de convivencia y parentesco humano, describe el primer y seguramente más extenso círculo concéntrico de entre todos los posibles en los que cabe se desenvuelva el individuo, y es que cumple una prioritaria función social a través de la protección misma que entre sus propios miembros se otorgan. Coetáneamente y en el polo opuesto de esta proposición, pocas resoluciones jurídicas convergen, con tanto despropósito, como la de Seguridad Social en el abordaje y pretendido desarrollo de esta fundamental

temática. ¿A qué puede ser debida esta disfuncionalidad, perenne además con el paso de las décadas y la consiguiente sucesión de reformas normativas?

En cualquier caso y antes de adentrarnos en las profundidades de esta singular prestación, una aclaración previa para corregir cualquier pensamiento de presunta reiteración con lo ya expuesto en el epígrafe precedente. La proposición sustantiva de protección familiar que en el mismo se hubo manejado, respondía a los dictados de un concepto amplio en el que también tienen cabida las realidades sociales de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o cuidado de menores por enfermedad grave; la ahora planteada, se funda en una semántica de alcance estricto, esto es, en una relación de parentesco donde la filiación, en régimen de dependencia y sobre todo de convivencia, se configura precisamente como el germen de la situación de necesidad en un estrato sociológico nuclear; en otras palabras, las otrora prestaciones por hijo a cargo.

Ahora sí, entrando en materia y como ha venido siendo una constante, primeramente, desde el punto de vista causal, la justificación de la problemática puede asentarse en el hecho de que mientras la Ley de Seguridad Social, en su condición de norma especial, arbitra una concreta propuesta de tutela asentada en la más pura regulación civilista de la institución, esto es, situación de necesidad económica en el marco de una regulación legal de parentesco materno/paterno/filial que se adscribe a una administrativa unidad de convivencia, resulta que la Constitución, en su jerarquía de norma general, contempla el fenómeno de la familia como algo que, teleológicamente, va más allá; como un bien social en sí mismo. Pues bien y al calor de este planteamiento, ¿puede y, en su caso, debe considerarse la tenencia a cargo de un menor de edad como una contingencia en términos de Seguridad Social? Sinceramente, no me atrevo a negar que determinadas tesituras individualmente tratadas puedan ser germen de esa connotación peyorativa, ahora bien, lo que nunca se ha de permitir es caer en el error de convertir lo exponencial en regla general y es que la maternidad o paternidad, ya biológica ya legal, y no obviamente en su formato de prestación sino de causa en el origen de esta cobertura, es por lo general una situación querida, deseada, pero nunca un problema de raíz por el que el ser humano esté condicionado a penar.

Conectando de este modo con la temática estructural de la protección social, entiendo y afirmo que no converge razón para el entramado de esta pensión en el modelo constitucional obligatorio de nuestro sistema institucional de Seguridad Social, y no la hay porque, desde el punto de vista del nivel contributivo, no cabe articular una presunta causa de compensación de ingresos económicos cuando el potencial beneficiario está voluntariamente en excedencia; de ahí, casi con seguridad, la génesis de la extraña y siempre discutida naturaleza de ese periodo de cotización efectiva. Además, ni siquiera habría de ser factible en el nivel no contributivo del Régimen General que facilita su financiación exclusiva vía Presupuestos Generales cuando, incluso, el aspirante tiene el derecho de acreditar ingresos provenientes de rentas del trabajo dependiente, si bien no pudiendo superar un determinado listón cuantitativo. Una vez más, la solución más plausible se decanta por el salto a la condición no ya de pensión sino de beneficio por causa de Asistencia Social al efecto de, jurídicamente, ajustar la aplicación de la tutela a los motivos de verdadera necesidad económica y, financieramente, delegar poderes de gestión en el marco descentralizado de las Comunidades Autónomas.

En fin, y para finalizar, adviértase que bastantes de los argumentos que han sido traídos a colación en las tres pensiones tratadas con anterioridad, y especialmente las consecuencias jurídicas que de los mismos cabe extrapolar, pueden ser perfectamente aplicados a este exponente de pensión familiar; la plasmación constitucional diferenciada respecto al Derecho de Seguridad Social, su incardinación en el fenómeno familiar o las comunes llamadas a la cobertura por otros sistemas alternativos de Protección Social, son fieles exponentes de ello. Así las cosas y en aras de la economía argumental, que no austeridad, ténganse en este momento por reproducidas.

## 6. CONCLUSIONES

Comenzaba esta propuesta con la evidencia a tenor de la cual la inmensa mayoría de estudios especializados en el futuro de la Seguridad Social tienen acomodo en la Economía o, incluso, en la vertiente jurídica pública, concretamente del Derecho Fiscal, por aquello de la eterna discusión sobre la presunta naturaleza tributaria de la obligación de cotización. El planteamiento que soporta la presente colaboración, sin embargo, ha sido el de acometer el mismo objetivo, léase la sostenibilidad, pero desde un punto de vista estrictamente jurídico social, a mayor detalle desde la dimensión que enarbola el propio esqueleto del sistema de Seguridad Social y, con una especial relevancia, la razón de ser de su principal estilete: la prestación.

Creo firmemente que no hay una lectura interpretativa adecuada de la realidad social y, precisamente por ello, al jurista le resulta tremendamente complicado crear la norma que la habrá de institucionalizar. No existe una posición unánime, firmemente definida, sobre cuál ha de ser la causa o razón de ser de las principales pensiones de nuestro sistema de Seguridad Social, motivo por el cual éstas vienen siendo aplicadas desde el principio de los tiempos a contingencias que no son merecedoras de tales. Esta circunstancia, dejémoslo claro al efecto de no engañarnos a nosotros mismos, ha venido facilitando, entre otras consecuencias, una fuga importante de capital presupuestario. Me parece fundamental defender que, el jurista, debe tomarse su tiempo y, señaladamente, pararse a reflexionar sobre qué es aquello que debe amparar la operativa de cada concreta prestación, esto es, su causa, pues se trata de una dogmática fundamental que, en la empírica, debe conducir a la obtención de nuevos resultados, mejores resultados.

Asimismo, por otro lado aunque de modo y manera ciertamente vinculada, habrá que profundizar en la actual configuración estructural del sistema de Seguridad Social. Inicialmente, es digno de valoración el sentido actual de las prestaciones no contributivas como nivel de cobertura asistencial en el Régimen General de la Seguridad Social, ya que condiciona a tirar bastante de los fondos públicos para articular una protección que no se sabe muy bien hasta qué punto resulta eficaz; secundariamente, decidir en torno a la promoción de la Asistencia Social, pues no solamente la causa de algunas modalidades prestacionales se orienta más a la cobertura de umbrales de pobreza sino que, además, su asignación competencial a las Comunidades Autónomas, *ex* artículo 148 CE, podría aliviar algo las arcas del Estado.

Presentada queda, así pues y en estos términos, la controversia; reflexionemos ahora sobre su composición jurídica.



# XIX. VISIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO COMO FACTOR PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SISTEMAS DE PENSIONES Y ALGÚN APUNTE SOBRE SU TRASLACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL

M<sup>a</sup> JOSÉ CERVILLA GARZÓN  
*Profesora Contratada Doctora*  
*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad de Cádiz*

## 1. LA REALIDAD DEL CAMBIO DEMOGRÁFICO QUE AFECTA A LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE PENSIONES

No es nada novedoso afirmar que el envejecimiento de la población, entendiendo por tal al incremento de personas de edad avanzada en el marco de la población global, es una realidad que ocupa y preocupa en el ámbito de la Unión Europea desde hace muchos años. Teniendo nuestro estudio como objeto su incidencia en la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, lógicamente la situación que más nos interesa es su impacto en relación a la población que ya está en edad de jubilación. Sobre esta cuestión se llevan varios años ofreciendo datos que demuestran la tendencia demográfica hacia una población con cada vez mayor número de ciudadanos de edad avanzada, y con una progresión hacia el incremento de esta situación en los años venideros. Por citar algunos ejemplos<sup>1</sup>:

- La Resolución sobre “Los ciudadanos de la tercera edad en el siglo XXI: una vida por delante”, de 30 de julio de 1999<sup>2</sup>, avanza que más del 20 % de la población tiene 60 años, y esta tendencia aumentará considerablemente en los próximos años.
- La Comunicación de la Comisión “Hacia una Europa para todas las edades: fomentar la prosperidad y la solidaridad entre las generaciones”, de 21 de mayo de 1999, establece que, entre 1995 y 2015 el grupo de edad entre los 20 y los 29 años disminuirá en un 20 %, y el comprendido entre los 50 y 64 aumentará en más del 25 %. También indica que, en los próximos 20 años, aumentará en 17 millones el número de personas que habrán sobrepasado los 65 años, hasta entonces edad normal de jubilación.
- El Libro Verde “Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones”, Comunicación de la Comisión de 16 de marzo de 2005, pone de manifiesto el gran incremento de población que, entre los años 2005 y 2050, se

---

<sup>1</sup> Vid. también la proyección de los cambios en la estructura de la población, según Eurostat 2010, que publica QUÍLEZ FÉLEZ, M.T.: “Reflexiones en torno a las medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Año 2013”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 109, 2014, pág. 210.

<sup>2</sup> DO C 219.

- va a producir en la franja de población mayor de 65 años<sup>3</sup>, en conexión con otro factor cual es la persistencia de la baja natalidad influida por factores muy diversos: dificultades de inserción profesional, escasez de vivienda, tardanza en tener el primer hijo o dificultades de conciliación, entre otras.
- La Comunicación de la Comisión “El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad”, de 12 de octubre de 2006, pone de manifiesto que este envejecimiento es el resultado de la conjugación de varias tendencias demográficas, siendo las más significativas el descenso del número medio de hijos<sup>4</sup> y el incremento de la esperanza de vida. Esta última se indica que ha aumentado 8 años entre 1960 y 2006 y que podría seguir aumentando en 5 años entre 2006 y 2050<sup>5</sup>.
  - La Comunicación de la Comisión “Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la Unión Europea (Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico)”, de 24 de abril de 2009, afirma que la UE pasaría de disponer de cuatro personas en edad de trabajar (con edad comprendida entre 15 y 64 años) por cada persona de más de 65 años a una proporción de sólo dos a uno, y que la mayor disminución tenga lugar en el periodo 2015-2035, cuando la generación nacida al finalizar la Segunda Guerra Mundial (la que se conoce como el “baby boom”) llegue a la jubilación.
  - La Declaración del Consejo sobre el “Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional: estrategia futura”, de 7 de diciembre de 2012, prevé que el índice de personas mayores de 65 años alcance el 50 % respecto de la población en edad laboral (de 15 a 64 años).

Siendo ésta una tendencia generalizada en todos los países de la Unión Europea, España está igualmente afectada por un progresivo envejecimiento de la población<sup>6</sup>. Tomando como referencia el informe del CSIC, de enero de 2016, “Un perfil de las personas mayores en España. Indicadores estadísticos básicos”<sup>7</sup>, la progresión que va a tener la población entre 65 y 79 años, respecto del total, va a ser la siguiente: 14 % en el año 2021; 17,7 % en el año 2031; 21,3 % en el año 2041. Se estima que, en total, en el año 2061 un 38.7 % de la población estará compuesta por personas mayores, entendiendo por tales a todas las mayores de 65 años<sup>8</sup>, teniendo en esta situación gran repercusión el hecho de que la generación del “baby boom” iniciará su llegada a la jubilación en torno al año 2024. En relación al incremento de la esperanza de vida en nuestra país, y teniendo en cuenta que la vejez empieza cuando se alcanza una edad en la que la esperanza de vida restante para el ciudadano es de unos 15 años, según dicho estudio en 2020 esta situación llega a los 72 años para los hombres y a los 76 para las mujeres<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> 44.1 % para los que tienen entre 65 y 79 años, y 180.5 % para los mayores de 80 años.

<sup>4</sup> Que se cifra en 1.5 por pareja.

<sup>5</sup> En los mismos términos, Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de noviembre de 2010, sobre los retos demográficos y la solidaridad entre las generaciones.

<sup>6</sup> Lo cual ya puso de manifiesto el texto del Pacto de Toledo, en su epígrafe VII.1, en el año 1995.

<sup>7</sup> Elaborado por ABELLÁN GARCÍA, A. y PUJOL RODRÍGUEZ, R., *Informes envejecimiento en red*, núm. 14, Madrid, publicado el 22 de enero de 2015.

<sup>8</sup> Sobre cómo irá cambiado la pirámide de la población, vid. gráfico pág. 5. En los mismos términos, Informe 2014 “Las personas mayores en España”, publicado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Colección Documentos, Madrid 2015, gráfico página 45.

<sup>9</sup> Incrementándose progresivamente, vid. cuadro pág. 8.

También se viene insistiendo desde la Unión Europea en la conexión que el envejecimiento de la población tiene con la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, en particular, sobre todo, en lo referente a la pensión de jubilación<sup>10</sup>. Obviamente, la tendencia anteriormente apuntada a que sólo existan dos trabajadores en activo por cada uno que esté jubilado pone en evidencia que la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, sobre todo los que se basan en el sistema de reparto y no de capitalización, tiene un futuro que se acerca más hacia la “insostenibilidad” del mismo. Así, entre los diversos problemas y retos que el envejecimiento de la población está planteando a todos los estados miembros, uno de los que se ha destacado con mayor intensidad ha sido su incidencia en la necesaria reforma de los sistemas de protección social y, más en concreto, de las formas de acceso a la jubilación. Sin pretender ser exhaustivos en relación a todas las Resoluciones y Comunicaciones publicadas en las cuales se hace alusión a ello, sí queremos destacar que el tratamiento de esta problemática se hace, no sólo en los documentos que se centran en cuestiones específicamente relativas a la protección social<sup>11</sup>, sino también en otros en los que se analizan los problemas relativos a los ciudadanos de la tercera edad<sup>12</sup>, los retos demográficos<sup>13</sup> o, en general, cuestiones relacionadas con la política de empleo<sup>14</sup>.

Y es que este problema demográfico, así como tiene un origen multicausal, también genera un impacto de múltiples consecuencias en cuya resolución se van a utilizar desde la Unión Europea estrategias diversas, convergentes en aspectos como el que analizamos en el presente estudio. El incremento de la población mayor de 65 años ha generado análisis desde la perspectiva del empleo, por cuanto debe incidirse en cuestiones que les atañen de forma específica como es su seguridad y salud, la no discriminación por razón de edad y las formas de empleo que puedan posibilitar el alargamiento de la vida laboral activa. También desde la perspectiva de la protección social, por cuanto no sólo deben garantizarse pensiones dignas y sostenibles, sino que también se está incentivando que los propios sistemas de Seguridad Social les permitan una transición gradual hacia el retiro definitivo de la vida activa y que la opción a la jubilación no sea la vía más fácil y prioritaria. El colectivo de ciudadanos cada vez más numeroso y que se integran en esta denominación de la “tercera edad”, ha propiciado

<sup>10</sup> En general sobre esta materia, vid. RODRÍGUEZ CRESPO, M.J.: “La política de envejecimiento activo de la Unión Europea y sus consecuencias para el empleo de los trabajadores de mayor edad”, *Información Laboral*, núm. 6, 2012.

<sup>11</sup> Por ejemplo, Resolución sobre las medidas a favor de las personas de edad avanzada, de 14 de marzo de 1994; Comunicación de 14 de julio de 1999: “Una estrategia concertada para modernizar la protección social”; Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”, de 16 de febrero de 2012.

<sup>12</sup> Resolución sobre “Los ciudadanos de la tercera edad en el siglo XXI: una vida por delante”, de 30 de julio de 1999; Comunicación de la Comisión “Hacia una Europa para todas las edades: fomentar la prosperidad y la solidaridad entre las generaciones”, de 21 de mayo de 1999 y de 17 de agosto de 2001; Libro verde “Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones”, de 16 de marzo de 2005; Resolución del Parlamento Europeo sobre los retos demográficos y la solidaridad entre las generaciones, de 23 de marzo de 2006.

<sup>13</sup> Comunicación “El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad”, de 12 de octubre de 2006, Resolución sobre oportunidades y retos del cambio demográfico en Europa, de 22 de febrero de 2007; Comunicación de la Comisión “Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la Unión Europea (Informe 2009 sobre el envejecimiento demográfico)”, de 29 de abril de 2009; Resolución del Parlamento, de 11 de noviembre de 2010, sobre los retos demográficos y la solidaridad entre generaciones; Dictamen del Comité Europeo de las Regiones “La respuesta de la UE al reto demográfico”, de 18 de enero de 2017.

<sup>14</sup> Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Estocolmo, de 23 y 24 de marzo de 2001.

que se publiquen documentos en los cuales se realice un tratamiento transversal de todos los retos y necesidades que van a formar parte de su vida cotidiana, no sólo en materia de pensiones, sino también en otros ámbitos (integración en la sociedad, mejora de la sanidad, tratamiento de la dependencia, formación...) de entre los cuales forma parte el denominado “envejecimiento activo”, que procedemos a analizar. Este último ha sido objeto, de forma progresiva<sup>15</sup>, de una regulación autónoma y omnicomprensiva de cuestiones diversas, que en alguna de sus vertientes afecta a la sostenibilidad de los sistemas de protección social.

## 2. EL CONCEPTO DE “ENVEJECIMIENTO ACTIVO”

En el ámbito de la Unión Europea podemos apreciar que el uso del término “envejecimiento activo”, como política u objetivo perseguido a nivel comunitario que deriva del progresivo envejecimiento de la población, se ha ido implantando de forma gradual, cada vez con mayor intensidad y progresivamente de una manera más flexible. En una primera apreciación, su contenido literal parece hacer referencia a la necesidad de que las personas de la tercera edad mantengan su integración en el mercado de trabajo durante más tiempo o, cuanto menos, que no se excluyan de él incluso cuando ya se está percibiendo la pensión de jubilación. Si conectamos este objetivo con la sostenibilidad de los sistemas de pensiones su enlace se aprecia con obviedad puesto que siempre va a ser un factor positivo el hecho de que las pensiones de jubilación se abonen de forma más tardía y más ajustada a la esperanza de vida actual, o que su percibo se acompañe con cotizaciones que permitan seguir financiando los sistemas de Seguridad Social. Pero el término puede no hacer referencia únicamente al aspecto relacionado con el mantenimiento de una actividad profesional durante más tiempo, también puede estar relacionado con una “actividad” que no sea de carácter profesional, incluso que sólo se refiera al mero aprendizaje o a la participación en la vida social y cultural como factores que inciden en el incremento de la calidad de vida de la personas de la tercera edad. A nuestros efectos es obvio que la parcela del envejecimiento activo que nos resulta de interés analizar es aquella relacionada con la promoción del mantenimiento de la cotización a los sistemas de Seguridad Social durante más tiempo para favorecer su sostenibilidad y las formas que están previstas para que se pueda conseguir.

Desde hace muchos años, desde la Unión Europea se viene insistiendo, con carácter general, en que es necesario promover el alargamiento de la vida profesional de las personas de edad avanzada, en el contexto de la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, si bien inicialmente sin vincular esta política al término “envejecimiento activo”<sup>16</sup>. Sí comienza a aparecer, con cierta antelación, un concepto que,

<sup>15</sup> Sobre todo derivado de la proclamación del año 2012 como “Año europeo del envejecimiento activo y de la solidaridad intergeneracional”. Así, vid. Decisión de 14 de septiembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional; Declaración del Consejo, de 7 de diciembre de 2012, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional; Resolución del Parlamento, de 9 de septiembre de 2015, sobre el Informe sobre la puesta en práctica, resultados y la evaluación general del Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional

<sup>16</sup> Así, en la Recomendación del Consejo, de 24 de junio de 1992, sobre criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social, se acuerda “promover, para las personas con edad...la incitación a la búsqueda de empleo” (recomendación C.1d), en la Recomendación del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social, se recomienda “esforzarse en suprimir los obstáculos a la actividad (...)”

posteriormente, se va a vincular constantemente con el envejecimiento activo, cual es la necesaria “solidaridad entre las generaciones”, entendida, no sólo como algo que debe regir entre jóvenes y mayores, sino que también debe ser aplicado por las empresas y las administraciones en el marco de la política aplicada al mercado de trabajo<sup>17</sup>.

Progresivamente en diferentes documentos comunitarios se comienza a utilizar el término “envejecimiento activo”, fundamentalmente vinculado con la necesaria prolongación de la vida activa de los mayores y con el concepto de jubilación activa. Como ejemplo significativo de ello podemos mencionar la Comunicación de la Comisión “Hacia una Europa para todas las edades: fomentar la prosperidad y la solidaridad entre las generaciones”, de 21 de mayo de 1999, en la que el envejecimiento activo se contempla como una política destinada a permitir el retiro de la vida activa más tarde y de forma más gradual<sup>18</sup>. No queremos decir con ello que siempre se utilice este concepto para proponer medidas destinadas a prolongar la vida profesional, pues diversos documentos destinados a ello no integran este concepto<sup>19</sup>.

Pero la tendencia que actualmente apreciamos en el ámbito de la Unión Europea, sobre todo a partir del año 2012, es a la desvinculación o no asimilación de este término con el necesario impulso del desarrollo de actividades profesionales. Ya en el año 2001, la Comunicación “Hacia una Europa para todas las edades para fomentar la prosperidad y la solidaridad entre las generaciones”, hace alusión a que se deben crear las condiciones para un envejecimiento “activo y sano”, extensible a los trabajadores mayores de 75 años, que promueva la inserción de las personas de edad en la vida económica, social y cultural<sup>20</sup>. Es decir, el envejecimiento activo ya no lleva aparejada exclusivamente la idea de que la población mayor debe seguir trabajando el mayor tiempo posible, sino que conecta con otras cuestiones mucho más diversas como puede ser el concepto de aprendizaje a lo largo de toda la vida. De forma muy ilustrativa, la Resolución del Parlamento Europeo sobre los retos demográficos y la solidaridad entre las generaciones, de 23 de marzo de 2006, aun reconociendo que el envejecimiento activo está estrechamente vinculado al incremento de la edad de jubilación, se lamenta de que “esté casi exclusivamente definido en la Estrategia de Lisboa en términos de

---

de las personas que hayan alcanzado la edad mínima de apertura de los derechos a la pensión de jubilación” (apartado 5d) y en la Resolución sobre “Los ciudadanos de la tercera edad en el siglo XXI: una vida por delante” se acuerda la adaptación del mundo laboral a las necesidades de los trabajadores de edad (apartado 7).

<sup>17</sup> Resolución de 14 de marzo de 1994, sobre las medidas a favor de las personas de edad avanzada (apartado 28).

<sup>18</sup> En términos similares, Comunicación de la Comisión “Una estrategia concertada para modernizar la protección social”, de 14 de julio de 1999

<sup>19</sup> Por todos: Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Estocolmo, de 23 y 24 de marzo de 2001, en la cual se alude a la necesidad de prolongar la vida activa; el Libro Verde “Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones”, de 16 de marzo de 2003, que trata diversas medidas para posibilitar el retraso en la edad de jubilación como solución al cambio demográfico; la Comunicación de la Comisión, de 12 de octubre de 2006, sobre “El futuro demográfico en Europa: transformar un reto en una oportunidad”; la Resolución sobre oportunidades y retos del cambio demográfico en Europa, de 22 de febrero de 2007; la Comunicación de la Comisión al Parlamento, de 29 de abril de 2009, “Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE, Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico”. En otros casos se alude al término, pero de forma genérica y sin definición, caso de la Comunicación de la Comisión “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, de 3 de marzo de 2010.

<sup>20</sup> Apartado R2

empleo remunerado, cuando este concepto debería aplicarse de manera más amplia para abarcar actividades no remuneradas, por ejemplo, de organizaciones cívicas, políticas y otras asociaciones voluntarias”<sup>21</sup>. Por otra parte, aun continuando con la vinculación del envejecimiento activo con la empleabilidad de los mayores, la consecución de este objetivo se conecta con otras cuestiones que ya no abarcan sólo a la política de pensiones. Así, la Resolución del Parlamento, de 11 de noviembre de 2010, sobre los retos demográficos y la solidaridad entre las generaciones, considera que el envejecimiento activo se debe entender desde una perspectiva amplia de la empleabilidad sostenible durante toda la vida activa, para alentar a los trabajadores de edad avanzada a que mantengan su empleo. Para ello entiende necesario mejorar sus condiciones de trabajo, adaptar su lugar de trabajo, luchar contra la discriminación por razón de edad y proporcionar un aprendizaje permanente.

Sin duda, la preparación del Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional, para el año 2012, ha impulsado, de forma definitiva, el que esta expresión sea utilizada en el marco comunitario con un enfoque mucho más amplio que el relacionado con la subsistencia en el mercado de trabajo. Así, la Decisión de 14 de septiembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo, al establecer la necesidad de crear una cultura de envejecimiento activo, incluye en él, no sólo el goce de buenas oportunidades de empleo, sino también la participación activa en la vida familiar y social, el voluntariado, el aprendizaje permanente, la expresión cultural y el deporte<sup>22</sup>. Incidiendo en esta visión multidimensional, es muy significativa la Declaración del Consejo sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional, de 7 de diciembre de 2012, en la cual se afirma que el envejecimiento activo comprende, además de la participación en el mercado de trabajo, la participación en asuntos económicos, políticos, culturales y cívicos<sup>23</sup>, para lo cual se determina una amplia gama de ámbitos de actuación<sup>24</sup>. Y, ya como mayor exponente de esta tendencia hacia la desvinculación del término “envejecimiento activo” de la visión únicamente relativa a la política de empleo, la Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de septiembre de 2015, sobre el Informe sobre la puesta en práctica, los resultados y la evaluación general del Año Europeo del Envejecimiento Activo<sup>25</sup>, literalmente plantea un enérgico rechazo a la consideración de las políticas de envejecimiento activo “únicamente como un instrumento para mantener la empleabilidad de los trabajadores de más edad”, es más, “pide a los Estados miembros que realicen todas las evaluaciones necesarias antes de elevar la edad de jubilación obligatoria”<sup>26</sup>.

Por último, el reciente Acuerdo Marco Europeo, firmado el 8 de marzo de 2017 “European social partners” autonomous frame work agreement on active ageing and an

<sup>21</sup> Apartado 61.

<sup>22</sup> Art. 2. En su inicio conecta este concepto con el establecido por la OMS, el cual lo define como “proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen”.

<sup>23</sup> Apartado 5.

<sup>24</sup> Por ejemplo, en materia de empleo se citan: educación y formación permanente, condiciones de trabajo sanas, estrategias de gestión de la edad (adaptar las carreras y las condiciones de trabajo a las necesidades de una población más envejecida), servicios de empleo, evitar la discriminación por edad, fiscalidad favorable, transferencia de experiencias (que puedan ejercer labor tutorial) y medidas conciliatorias para cuidadores no profesionales.

<sup>25</sup> Previamente, en similares términos, vid. el Proyecto de Informe de la Comisión, de 5 de mayo de 2015.

<sup>26</sup> Apartado 19.

inter-generational approach”, trasciende totalmente la conexión del concepto de envejecimiento activo con las políticas en materia de jubilación, pues únicamente contempla aspectos relacionados con las condiciones de trabajo como la seguridad y salud, la adaptación del puesto de trabajo o sus aspectos formativos. Eso sí, tiene un alcance limitado hasta la edad de jubilación<sup>27</sup> y, en ningún momento, manifiesta conexión alguna con la sostenibilidad de los sistemas de pensiones.

Como conclusión final, podemos afirmar que la tendencia actual, en el marco de la Unión Europea, sigue siendo la promoción del alargamiento de la vida laboral de los trabajadores mayores como factor importante para la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social, pero el término “envejecimiento activo” tiene una dimensión mucho más amplia, un enfoque multidimensional que incluye cuestiones relacionadas con la salud, la formación, la cultura o el empleo, entre otros. Lo siguiente que tendremos que analizar será cuales son las principales medidas planteadas desde la Unión Europea para conseguir dicho alargamiento, con impacto en el régimen jurídico de las pensiones, partiendo de que no es el único enfoque que se quiere dar a la política social prevista para este sector de la población. Y también partiendo de que, a nivel comunitario, no existe un único objetivo relacionado con la reforma del régimen jurídico de las pensiones de jubilación, sino que el alargamiento de la vida laboral activa se contempla como una situación a la que deben acompañar muy diversas medidas de corte laboral que posibiliten que se den las condiciones para que los trabajadores de edad avanzada puedan prestar servicios profesionales (ya sea de acceso al mercado de trabajo o de mantenimiento en el mismo, como la formación o la atención a la adaptabilidad de los puestos de trabajo).

### 3. MEDIDAS PREVISTAS DESDE LA UNIÓN EUROPEA, EN EL MARCO DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO, PARA FAVORECER LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE PENSIONES

En el marco de la Unión Europea, la sostenibilidad de los sistemas de pensiones vinculada al necesario envejecimiento activo de la población se articula en base a dos bloques de medidas diferenciadas. Por una parte, sobre la necesidad de “modernizar los sistemas de protección social<sup>28</sup>”, término que incluye la modificación de los planteamientos existentes en la ordenación jurídica de las pensiones de jubilación, de forma que den cobertura a la posibilidad de favorecer el alargamiento de la vida laboral activa. Por otra parte, sobre el impulso de medidas relacionadas con el empleo y las condiciones de trabajo que posibiliten el mantenimiento de la población de edad avanzada dentro de la población activa. Ambas cuestiones aparecen, de forma progresiva, entrelazadas en el logro del objetivo común que ambas tienen. Y es que, efectivamente, parece un planteamiento absurdo el acometer la reforma de los sistemas de pensiones para que su reconocimiento se produzca de forma más tardía o para que alienten el mantenimiento de la actividad laboral, si luego el mercado de trabajo no atiende a las necesidades específicas de corte laboral que se van a demandar para una

---

<sup>27</sup> Así, define el envejecimiento activo como “optimizar las oportunidades para que los trabajadores de todas las edades trabajen en condiciones de buena calidad, productivas y saludables hasta la edad legal de jubilación, basándose en el compromiso mutuo y la motivación de los empleadores y los trabajadores”.

<sup>28</sup> Expresión que aparece en diversos documentos de la Unión Europea, por todos Comunicación de la Comisión “Una estrategia concertada para modernizar la protección social”, de 14 de julio de 1999.

población de edad avanzada (formativas, sanitarias, de seguridad y salud, de conciliación...etc).

En primer lugar, la modernización de los sistemas de protección social se contempla desde la perspectiva de la reforma de las pensiones de jubilación en un doble sentido: el posible alargamiento de la edad a partir de la cual es posible la jubilación y el establecimiento de fórmulas que fomenten la continuidad en el desarrollo de actividades profesionales, una vez ésta ya se ha alcanzado, se esté percibiendo o no la pensión. En el primer caso, lo que subyace es una fórmula para obligar a la población a permanecer en el mercado de trabajo, ante la ausencia de pensión, sin embargo el segundo está más presidido por la idea de la voluntariedad, es decir, por la búsqueda de medidas que fomenten el hecho de que la población de mayor edad quiera seguir trabajando. Pero, si bien ambas medidas se contemplan como viables para alcanzar el objetivo de incrementar la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, parece que las fórmulas basadas en la mera obligatoriedad de permanecer formando parte de la población activa están comenzando a ser cuestionadas, manteniendo su vigor la idea del envejecimiento activo desde la perspectiva del fomento del empleo.

Así, tomando como referencia la perspectiva del incremento de la edad de jubilación, desde la Unión Europea se ha insistido con frecuencia en el rechazo hacia las modalidades de jubilación anticipada<sup>29</sup> y la implantación de una edad obligatoria para la jubilación<sup>30</sup>. Pero, si bien en diversos documentos se vincula el envejecimiento activo al necesario incremento de la edad de jubilación para vincularla a la esperanza de vida<sup>31</sup>, en alguno reciente esta medida aparece con connotaciones más bien negativas. En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de septiembre de 2015, sobre el Informe sobre la puesta en práctica, los resultados y la evaluación general del Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional, insta a los Estados miembros a “que hagan todo lo posible para estabilizar las normas de jubilación, teniendo en cuenta las tasas de desempleo reales entre la población de más de 50 años antes de cambiar la edad obligatoria de jubilación; considera que vincular la edad de jubilación únicamente a la esperanza de vida supone no tener en cuenta la importancia de las tendencias del mercado laboral y, por lo tanto, no debería ser el único instrumento que se utilice para abordar el desafío que plantea el envejecimiento de la población”. Sin duda es sumamente interesante el contenido de esta recomendación, pues coloca al envejecimiento activo más en el plano del establecimiento de medidas que hagan posible el mantenimiento del empleo de la población de mayor edad.

<sup>29</sup> Por todos: Comunicación de la Comisión “Hacia una Europa para todas las edades”, de 21 de mayo de 1999 y de 17 de agosto de 2001; Comunicación de la Comisión “Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la Unión Europea”, de 29 de abril de 2009; Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”, de 16 de febrero de 2012.

<sup>30</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de noviembre de 2010, sobre los retos demográficos y la solidaridad entre las generaciones. En algún momento, incluso se ha recomendado la coordinación de los sistemas de jubilación en la Unión Europea para aproximar la edad de jubilación, vid. Resolución de 14 de marzo de 1994, sobre las medidas a favor de las personas de edad avanzada.

<sup>31</sup> Entre otros, Libro Verde “Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones”, de 16 de marzo de 2005, Resolución del Parlamento sobre los retos demográficos y la solidaridad entre las generaciones, de 23 de marzo de 2006, Resolución del Parlamento sobre oportunidades y retos del cambio demográfico en Europa, de 22 de febrero de 2007, Comunicación de la Comisión “Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la Unión Europea”, de 29 de abril de 2009, Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”, de 16 de febrero de 2012.

Por otra parte, la eficacia de la compatibilidad de la jubilación con el desarrollo de actividades profesionales sí que no parece estar, en ninguna medida, cuestionada. Muy reiteradamente se ha recomendado a los Estados miembros el establecimiento de fórmulas de jubilación parcial o de jubilación flexible<sup>32</sup>, incluso se ha adaptado el término “flexiseguridad” como sistema que permita la mejor transición entre los distintos ciclos de la vida<sup>33</sup>. Pero un aspecto interesante a tener en cuenta sobre estas políticas es, sin duda, la determinación de la clase de empleo que pueda ser más adecuada para adaptarse a las necesidades de la población de edad avanzada y si, en este sentido, desde la Unión Europea se realiza alguna recomendación. “A priori”, nos parece que el ámbito del empleo independiente o autónomo, por la flexibilidad y la ausencia de imposiciones en materia de jornada que lo caracteriza, puede ser uno de los que podría tener algún impulso normativo para acoger a este sector de la población. Ya sea porque previamente el trabajador era autónomo y se fomente su mantenimiento como tal, o porque se facilite su tránsito a esta forma de empleo al alcanzar la edad de jubilación. En este aspecto, no encontramos una política muy concreta, solo algunas referencias difusas a las ventajas y la necesidad de facilitar el acceso al empleo a tiempo parcial, flexible y autónomo<sup>34</sup>.

Y, por último, otro planteamiento que nos parece necesario destacar sobre esta materia es que desde la Unión Europea no se conecta el envejecimiento activo con el necesario adelgazamiento de los sistemas de pensiones. Como ejemplo demostrativo de esta política, la Resolución del Parlamento, de 17 de agosto de 2001, “Hacia una Europa para todas las edades para fomentar la prosperidad y la solidaridad entre las generaciones”, afirma que el envejecimiento activo no debe ser una excusa para disminuir, o no desarrollar, servicios de apoyo y pensiones adecuadas para las personas de edad<sup>35</sup>.

En segundo lugar, cada vez con mayor intensidad se está insistiendo desde la Unión Europea sobre el amplio conjunto de medidas relacionadas con la política de empleo que es necesario instaurar para que el envejecimiento activo pueda ser realmente factible, desde la perspectiva de la continuidad de la población mayor de 65 años en el mercado de trabajo. Entre ellas destacan la formación y el aprendizaje a lo largo de la vida, el incremento de las posibilidades de conciliación de los cuidadores no profesionales, la adaptación al puesto de trabajo y el establecimiento de condiciones de trabajo adecuadas, el establecimiento de políticas específicas de seguridad y salud

---

<sup>32</sup> Por todos, Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”, de 16 de febrero de 2012, Resolución del Parlamento sobre los retos demográficos y la solidaridad entre las generaciones, de 23 de marzo de 2006 y Libro Verde “Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones”, de 16 de marzo de 2005. En general, fomenta la prolongación de la vida activa el Consejo Europeo de Estocolmo, de 23 y 24 de marzo de 2001 (vid. conclusiones de la presidencia, apartado 9).

<sup>33</sup> Vid. Comunicación de la Comisión “El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad”, de 12 de octubre de 2006.

<sup>34</sup> Así, la Comunicación de la Comisión “Hacia una Europa para todas las edades”, de 21 de mayo de 1999, establece que la política de empleo debe facilitarles el acceso al empleo independiente, flexible y las PYME. La Declaración del Consejo sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional, de 7 de diciembre de 2012, estima que las capacidades deben ser aprovechadas con posterioridad a la jubilación, por ejemplo en la economía social.

<sup>35</sup> Apartado 20.

laboral, eliminar la discriminación por razón de edad en el empleo<sup>36</sup>, el establecimiento de servicios de empleo especializados, la necesidad de implantar sistemas de jornada flexible y a tiempo parcial para este colectivo o la implantación de la función de tutorización de los mayores sobre las generaciones más jóvenes en la empresa. Esta política se contempla de forma conexas e integrada con las diversas medidas propuestas que afectan a reforma de los sistemas de pensión de jubilación<sup>37</sup>.

#### 4. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL “ÉXITO” DE LA ADAPTACIÓN DEL TÉRMINO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En España la integración del concepto de “envejecimiento activo” nos parece que está teniendo un éxito escaso desde diferentes perspectivas, al contrario de lo que está sucediendo en el ámbito de la Unión Europea. Estas perspectivas que nos sirven de base para realizar tal afirmación son básicamente tres: escaso éxito en cuanto a la implantación del concepto en las normas jurídico-laborales; escaso éxito en cuanto a la reducida dimensión que se le otorga al mismo cuando esta implantación se produce; escaso éxito en relación a los datos en cifras sobre el número de trabajadores que se acoge a la jubilación activa que prevé la LGSS. Y no queremos decir con ello que no esté presente en nuestra política legislativa la necesaria prolongación de la vida activa de los trabajadores como factor para la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, pues no es nada novedoso afirmar que sí lo está y desde hace varios años (ya formaba parte del contenido inicial Pacto de Toledo, en el año 1995). Lo que afirmamos es que su tratamiento normativo no está conectado, hoy en día, con la divulgación y el alcance que este término está alcanzando en la Unión Europea, ni parece que se estén obteniendo grandes resultados en la prolongación de la vida activa de los trabajadores más allá de la edad legal de jubilación, a lo mejor por una falta de visión global de este concepto. Pero analicemos estos tres aspectos por separado.

##### 4.1. LA RESISTENCIA A LA IMPLANTACIÓN NORMATIVA DEL TÉRMINO

La escasa y tardía dimensión legislativa que este concepto tiene en el ordenamiento jurídico-laboral español se evidencia si tenemos en cuenta que su acogimiento normativo no tiene lugar hasta la promulgación del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS, el cual introduce en dicha norma el antes inexistente art. 214 titulado “Pensión de jubilación y envejecimiento activo”, sin que ninguna otra norma posterior se haya hecho eco del mismo.

Si hacemos un ligero repaso de las normas jurídicas que, de forma más significativa, se han preocupado por reformar el régimen jurídico de la pensión de jubilación para prolongar la vida laboral activa de los trabajadores, ninguna de ellas contempla este concepto ni tampoco tiene un enfoque integrado en el tratamiento normativo de la

<sup>36</sup> Sobre este tema, vid. Proyecto de Conclusiones del Consejo sobre la igualdad de oportunidades para los hombres y las mujeres mayores de 50 años; vida activa y envejecimiento digno, de 29 de mayo de 2009.

<sup>37</sup> Por todos, Comunicación de la Comisión “Hacia una Europa para todas las edades”, de 21 de mayo de 1999, Comunicación de la Comisión al Parlamento, de 29 de abril de 2009, “Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE, Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico” y Resolución del Parlamento, de 11 de noviembre de 2010, sobre los retos demográficos y la solidaridad entre las generaciones. En todos ellos se hace un enfoque global combinado entre medidas de protección social y las citadas.

cuestión, no ya sólo desde la perspectiva de la Seguridad Social, sino también en relación a la política de empleo en general, como ya se demanda desde la Unión Europea. Así, citamos como ejemplos:

- Partiendo del contenido del Pacto de Toledo, suscrito en el año 1995, en él no se contempla el concepto del envejecimiento activo, bien es cierto que en el ámbito de la Unión Europea surge más tarde y con él podríamos decir que se inicia toda una política que hasta hoy se mantiene para garantizar la viabilidad del Sistema de Seguridad Social. Su recomendación 10, referida a la edad de jubilación, hace referencia a que el acceso a la pensión de jubilación “no debe impedir una presencia social activa del pensionista”, lo cual ya parece avanzar la necesidad de una jubilación “activa”, incluso propone la prolongación de la vida laboral activa y la exoneración de cotización con suspensión proporcional de pensión. Su renovación en el año 2003, sin hacer tampoco referencia al término, incide aún más en esta política<sup>38</sup> y, en la misma línea y sin aludir al envejecimiento activo, el Informe de evaluación y reforma del pacto de Toledo<sup>39</sup>, exige mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral, afirmando que está “hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral”.
- La Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, no utiliza este concepto aun cuando su finalidad es la de que la pensión de jubilación no impida una presencia social activa de los ciudadanos (repercute en la autoestima del trabajador, la sociedad aprovecha sus conocimientos, efectos positivos sobre el sistema de pensiones)<sup>40</sup>. Aquí ya sí que se adoptan medidas específicas en este sentido, como es la jubilación flexible (actual 213.1), y otros para fomentar la no jubilación (exoneración cotización para mayores de 65 años e incremento del porcentaje de pensión).
- La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, no utiliza el concepto aun cuando en su art. 4 desarrolla las normas de acceso a la jubilación parcial posterior a los 65 años (actual 215.1 LGSS), si bien ésta tiene un restringido alcance al no afectar a las posibilidades de ejercicio de actividades por cuenta propia<sup>41</sup>.
- La Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014<sup>42</sup>, aun cuando tiene como objetivo el aumento de la edad de acceso a la jubilación, en conexión con la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social<sup>43</sup>, en ningún momento hacer referencia al

<sup>38</sup> Entre sus líneas de actuación: intensificar el apoyo a los trabajadores de mayor edad, limitando el recurso a las prejubilaciones y desincentivando el abandono prematuro de la vida laboral, y todo ello en aras a conseguir la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad legal de jubilación (6)/fomentar la prolongación de la actividad laboral de aquellos que opten por mantenerse en el mercado de trabajo una vez alcanzada la edad a la que pueden acceder a la pensión de jubilación (11).

<sup>39</sup> Colección Seguridad Social num. 35, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011, pág. 88.

<sup>40</sup> Exposición de Motivos.

<sup>41</sup> DEL REY GUANTER. S. y GALA DURÁN, C. *La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva*, Tirant Lo Blanch, 2004, pág. 156.

<sup>42</sup> Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2001 que la aprueba. Esta Estrategia es consecuencia del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, suscrito el 2 de febrero de 2011.

<sup>43</sup> BOE de 24 de noviembre de 2011, pág. 125320.

- envejecimiento activo. Bien es cierto que, inicialmente, parece que sus objetivos se centran en la población menor de 65 años<sup>44</sup>.
- La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, aconseja reformas, entre otros motivos, por el envejecimiento de la población e introduce cambios diversos en el régimen jurídico de la pensión de jubilación muy importantes, como el incremento paulatino de la edad de jubilación, la disminución de su cuantía o la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo autónomo con ingresos inferiores al SMI (art. 213.4 LGSS), pero sin referencia al envejecimiento activo.
  - El Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, basado en el contenido del Libro Blanco 2012 y cuenta con un objetivo ya más en la línea del multidimensional envejecimiento activo que se plantea desde la Unión Europea, pues entiende que debe ser un objetivo “favorecer la prolongación de la vida laboral, facilitando el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, desarrollando oportunidades de empleo para los trabajadores de más edad y fomentando el envejecimiento activo”. Sin embargo tampoco incorpora el término. Es más, el contenido del actual art. 214 LGSS se regula en él pero sin el título de “envejecimiento activo”.

#### 4.2. LA REDUCIDA DIMENSIÓN DEL ENFOQUE DEL ART. 214 LGSS

Sobre el contenido actual de la LGSS en relación al “envejecimiento activo”, apuntamos diversas reflexiones desde una perspectiva crítica en comparación a la dimensión del concepto en la Unión Europea y en relación al tratamiento que, entendemos, éste debe tener. Todo ello sin ánimo de ser exhaustivos, pues el tema es de una extrema complejidad y demanda estudios de mucho mayor calado, con el único objetivo de poner de manifiesto que, a nuestro juicio, este concepto necesita ser implantado y desarrollado por nuestro ordenamiento jurídico de una forma distinta, e inducir a una reflexión sobre ello.

En nuestro análisis partimos, como hemos apuntado anteriormente, de que el único precepto que menciona este término es el art. 214 LGSS. Sobre su contenido destaca, en primer lugar, que no tiene como objeto la regulación de todas las cuestiones conexas con la prolongación de la vida laboral más allá de la edad de jubilación en los términos que se vienen contemplando desde la Unión Europea (jubilación parcial, jubilación flexible, alargamiento de la edad de jubilación, reducción de la jubilación anticipada...etc), que se incluyen en la LGSS pero en diversos preceptos<sup>45</sup>, sino sólo uno de ellos: la regulación de la compatibilidad del percibo de la pensión de jubilación con el desarrollo de actividades profesionales por cuenta ajena o propia, a tiempo completo o parcial. Es más, es que ni siquiera todas las formas posibles de compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo están en este precepto<sup>46</sup>. Por lo

<sup>44</sup> Pues su diagnóstico de la situación de los trabajadores de más edad llega hasta los 64 años.

<sup>45</sup> Arts. 206 a 208 jubilaciones anticipadas, art. 211 el factor de sostenibilidad, art. 213.1 y 4 compatibilidad jubilación parcial y trabajo y compatibilidad trabajo autónomo y jubilación, art. 215 jubilación parcial.

<sup>46</sup> Hoy en día, hasta cinco formas previstas, incluyendo la regulada en este precepto (parcial, flexible, trabajo por cuenta propia marginal y actividad de los profesionales liberales). Sobre el particular, (...)

tanto, el envejecimiento activo queda reducido a esta dimensión, que entendemos es necesaria, pero que a la vista está no es la única que forma parte de una política que debe ser tratada de forma global. Por ello, nos preguntamos si no se está legislando un panorama caótico y descoordinado en una política tan trascendente como ésta<sup>47</sup>, que puede estar perjudicando su despegue definitivo. Y, dentro de éste, otro apunte para la reflexión en el marco de las tendencias comunitarias: el alargamiento de la edad a partir de la cual es posible acceder al percibo de la edad de jubilación, medida que ya hemos analizado no parece ser una prioridad en el marco de la política comunitaria, es una medida adoptada años antes de establecer la compatibilidad del art. 214 LGSS, concretamente por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, acompañada, además, de diversas medidas tendentes a reducir al cuantía de la pensión de jubilación. Desde esta perspectiva, el envejecimiento activo en España sí que está presidido por la idea de que a éste le acompaña una mayor “desprotección social” en el seno de la jubilación. Quizás por ello, nos preguntamos si la flexibilización en la compatibilidad entre el trabajo y la pensión no encubre el objetivo de que sean los ingresos profesionales los que permitan alcanzar un nivel de vida adecuado, más que la sostenibilidad del sistema de pensiones.

En segundo lugar, está totalmente ausente en nuestro ordenamiento jurídico la regulación del envejecimiento activo desde la perspectiva global que ahora es característica en el ámbito de la Unión Europea. Así, no existe ninguna norma que la aborde en un tratamiento conjunto con otras medidas que son las que van a posibilitar que, por ejemplo, el art. 214 LGSS, pueda tener algún impacto<sup>48</sup>. Un avance sobre una política de esta naturaleza lo podríamos encontrar en la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de más edad 2012-2014<sup>49</sup>, pero que no nos es útil para la implantación del concepto de “envejecimiento activo” por su falta de adaptación a los ciudadanos de edades posteriores a la legal para el acceso a la pensión de jubilación. Dicha estrategia, teniendo como uno de sus fundamentos la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social<sup>50</sup> y sin establecer conexión con el envejecimiento activo, contempla un cuadro de líneas de actuación relacionadas con la protección social (jubilación parcial, bonificaciones contractuales, cláusulas contractuales sobre edad de jubilación), y también con la formación a lo largo de la vida, sensibilización social, jornada de trabajo, prevención de riesgos laborales, movilidad funcional, orientación profesional y recualificación profesional.

En tercer lugar, y ya centrándonos en la propia regulación de lo que nuestro legislador entiende por “envejecimiento activo” en el art. 214 LGSS, a nuestro juicio hay cuestiones que necesitan ser objeto siquiera de una reflexión para que el precepto

---

BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. *El retraso en la edad de jubilación. Regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Atelier, 2015, págs. 303 y ss.

<sup>47</sup> Demanda una regulación sistemática, BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. *El retraso en la edad de jubilación. Regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, op.cit, pág. 322.

<sup>48</sup> LOY, G. “El empleo de los trabajadores maduros. Norma general”, en VV.AA.: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Lex Nova, 2004, pág. 93, ya advierte que no se puede prescindir de las políticas de empleo funcionales al alargamiento de la vida activa.

<sup>49</sup> En BOE de 24 de noviembre de 2001 se publica la Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011 que aprueba esta estrategia. Su contenido parte del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, que se suscribe el 2 de febrero de 2011 entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

<sup>50</sup> Apartado I.

pueda servir al objetivo que se supone debe cumplir, como así se está poniendo de manifiesto por la doctrina en diversas ocasiones. Como aspectos diferenciadores, que la hacen ser una figura más flexible y accesible, cabe destacar que se aplica tanto al empleo autónomo como asalariado, a tiempo completo o a tiempo parcial, sin que deba ser el resultado de un acuerdo con la empresa y sin que sea relevante el importe de los ingresos obtenidos. Sin embargo, otros aspectos relevantes de su régimen jurídico pueden inducir a que sea una opción poco utilizada y de la cual sea posible demandar una visión al legislador más flexible y ambiciosa<sup>51</sup>, incluso invirtiéndose la regla general de incompatibilidad<sup>52</sup>, entre ellas:

- La restricción a los que hayan alcanzado el porcentaje del 100 % en relación a la cuantía de la pensión de jubilación, que supone una importante limitación en cuanto al número de trabajadores que podrán tener acceso. Precisamente los trabajadores que no lo hayan alcanzado puedan ser los más interesados en tener una jubilación activa, si el trabajo realizado tiene efectos en un posible incremento del porcentaje.
- El hecho de ser compatible únicamente con el 50 % de la pensión. La cuantía de los ingresos obtenidos con la jubilación activa tienen que ser lo suficientemente lucrativos como para compensar el 50 % no percibido, porcentaje que podría incrementarse.
- No incrementa la cuantía de la pensión, como sí lo hace la jubilación flexible “ex” art. 8 Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre. Por ello, parece ser una modalidad más bien dirigida a trabajadores con pensiones de jubilación reducidas<sup>53</sup>, obligados a incrementar su cuantía.

Por otra parte, al amparo de este término no aparece ningún redireccionamiento hacia el empleo autónomo, cuestión que también nos parece debe ser objeto de reflexión en el sentido de determinar si debería tener una presencia importante en estas políticas, por las facilidades que puede conllevar en cuanto al mantenimiento de la vida profesional de los trabajadores de edad avanzada. En este sentido, la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de más edad 2012-2014 hizo expresa alusión a la importancia que el trabajo autónomo puede tener, incluso reflejó posibles medidas a adoptar para favorecer su implantación. Concretamente, en primer lugar su apartado 1.3 determina que la opción del trabajo por cuenta propia en los últimos años de la vida laboral es una opción que tiene que trabajarse, para lo cual debe entenderse que deben llevarse a cabo procesos de reconversión para apoyar el mantenimiento de los negocios, así como campañas de información, asesoramiento y formación que animen a sus titulares a realizar procesos de adaptación. Así mismo, establece que deben desarrollarse medidas de apoyo financiero y de reducciones de costes. En segundo lugar, su epígrafe 3.4 se centra concretamente en el necesario fomento del empleo autónomo a través de las empresas de economía social, para lo cual plantea la adopción de diversas medidas. La regulación de la posible compatibilidad entre el trabajo autónomo con ingresos inferiores al SMI y la pensión de jubilación del

<sup>51</sup> SELMA PENALVA, A: “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2, 2013, pág. 11.

<sup>52</sup> GALA DURÁN, C. “Las medidas de fomento del envejecimiento activo y su posible impacto sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones”, *Trabajo y Derecho*, núm. 2, 2015, pág. 1.

<sup>53</sup> Vid. LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014, pág. 16.

art. 213.4 LGSS sólo puede tener su incidencia como factor de sostenibilidad de las pensiones si se contempla como una fuente de ingresos complementaria a la cuantía de la pensión, que puede incentivar el mantenimiento del autoempleo, pero penalizado por el hecho de que no implica el ingreso extra de ninguna cotización<sup>54</sup>.

Como reflexión final, al sumar el progresivo empeoramiento en las condiciones de acceso a la pensión y la regulación analizada, no podemos dejar de cuestionarnos, como así lo están haciendo otros autores, si la idea de envejecimiento activo que se quiere implantar en nuestro ordenamiento jurídico no está más presidida por el hecho de dar opción a incrementar la cuantía de bajas pensiones<sup>55</sup>, que por el objetivo de favorecer la sostenibilidad del sistema adecuando las posibilidades de trabajo de la población de edad avanzada a la esperanza de vida real, con garantía de su suficiencia económica.

#### 4.3. LA JUBILACIÓN ACTIVA ESPAÑOLA EN CIFRAS

Si abarcamos dentro del término “jubilación activa” tanto a la jubilación prevista en el art. 214 LGSS, como la jubilación flexible del art. 213.1 LGSS y la jubilación parcial del art. 215 LGSS, los datos estadísticos que aporta el INSS son reveladores de que lo que entendemos por “envejecimiento activo” en la jubilación no tiene excesivo impacto en el sistema de pensiones. Basta con contrastar los siguientes datos<sup>56</sup>, a fecha del mes de marzo del año 2017:

- a) El número total de pensiones abonadas es de 4.906.359.
- b) El número de jubilaciones activas (art. 214 LGSS) es de 33.823. Es decir, en términos porcentuales, en función del número total de pensiones abonadas el 0.69 % de las mismas corresponden a esta modalidad. En comparación con lo sucedido en años anteriores, el Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo, periodo 2011-2015, también ofrece datos numéricos sobre el número de jubilaciones activas solicitadas que revelan la existencia de un cierto incremento por año, lógico también teniendo en cuenta lo reciente de la normativa reguladora. Así, en el año 2014, de un total de 3.871.399 pensiones abonadas, las jubilaciones del art. 214 LGSS ascendieron a 18.066 (es decir, un 0.46 %), siendo 15.115 abonadas a trabajadores autónomos (es decir, del total, el 83,6 %). En el año 2015, de un total de 3.943.335 pensiones abonadas, las jubilaciones del art. 214 LGSS ascendieron a 25.086 (es decir, un 0.63 %), siendo 21.177 abonadas a trabajadores autónomos (es decir, del total, el 84.4 %).
- c) El número total de jubilaciones flexibles es de 3.710. Es decir, en términos porcentuales en función del número total de pensiones abonadas, el 0.07 %.
- d) El número total de jubilaciones parciales es de 90.186, de las cuales 99 lo son con edad igual o superior a la jubilación ordinaria.

<sup>54</sup> En este sentido, SELMA PENALVA, A: “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, op.cit., pág. 2, y es que no exige mantener la obligación de cotizar ni supone ningún cambio en la cuantía de la pensión. Vid. crítica del gasto que puede suponer para el sistema GALA DURÁN, C. “Las medidas de fomento del envejecimiento activo y su posible impacto sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones”, op.cit., pág. 12.

<sup>55</sup> Por todos, GALA DURÁN, C. “Las medidas de fomento del envejecimiento activo y su posible impacto sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones”, op.cit., pág. 14.

<sup>56</sup> Datos aportados por la jefatura del Servicio de Coordinación Internet y Publicaciones del INSS, a petición particular a través del servicio buzón. secretaria. inss@seg-social.es.

Como complemento a esta información, otro factor que puede ser indicativo del mantenimiento de la actividad profesional por los trabajadores en edad de acceso a la pensión de jubilación es el volumen de población activa en el colectivo de trabajadores mayores de 65 años. Si atendemos a los datos que ofrece la Encuesta de Población Activa<sup>57</sup>, en el año 2015 la población activa entre 60 y 64 años es de 1.067.100, descendiendo a 121.400 entre 65 y 69 años (con un ligero incremento respecto al año 2014, que era de 108.400). Es decir, en la franja de población de edad entre 65 y 69 años, el porcentaje de población activa se reduce en un 88.7 %.

Si observamos, no ya la jubilación activa sino la evolución de las altas iniciales en la pensión de jubilación, en función de los datos extraídos de las estadísticas publicadas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social para el año 2017<sup>58</sup>, el acumulado arroja resultados que también apuntan hacia una escasa incidencia del retraso en la edad de jubilación, siendo más frecuente en los trabajadores autónomos. Así, con 65 años se jubilan 13.728; con 66 años, 967 (de las cuales, 421 son en el RETA); con 67 años, 591 (de las cuales, 231 en el RETA); con 68 años, 362 (de las cuales, 158 en el RETA); con 69 años, 215 (de las cuales, 99 en el RETA); con 70 años, 196 (de las cuales, 95 en el RETA); con más de 70 años, 466 (de las cuales, 276 en el RETA). En el año 2016, se pasa de 147.922 a los 65 años, a 4.894 con 67 años y en progresión descendiente en años posteriores.

En términos generales, podemos extraer dos conclusiones importantes para la reflexión:

- En primer lugar, que la incidencia de la jubilación activa es todavía muy escasa, aun cuando parece que va en progresión ascendente entre el año 2014 y el año 2017.
- En segundo lugar, que en los años 2014 y 2015 la jubilación activa parece ser una opción prácticamente orientada hacia los trabajadores por cuenta propia, siendo su incidencia en el empleo asalariado extremadamente minoritaria. Es más, si acudimos a los datos de afiliación por Regímenes, de 65 o más años hay, en el año 2015, 142.500 trabajadores en el Régimen General y 83.500 en el Régimen de Autónomos<sup>59</sup>, por lo que puede presumirse que la caída en la afiliación en el Régimen General es proporcionalmente mucho mayor, teniendo en cuenta que su número de afiliados era mucho mayor. Y podemos considerar, también, los datos sobre la edad media en la cual se accede a la pensión de jubilación en los distintos regímenes de Seguridad Social. Según el Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo, periodo 2011-2015, en el año 2015 en el RETA está en los 66.07 años y en el RGSS en 64.21 años. Es evidente que los autónomos, en general, acceden más tarde a la jubilación y que mantienen a edades más avanzadas su actividad profesional.

Ahora bien, otro aspecto que puede incidir en esta última cuestión es la cuantía de la pensión media de jubilación, según el régimen de Seguridad Social de acceso. En este sentido, si la cuantía media, a enero de 2017, es de 1.499.76 € en el Régimen General, en el RETA es de 839.76 €<sup>60</sup>. Este factor, sin duda, puede ser bastante decisivo a la hora

<sup>57</sup> Publicada por [www.empleo.gob.es](http://www.empleo.gob.es), datos del Ministerio de Empleo y seguridad Social.

<sup>58</sup> [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es).

<sup>59</sup> [www.empleo.gob.es](http://www.empleo.gob.es).

<sup>60</sup> [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es).

de optar por un envejecimiento profesionalmente activo, más allá de las propias facilidades y ventajas que el empleo autónomo puede ofrecer a los trabajadores de edad avanzada.

A la vista de los resultados, parece que la política legislativa en materia de jubilación activa no está obteniendo unos resultados que puedan vaticinar un impacto sustancialmente relevante en el sostenimiento del sistema de pensiones español. Y en ello pueden estar teniendo incidencia diversos factores que deben ser objeto de reflexión y, quizás, de nuevos planteamientos normativos y políticos. Y, en cualquier caso, hay que prestar atención al dato de que sean los trabajadores autónomos aquellos que mayoritariamente alargan su actividad profesional, delimitando si es una situación de necesidad (es decir, provocada por la escasa cuantía de sus pensiones) o de oportunidad para poder prolongar la vida activa, en cuanto estas actividades pueden ser más flexibles en su ejecución para trabajadores de edad avanzada.

## 5. CONCLUSIONES

En el ámbito de la Unión Europea se está apostando, de forma evidente, por el impulso en la implantación del denominado “envejecimiento activo” para los trabajadores que ya han alcanzado la edad de jubilación, entre otras razones por el impacto positivo que ello puede tener en la sostenibilidad de los sistemas de pensiones y bajo la premisa de que estos sistemas deben necesariamente modernizarse. Este término ha ido alcanzando, de forma progresiva, un contenido más amplio y no exclusivamente relacionado con la necesidad de alargar la edad de acceso a la pensión de jubilación. Manteniéndose su vinculación con el conveniente mantenimiento de este colectivo dentro de la población profesionalmente activa, este objetivo no se pone exclusivamente en relación con la política de pensiones, sino que la perspectiva desde la que se quiere impulsar es mucho más amplia e incluye medidas diversas para promover que estos trabajadores quieran y puedan mantener un empleo, entre ellas la mejora de sus condiciones de trabajo y el acceso al empleo, la adaptación de la jornada, la implantación de la función de tutorización de mayores sobre jóvenes, la lucha contra la discriminación en el empleo y la promoción del aprendizaje permanente. Pero, es más, el enfoque sobre este término es cada vez más multidimensional y se expande hacia otras materias distintas al empleo como la mejora de las políticas de salud o la necesaria participación de este colectivo en asuntos culturales, políticos y cívicos.

Dentro del contexto del “envejecimiento activo” desde la Unión Europea no se cuestiona la posible eficacia de las políticas que impulsan la compatibilidad del percibo de la pensión de jubilación con el desarrollo de actividades profesionales. Es más, con insistencia se demanda el desarrollo de fórmulas de jubilación flexible e, incluso, el término “flexiseguridad” ya se utiliza como elemento necesario para transitar entre el ciclo de la vida activa a la de retiro definitivo. Ahora bien, las políticas concretas que se vayan a utilizar para realizar este impulso parece que dependen de cada Estado miembro, existiendo difusas referencias a las facilidades que para ello puede proporcionar el trabajo a tiempo parcial y autónomo.

En los términos expuestos, este término no tiene adaptación en nuestro ordenamiento jurídico aun cuando ya se hace uso de él en materia de protección social en el art. 214 LGSS. Así, sería necesaria la regulación de una política destinada a fomento del envejecimiento activo desde la perspectiva del mantenimiento del empleo pero contemplando todos los aspectos jurídico-laborales que influyen en el mismo

(seguridad y salud, jornada de trabajo, sistemas de acceso al empleo...), tal y como se hace en la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de más edad 2012-2014, pero aplicado al colectivo de pensionistas de jubilación. La introducción del concepto del “envejecimiento activo”, de forma tan aislada respecto de la política general de empleo, además de ser ineficaz por no tener un sustrato profesional que la acompañe, corre el riesgo de convertirlo en un concepto con connotaciones negativas y reducido a la población que no tenga otra opción que acogerse a él al carecer de unos ingresos suficientes para afrontar la vejez. Por otra parte, el contenido del art. 214 LGSS, el único que hace referencia al “envejecimiento activo”, nos parece tiene un contenido excesivamente limitado (sólo se refiere a una posibilidad de compatibilizar empleo y pensión de jubilación) y entendemos crea un panorama caótico y descoordinado, pues sería necesario que todas las medidas previstas para facilitar esta compatibilidad estuviesen reguladas de forma unitaria.

Por otra parte, el propio contenido del art. 214 LGSS nos parece debe ser objeto de un necesario replanteamiento para que pueda servir al que es su principal objetivo, cual es el impulso del envejecimiento activo desde la óptica del mantenimiento del empleo junto con el percibo de la pensión de jubilación. Por lo pronto, la restricción a los que hayan alcanzado el 100 % de la pensión, la limitación a la compatibilidad con el 50 % de la pensión y la falta de influencia del trabajo en la cuantía de la pensión, no son aspectos que entendemos vayan a influir en un impulso del envejecimiento activo. Es más, si atendemos a los datos estadísticos sobre el nivel de implantación de la denominada “jubilación activa” los resultados ponen de manifiesto su incidencia todavía escasa y la reticencia existente en la población al alargamiento de la vida profesional. El sentido de la regulación actual nos induce a seguir cuestionándonos si el envejecimiento activo que se quiere implantar en nuestro ordenamiento jurídico es un instrumento para incrementar la cuantía de bajas pensiones y no de adecuación de las posibilidades de trabajo de la población de edad avanzada a la esperanza de vida real.

En relación a esta cuestión, además, también habría que reflexionar sobre el papel que puede tener el desarrollo de actividades por cuenta propia de forma compatible con la pensión, más allá de la exigua permisión de actividades con ingresos inferiores al 75 % SMI. Atendiendo a los datos estadísticos, el envejecimiento activo desde la perspectiva del empleo parece estar produciéndose de forma bastante mayoritaria en relación a ellos. Pero también puede estar influyendo en esta situación la menor cuantía media que en estos trabajadores tienen las pensiones de jubilación.

# XX. EL IMPULSO EUROPEO DE LOS PLANES DE PENSIONES: ¿HACIA LA SOSTENIBILIDAD O LA REGRESIÓN DE LOS SISTEMAS PÚBLICOS?

NORA M. MARTÍNEZ YÁÑEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Vigo*

## 1. EL RELANZAMIENTO DE LOS PLANES DE AHORRO COMPLEMENTARIOS EN EL LIBRO BLANCO DE LAS PENSIONES

La publicación por la Comisión del Libro Blanco sobre las Pensiones en 2012 constituyó un hito en la política de pensiones de la Unión Europea<sup>1</sup>. Aunque el documento apenas introduce elementos novedosos en el discurso que las instituciones europeas venían manteniendo desde hacía dos décadas, lo cierto es que hasta ese momento no se había definido de manera tan sistemática y clara la postura de la Unión Europea en esta materia, ni se habían enunciado de forma tan ordenada las actuaciones recomendadas a los Estados miembros.

La mayor parte de los análisis del Libro Blanco se centran en sus aspectos más llamativos e inmediatos, desencadenantes de numerosas reformas en los Estados miembros, como el incremento de la edad de jubilación, la restricción en el acceso a la jubilación anticipada, o la introducción de factores relacionados con la esperanza de vida en el cálculo de la cuantía de las pensiones, entre otros. En cambio, ha recibido mucha menos atención otra directriz que recoge una ambiciosa y conocida aspiración de la Comisión, consistente en el impulso de los planes de ahorro privados complementarios de jubilación<sup>2</sup>. Pese a todo, a poco que se observen las referencias del Libro Blanco a este objetivo, se hace evidente su centralidad en el macro-proyecto de remodelación de los sistemas de pensiones.

En efecto, la expansión de los planes de ahorro complementarios es una de las claves sobre la que se asienta el objetivo europeo de adecuación a largo plazo de las pensiones. Ante la creciente presión demográfica sobre los sistemas de pensiones, la estrategia propuesta por la Unión Europea no se basa en la ampliación y mejora de las fuentes de financiación, sino en la creación de empleo para mantener e incrementar los ingresos de los sistemas de Seguridad Social, combinada con la limitación del gasto público en pensiones dentro de los márgenes del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Pero ambas vías presentan claroscuros. Así, tanto la proliferación del empleo precario al amparo de la crisis económica como la contención salarial han puesto de manifiesto las debilidades del modelo de financiación basado en cotizaciones, pues las altas en el sistema ya no implican necesariamente un incremento significativo de los ingresos. Y, por otro lado, la limitación del gasto público en pensiones inevitablemente ha de conducir a una

---

<sup>1</sup> Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”, Bruselas, 16.2.2012, COM(2012) 55 final.

<sup>2</sup> Sobre el origen de la política europea sobre previsión social voluntaria privada, véase FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., *Los planes de pensiones del Sistema del Empleo*, Pamplona, Aranzadi, 2007, págs. 168-177.

reducción de la tasa de reposición, aunque otro tipo de ajustes, como los que se dirigen a la prolongación de la vida activa, puedan atenuar este efecto. Según el Libro Blanco, en un escenario semejante los planes de ahorro complementarios de jubilación “pueden contribuir a garantizar unas tasas de reemplazo adecuadas” y “deben desempeñar un papel más importante a la hora de garantizar la futura adecuación de las pensiones”<sup>3</sup>.

Al menos tres motivos pueden explicar el escaso relieve doctrinal y político de esta orientación del Libro Blanco en comparación con otras. En primer lugar, las recomendaciones que se dirigen a los Estados para alcanzar este objetivo son escasas y extremadamente genéricas. En efecto, el Libro Blanco se limita a subrayar la necesidad de mejorar la rentabilidad y la seguridad de los planes de pensiones –a sabiendas de que la crisis económica mostró su vulnerabilidad en condiciones económicas y financieras adversas–, y a apuntar a la fiscalidad como herramienta idónea para fomentar la conclusión de estos instrumentos de ahorro.

La dificultad para dar indicaciones más concretas proviene en buena parte del reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros. Y es que en la mayoría de los Estados la capacidad para establecer y regular planes de pensiones vinculados al empleo reside en la negociación colectiva, ámbito en el que las orientaciones de la Unión Europea no tienen la misma autoridad que despliegan frente a los poderes públicos. Pero además, los Estados mantienen su soberanía fiscal, de modo que, en principio, la Unión Europea tampoco puede adentrarse en la tributación de los planes de pensiones, salvo que resulten afectadas las libertades fundamentales o el buen funcionamiento del mercado interior.

En segundo lugar, el Semestre Europeo, a través del cual se han ejecutado políticamente las orientaciones del Libro Blanco, apenas ha incidido en el impulso del segundo pilar. Es cierto que los documentos generales, como los Estudios Prospectivos Anuales sobre el Crecimiento, mencionan, en concordancia con el Libro Blanco, la necesidad de desarrollar sistemas complementarios de pensiones<sup>4</sup>. Pero los documentos específicos dirigidos a cada Estado se han centrado en la necesidad de adoptar otras reformas –por lo general las que inciden en la contención del gasto en pensiones–, dejando prácticamente de lado el desarrollo de instrumentos complementarios de protección social de la vejez, vinculados, como ya se ha visto, con la adecuación de las pensiones<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”, cit., apartados 2.2 y 3.2, respectivamente. El Pilar Europeo de Derechos Sociales reafirma esta postura, pues si bien su principio décimo quinto se refiere al derecho a recibir una pensión de jubilación adecuada que garantice una vida digna, los documentos explicativos aclaran que, dada la creciente importancia de los regímenes de pensión complementarios de capitalización, el principio debe entenderse referido a cualquier tipo de sistema de pensiones y, en su caso, a los tres pilares de forma conjunta (Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones, *Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales*, Bruselas, 26.4.2017, SWD(2017) 201 final, pág. 63).

<sup>4</sup> Sin ir más lejos, esta referencia se encuentra en la reciente Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones, *Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2017*, Bruselas, 16.11.2016, COM(2016) 725 final, apartado 2.2.

<sup>5</sup> Baste decir que, de las dieciséis recomendaciones específicas por país que se refieren a las pensiones en el ciclo de 2016, únicamente dos, dirigidas a Francia y a Países Bajos, versaban sobre la (...)

Por último, puede que la escasa atención que ha recibido esta orientación provenga de su aparente menor capacidad de impacto sobre los sistemas de pensiones de los Estados miembros, de nuevo en comparación con el resto de las directrices del Libro Blanco. Pero a este respecto, hay que tener en cuenta que la estructura de los sistemas de pensiones de los Estados miembros es muy diversa, de modo que mientras algunos cuentan con regímenes profesionales muy desarrollados que configuran un segundo pilar de protección social de la vejez con una amplia tradición, otros se asientan casi exclusivamente sobre un primer pilar público de reparto, quedando reducido a un plano anecdótico el papel desarrollado por los otros dos pilares<sup>6</sup>. Cabe augurar que el impacto de esta orientación será muy alto en estos últimos, pues a medio o largo plazo les obligará a dirigirse hacia otro modelo de protección de la vejez<sup>7</sup>.

Y es que la política de pensiones que está impulsando la Unión Europea se articula en dos fases lógica y cronológicamente consecutivas: una primera, dominada por los objetivos de contención de gasto público, en la que se produce una fuerte erosión de la capacidad protectora del primer pilar público de reparto; y una segunda fase, precipitada por la disminución de la tasa de reposición y el riesgo para la adecuación de las pensiones, que consiste en el desarrollo de pilares complementarios de capitalización. Cabe esperar que esta segunda fase se desencadene de forma automática como resultado de la culminación de la primera, pues en definitiva hay una estrecha interdependencia entre el nivel de protección dispensado por el primer pilar y el campo de actuación del segundo y tercer pilar. Esto explica por qué las instituciones europeas han decidido centrarse en la contención del gasto público en pensiones, empujando así la primera ficha de un dominó que obligará a los Estados miembros a encaminar sus sistemas de Seguridad Social hacia un modelo multipilar con un marcado protagonismo de la protección social complementaria<sup>8</sup>. De hecho, son varios los Estados que han comenzado ya ese tránsito<sup>9</sup>.

Ahora bien, de todo lo anterior no cabe inferir que la Unión Europea no esté desarrollando actuaciones para favorecer la expansión de los sistemas complementarios de jubilación. Lo que sucede es que éstas no se enmarcan en la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, sino en la esfera más neutra de la

---

necesidad de establecer o mejorar los sistemas de protección complementaria. Antes de 2016 el Consejo solo se ha referido a los regímenes de pensiones complementarios para orientar a aquellos Estados que estaban implementando reformas para implantar un segundo y/o tercer pilar, como por ejemplo, Malta, República Eslovaca o Lituania. Véanse todas las Recomendaciones del Consejo de 12 de julio de 2016 sobre los Programas Nacionales de Reformas de los Estados miembros en [http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/country-specific-recommendations/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/country-specific-recommendations/index_es.htm).

<sup>6</sup> Véase CAMÓS VICTORIA, I., GARCÍA DE CORTÁZAR, C., SUÁREZ CORUJO, B., *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa. Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España*, Murcia, Laborum, 2017.

<sup>7</sup> A este respecto, SCHLUDI, M., “Between conflict and consensus. The reform of Bismarckian pension regimes”, *Pension Reform in Europe. Politics, policies and outcomes*, Arza, C. y Kohli, M. (eds.), London – New York, Routledge, 2008, págs. 47-69.

<sup>8</sup> En el caso español, constatan este riesgo MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, Madrid, Tecnos, 2014, págs. 76, 144-161.

<sup>9</sup> Así ha sucedido en Suecia, Grecia, Italia y parcialmente en Alemania y Austria, según CARONE, G., ECKEFELDT, P., GIAMBONI, L., LAINE, V. and PAMIES, S., “Pension Reforms in the EU since the Early 2000’s: Achievements and Challenges Ahead”, *European Economy Discussion Papers*, december 2016, págs. 14-17. Y también en Reino Unido, Dinamarca y Finlandia, a tenor de lo expuesto en CAMÓS VICTORIA, I., GARCÍA DE CORTÁZAR, C., SUÁREZ CORUJO, B., *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa*, cit., págs. 35, 58, 59, 93, 94.

legislación europea, y en estrecha conexión con las estrategias adoptadas para impulsar un mercado de capitales único europeo. También en este contexto se siguen las claves ofrecidas por el Libro Blanco, que recoge y renueva un proyecto lanzado por la Comisión más de diez años antes para implantar un mercado único de pensiones complementarias en la Unión Europea.

En efecto, el propósito de instaurar una Unión Económica y Monetaria abrió la posibilidad de dar un paso más allá en la libre circulación de capitales mediante la implantación de un mercado de capitales único liberado de los riesgos del cambio y, por consiguiente, de los requisitos de congruencia monetaria. A juicio de la Comisión Europea, los fondos de pensiones son piedra angular para el desarrollo de ese mercado, ya que podrían contribuir en buena medida a dotarlo de activos y dinamizarlo, estimulando así a escala europea la productividad, el crecimiento y el empleo. Y es que, desde el punto de vista del mercado de capitales, los regímenes complementarios basados en la capitalización ofrecen mayores oportunidades de inversión que los sistemas públicos de reparto, no solo porque en éstos las cotizaciones inmediatamente se transforman en derechos económicos de pensión, sino también porque la inversión vinculada a la capitalización del ahorro en pensiones, de carácter estable y proyectada a largo plazo, resulta muy idónea para la financiación de las economías<sup>10</sup>.

Por todo ello, a finales de los años noventa se produjeron varias actuaciones destinadas a difundir los beneficios de los regímenes complementarios como instrumentos financieros en el mercado de capitales y a garantizar su correcta inserción en el mismo. El punto de partida fue la consulta en torno al Libro Verde sobre los Sistemas Complementarios de Pensiones en el Mercado Único, lanzada por la Comisión en 1997, que concluyó dos años más tarde con la Comunicación “Hacia un mercado único de sistemas complementarios de pensiones”<sup>11</sup>, en la que ya se expresaba la necesidad de dotar a los sistemas complementarios –en especial a los de carácter profesional–, de un marco jurídico comunitario. Los aspectos clave en torno a los que debía articularse dicho marco eran la regulación cautelar de los fondos de pensiones, la eliminación de los obstáculos a la movilidad laboral y la coordinación de los regímenes fiscales de los Estados miembros.

Pues bien, retomando ese proyecto de la Comisión, que ya dio frutos importantes desde su lanzamiento, el Libro Blanco vuelve a insistir en la subsistencia de ciertas trabas a nivel europeo para el desarrollo de los regímenes complementarios de pensión, concretamente en dos ámbitos: el de la gestión e inversión de los fondos de pensiones en los mercados financieros, y el de la libre circulación de los trabajadores afiliados a dichos regímenes.

Desde la publicación del Libro Blanco, la Unión Europea ha adoptado sendas Directivas en estos dos ámbitos para allanar el camino hacia la extensión de los sistemas de pensiones multipilar. Se trata de la Directiva 2016/2341/UE, de 14 de diciembre de 2016, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo, que deroga a la anterior Directiva 2003/41/CE, y la Directiva 2014/50/UE, de 16 de abril,

<sup>10</sup> Véase una crítica a las supuestas bondades de los fondos de pensiones en los mercados financieros en MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., “Los planes y fondos de pensiones en el contexto de la reforma de los sistemas de protección social: ¿continuidad o renovación?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 31, 2012, págs. 32, 33.

<sup>11</sup> Bruselas, 11.05.1999, COM(1999) 134 final.

relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión.

Si hay un aspecto común a ambas normas es que optan por una armonización de mínimos, pues se pretende respetar la diversidad de los sistemas de protección social de los Estados miembros. Además, de conformidad con el principio de subsidiariedad, las citadas Directivas declaran que corresponde a los Estados miembros organizar sus sistemas de pensiones, determinar el papel reservado a cada uno de los tres pilares, así como las funciones de las diversas instituciones que colaboran en la protección social de la jubilación. Por esa razón no incluyen medidas para obligar a desarrollar pilares complementarios, o para conducir su desarrollo en un sentido concreto.

Ahora bien, hasta qué punto el decidido impulso europeo de un mercado interior de regímenes de jubilación profesional puede propiciar modificaciones en la estructura de los sistemas nacionales de pensiones es una cuestión sumamente interesante que el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de examinar al resolver un recurso de incumplimiento contra la República Checa por falta de trasposición de la Directiva 2003/41/CE<sup>12</sup>. La razón alegada por ese Estado para justificar su actuación era precisamente que su sistema de pensiones consta tan solo del primer y el tercer pilar, no existiendo el segundo pilar, que está expresamente prohibido. En tales condiciones, la República Checa entendía que la trasposición de la Directiva 2003/41/CE le obligaba a crear un segundo pilar en su sistema de pensiones de jubilación, modificando la organización del mismo e interfiriendo en sus competencias nacionales. El Tribunal de Justicia desmintió esta conclusión y afirmó la obligación de trasponer la Directiva, argumentando que, si en un futuro se decidiese completar el sistema de pensiones de jubilación con un segundo pilar, todos los sujetos jurídicos deberían conocer sus derechos y obligaciones conforme a la legislación europea.

A pesar de todo, el Tribunal de Justicia se pregunta en la sentencia si una prohibición como la del Derecho checo, relativa al establecimiento en su territorio de fondos de pensiones de empleo nacionales o de otro Estado miembro, es contraria a la libre circulación, y en particular a las disposiciones reguladoras de la libertad de establecimiento. El Tribunal, que no pudo pronunciarse sobre este particular, al no haber sido mencionado en el recurso interpuesto, deja planteado así el interrogante de si la República Checa podría verse obligada a introducir en su sistema de pensiones un segundo pilar, a fin de no vulnerar la libre circulación.

Pero al margen de estas consideraciones, el fin teórico de las acciones europeas desarrolladas hasta este momento consiste en el estímulo y, sobre todo, la eliminación de obstáculos para la extensión y el crecimiento de regímenes complementarios profesionales, sin interferir en las competencias de los Estados en cuanto al diseño de sus sistemas de pensiones. Ahora bien, para que esta estrategia tenga éxito, no basta con la trasposición de las Directivas, sino que es preciso que los Estados desplieguen maniobras activas de fomento de los sistemas de previsión complementaria, lo cual no siempre se ha hecho. Todo ello ha generado una impresión de cierto fracaso de la penetración en el ámbito nacional de la estrategia de la Unión Europea respecto de los

<sup>12</sup> STJUE de 14 enero 2010, asunto C-343/08, Comisión c. República Checa.

sistemas de previsión social complementaria<sup>13</sup>. Sin embargo, en el caso de España la situación podría cambiar cuando se aprecie de manera más drástica la contracción de la tasa de reposición como resultado de la aplicación del factor de sostenibilidad.

## 2. PREPARANDO UN MERCADO ÚNICO DE PENSIONES COMPLEMENTARIAS EN LA UNIÓN EUROPEA

### 2.1. LA REGULACIÓN CAUTELAR DE LOS FONDOS DE PENSIONES DEL SISTEMA DEL EMPLEO

El hecho de que el interés por regular los regímenes de pensiones complementarios a escala europea provenga principalmente del proyecto de crear un mercado de capitales único, determina la preeminencia del enfoque financiero sobre la faceta social de estas instituciones.

Así, no es casual que mientras la Comisión ponía en marcha su estrategia para constituir un mercado interior de la previsión ocupacional para la jubilación, el Tribunal de Justicia aclarase que los fondos de pensiones profesionales de capitalización ejercen una actividad económica y deben ser considerados como empresas a efectos del Derecho europeo, sin que suponga un obstáculo a esta conclusión su finalidad social, el hecho de que sean entidades sin ánimo de lucro, de que la afiliación pueda ser obligatoria, o de que las cuotas puedan tener carácter público<sup>14</sup>. A partir de ahí, resoluciones posteriores han determinado que la actividad de los fondos de pensiones del empleo se enmarca en la libre circulación de capitales y goza de la protección dispensada a esta libertad fundamental<sup>15</sup>. De hecho, la intervención de la Unión Europea en los regímenes complementarios de pensiones ha estado vinculada muy estrechamente con la libre prestación de servicios y la libre circulación de capitales y de trabajadores.

Precisamente estas libertades constituyeron la base legal de la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo, que fue la primera medida legislativa adoptada para desarrollar los presupuestos sentados por la Comisión para la implantación de un mercado interior de servicios financieros nutrido por fondos de pensiones profesionales<sup>16</sup>.

Los objetivos que perseguía esta norma, hoy derogada, se alineaban en torno a dos ejes. Por un lado, se trataba de reforzar la seguridad de los fondos de pensiones del empleo y de las prestaciones asociadas a ellos, mediante el establecimiento de una serie de normas prudenciales mínimas, provisiones técnicas, normas de inversión y obligaciones de información a gestores, partícipes y autoridades competentes. Y, por

<sup>13</sup> CAMÓS VICTORIA, I., GARCÍA DE CORTÁZAR, C., SUÁREZ CORUJO, B., *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa*, cit., pág. 194 y GALA DURÁN, C., BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. y GARCÍA CALVENTE, Y., “El impacto de las últimas reformas en materia de jubilación: envejecimiento activo, sostenibilidad financiera y planes de pensiones (perspectivas laboral y fiscal)”, *Cuadernos de la Fundación MAPFRE*, C/216, 2016, pág. 30.

<sup>14</sup> STJCE de 21 de septiembre de 1999, asunto C-67/96, Albany, apartados 81 a 87. Véase en sentido crítico, SUÁREZ CORUJO, B., *Los planes de pensiones del sistema del empleo. Principios ordenadores*, Valladolid, Lex Nova, 2003, págs. 270-274.

<sup>15</sup> STJUE de 21 diciembre 2011, asunto C-271/09, Comisión c. Polonia, apartado 40.

<sup>16</sup> GARCÍA VIÑA, J., “Los fondos de pensiones. Comentario a la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y a la supervisión de los fondos de pensiones de empleo”, *RMTASS*, n° 52, 2004, págs. 97-118.

otro lado, interesaba impulsar la actividad y transferencia transfronteriza de estos fondos de pensiones, garantizando su libertad de prestación de servicios y de inversión en todo el territorio de la Unión en condiciones de igualdad con los fondos nacionales. Se entendía que la actividad transfronteriza de los planes de pensiones del empleo serviría para generar importantes economías de escala para dichos fondos, mejorar la competitividad de la industria de la Unión y fomentar la movilidad laboral.

La sacudida de los mercados financieros por la reciente gran crisis, lejos de rebajar el interés de la Unión Europea por la constitución de un mercado único de capitales integrado en buena medida por los sistemas complementarios de pensiones, lo ha relanzado, dando lugar a una nueva estrategia adaptada a las circunstancias actuales<sup>17</sup>.

Un elemento de esa estrategia ha consistido en la derogación de la Directiva 2003/41/CE, y su sustitución por la Directiva 2016/2341/UE, de 14 de diciembre de 2016, cuyo periodo de trasposición finaliza el 13 de enero de 2019. En realidad, la nueva Directiva no comporta un cambio de modelo respecto de la anterior, puesto que sigue centrada en los dos ejes señalados, esto es, la seguridad en la gestión e inversión y la actividad transfronteriza de planes y fondos de pensiones, regulando con mayor exhaustividad y clarificando aspectos que ya apuntaba la Directiva 2003/41/CE. Así, por ejemplo, se introducen nuevos requisitos de gobernanza y supervisión, y se presta mayor atención a las exigencias para que los fondos de pensiones puedan actuar en varios Estados y para que los planes de pensiones puedan transferirse entre distintos Estados miembros.

La meta de la nueva norma es avanzar hacia una armonización más amplia que, pese a todo, se sigue calificando de mínima, ya que persiste el deseo de respetar los usos diversos de los Estados miembros en la organización y regulación de los fondos de pensiones del empleo. Por esa razón, sus disposiciones se enuncian como normas genéricas que permiten un amplio margen de concreción por parte de los Estados.

Además, hay que destacar que aunque la norma mantiene su carácter eminentemente financiero, el legislador ha hecho un mayor esfuerzo por integrar y visibilizar ciertas connotaciones sociales. En este sentido, la Exposición de Motivos reconoce expresamente que la función social de los fondos de pensiones del empleo, responsable de una especial relación triangular entre el fondo, los empleados y los empleadores, distingue a los fondos de pensiones del empleo de otros proveedores de productos financieros y exige un tratamiento diferenciado. Esto explica la decisión de no introducir requisitos de solvencia relativos al capital de los fondos, como los que operan en el ámbito de los seguros, para evitar un incremento de los costes de gestión y la consiguiente reducción de la cobertura de las prestaciones. También se regulan de forma más exhaustiva las obligaciones de información hacia los partícipes y beneficiarios, con el fin de reforzar la transparencia.

En todo caso, pese a los esfuerzos de las instituciones europeas, un importante obstáculo para el florecimiento de un mercado interior de los fondos de pensiones del empleo reside en las barreras fiscales que pueden surgir de la regulación tributaria de

---

<sup>17</sup> Libro Verde “Construir una Unión de los Mercados de Capitales”, Bruselas, 18.2.2015, COM(2015) 63 final; Comunicación de la Comisión, *Plan de acción para la creación de un mercado de capitales*, Bruselas, 30.9.2015, COM(2015) 468 final; y Comunicación de la Comisión, *Capital Unión de los mercados de capitales: acelerar la reforma*, Bruselas, 14.9.2016, COM(2016) 601 final.

tales fondos. Y ese riesgo no ha sido conjurado por la Directiva 2016/2341/UE, pues la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, aunque, como ha recordado el Tribunal de Justicia, éstos deben ejercer tal competencia respetando el Derecho de la Unión.

La intervención de la Unión Europea respecto de la fiscalidad de las pensiones transfronterizas de los sistemas de empleo se limita a una Comunicación del año 2001 en la que se dan una serie de orientaciones para coordinar la normativa fiscal de los Estados miembros y evitar así supuestos de doble exención y doble imposición<sup>18</sup>. En general, la Comisión recomienda que se exoneren o desgraven las aportaciones y se someta a imposición la renta percibida con motivo del rescate o el pago de las prestaciones. Sin embargo, al no tener carácter vinculante, este documento no ha podido evitar que en ocasiones los Estados miembros apliquen diferentes criterios de sujeción de las rentas derivadas de los planes de pensiones. A falta de armonización en esta materia, las situaciones de doble imposición o doble exención intentan prevenirse a través de los convenios bilaterales suscritos por los Estados miembros, pero ello no ha agotado los problemas relacionados con el tratamiento fiscal de los regímenes complementarios profesionales cuando estos actúan a escala europea<sup>19</sup>.

Así, otra importante fuente de problemas ha sido la exigencia de requisitos formales a los fondos de pensiones del empleo domiciliados en otro Estado miembro cuando operan dentro del ámbito nacional –como por ejemplo, el nombramiento de un representante legal residente en el Estado receptor–<sup>20</sup>, o bien la reticencia de los Estados a otorgar incentivos tributarios a las aportaciones realizadas a fondos de pensiones localizados en otros Estados miembros en las mismas condiciones que si los fondos estuvieran localizados en el propio Estado<sup>21</sup>. El Tribunal de Justicia ha analizado numerosos supuestos con este perfil, declarando en la mayor parte de ellos la incompatibilidad de las disposiciones internas con el Derecho de la Unión Europea, al detectar vulneraciones de la libre prestación de servicios<sup>22</sup>, la libre circulación de capitales<sup>23</sup> y/o la libre circulación de trabajadores.

<sup>18</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, “La eliminación de los obstáculos fiscales a las prestaciones por pensiones transfronterizas de los sistemas de empleo”, Bruselas, 19.4.2001, COM(2001) 214 final.

<sup>19</sup> Sobre toda esta cuestión, véase GOROSPE OVIEDO, J. I., “La sostenibilidad de las pensiones públicas y su conexión con los planes de pensiones privados en la Unión Europea”, *Revista española de Derecho Financiero*, nº 157, 2013, citado por Westlaw BIB 2013/500.

<sup>20</sup> Véase la STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-678/11, Comisión c. España.

<sup>21</sup> SSTJCE de 30 de enero de 2007, asunto C-150/04, Comisión c. Dinamarca; de 5 de julio de 2007, asunto C-522/04, Comisión c. Bélgica; de 26 junio 2003, asunto C-422/2001, FörsäkringsaktiebolagetSkandia (publ) y otros; y STJUE de 23 de enero de 2014, asunto C-296/12, Comisión c. Bélgica.

<sup>22</sup> Las prestaciones ofrecidas por los fondos de pensiones del empleo son servicios en el sentido del artículo 57 TFUE -STJCE de 3 octubre 2002, asunto C-136/00, DieterDanner apartados 25 a 27-, siendo irrelevante que los trabajadores no paguen por sí mismos las primas, sino que lo haga la empresa -STCE de 26 junio 2003, asunto C-422/2001, FörsäkringsaktiebolagetSkandia (publ) y otros, apartado 24-. Por tanto, el artículo 56 TFUE se opone a una normativa nacional que haga más difícil dicha prestación de servicios entre varios Estados miembros, o que prohíba u obstaculice las actividades de un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro en el que presta servicios análogos.

<sup>23</sup> Se aprecia vulneración de la libre circulación de capitales del artículo 63 TFUE cuando la normativa tributaria pueda disuadir la inversión de un fondo no residente en el Estado miembro –STJUE de 6 octubre 2011, asunto C-493/09, Comisión c. Portugal–. Y aunque la estabilidad y la seguridad de los (...)

## 2.2. LOS SUCESIVOS INTENTOS PARA FACILITAR LA MOVILIDAD DE TRABAJADORES CON DERECHOS COMPLEMENTARIOS DE PENSIÓN

Tanto la generalización de los regímenes complementarios profesionales en los sistemas de pensiones de los Estados miembros, como su mayor protagonismo en la protección de la vejez, comportan riesgos para la libre circulación de trabajadores. Y es que las reglas de coordinación de los sistemas de Seguridad Social europeos circunscriben su ámbito de actuación a las pensiones del primer pilar, sin alcanzar a los regímenes complementarios. A la vista de ello, la Comisión Europea fue consciente muy pronto de que el desarrollo de un mercado único de regímenes complementarios de pensiones alentado por la extensión de los sistemas multipilar sólo sería posible y beneficioso si se allanaban los obstáculos a la libre circulación de los trabajadores cubiertos por estos sistemas<sup>24</sup>.

A tal fin, se aprobó la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad, que fundamentalmente trata de garantizar que el disfrute de sus derechos de pensión complementaria sea equivalente al de los trabajadores afiliados a tales regímenes que no se desplazan. Conforme a ello, la Directiva insiste en la conservación de los derechos adquiridos por los partícipes en caso de que cesen las cotizaciones a causa del desplazamiento a otro Estado miembro, obliga a los Estados a garantizar el pago transfronterizo de prestaciones de los sistemas complementarios de pensiones en otros Estados miembros, y pretende asegurar que los trabajadores que hayan sido trasladados a otro Estado miembro por su empleador puedan seguir acogidos a su sistema complementario de pensiones y pagar las correspondientes cotizaciones. A todo esto se suma el deber de información del empresario o del gestor del fondo a los trabajadores desplazados acerca de sus derechos de pensión y de las posibilidades que se les ofrecen.

Aunque la Directiva 98/49/CE supuso un paso relevante en la protección de los trabajadores con derechos complementarios de pensión derivados del sistema del empleo, se trata de una intervención en un ámbito muy específico y limitado, como es el de los trabajadores desplazados. Por ello, en 2005 comenzaron los trabajos para elaborar otra norma, con un horizonte más amplio, que englobase de manera general la portabilidad de los derechos de pensión generados en virtud de regímenes complementarios a lo largo de todo el territorio de la Unión Europea<sup>25</sup>. Tras un tortuoso proceso de elaboración, la reciente estrategia adoptada para estimular la creación y extensión de planes de pensiones del empleo en la Unión Europea supuso el impulso definitivo para la adopción de la Directiva 2014/50/UE, de 16 de abril, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados

---

activos es una razón imperiosa de interés general que puede justificar restricciones a la libre circulación de capitales, es preciso demostrar que eran indispensables para alcanzar ese fin y que no han ido más allá de lo necesario para alcanzarlo -STJUE de 21 diciembre 2011, asunto C-271/09, Comisión c. Polonia, apartados 57 y 58-.

<sup>24</sup> Sobre las primeras actuaciones políticas adoptadas en este ámbito, véase SUÁREZ CORUJO, B., *Los planes de pensiones del sistema del empleo. Principios ordenadores*, cit., págs. 91 y 92.

<sup>25</sup> Véase HARTLAPP, M., "EU Governance on ageing: older, wider and more influential than the OMCs", *The Sustainability of the European Social Model: EU Governance, Social Protection and Employment Policies in Europe*, Barbier J. C., Rogowski, R. y Colomb, F., (eds.), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, pág. 115 y LÓPEZ CUMBRE, L., *La participación privada en el sistema de protección social español*, Madrid, Ministerio de Empleo, 2011, págs.28-44.

miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión.

Como su propio nombre indica, la Directiva nace para fomentar la movilidad de los trabajadores, reduciendo los obstáculos que puedan crear las normas de los regímenes complementarios de pensión vinculados a una relación laboral. Según la Exposición de Motivos, dicho objetivo adquiere especial relevancia, dado que estos regímenes cada vez son más comunes en los Estados miembros, y están adquiriendo una importancia creciente como medio para garantizar un adecuado nivel de vida en la vejez. Por tanto, es ese nuevo papel que ya están cumpliendo los regímenes complementarios de pensiones, o que están llamados a cumplir de acuerdo con la estrategia de pensiones de la Unión Europea, el motivo que impulsa la intervención del legislador europeo.

En este sentido, también hay que destacar que la crisis económica de los últimos años no ha provocado una reducción de la circulación de trabajadores entre los Estados miembros de la Unión Europea, sino que en términos generales ésta se ha mantenido, e incluso determinados flujos migratorios se han incrementado. Si, como se pretende, la libre circulación de trabajadores puede constituir una herramienta para hacer frente a situaciones de crisis como las acaecidas recientemente, es preciso evitar los obstáculos a la libre circulación que provengan de la pérdida de derechos complementarios de pensión<sup>26</sup>.

Pero, a su vez, el legislador europeo ha querido dejar claro que la norma no impone a los Estados ningún modelo organizativo en cuanto a sus sistemas de pensiones, de modo que la trasposición de la Directiva no obliga a legislar sobre la creación de regímenes complementarios de pensión.

La Directiva establece unas normas mínimas en tres ámbitos, a saber, la adquisición de derechos en virtud de regímenes complementarios de pensiones, su mantenimiento y la información que deben recibir partícipes y beneficiarios. La adquisición y mantenimiento de los derechos complementarios de pensión en caso de movilidad entre Estados ya dio lugar a algún pronunciamiento del Tribunal de Justicia, en el que se examinó su compatibilidad con la libre circulación de trabajadores. La sentencia de 10 marzo 2011, asunto C-379/09, Casteels, resulta representativa de los problemas que se pueden dar en este ámbito, y a los cuales trata de hacer frente la nueva norma. En dicho supuesto se analiza un convenio colectivo de empresa alemán que regulaba un régimen complementario de pensiones cuyo ámbito de aplicación se limitaba a los centros de trabajo de la empresa en Alemania. En virtud de dicho convenio, los años de servicio que un trabajador de esa empresa llevase a cabo en centros de trabajo situados en otro Estado miembro no se tomaban en consideración para determinar el período de adquisición de derechos definitivos a pensión complementaria. El Tribunal de Justicia señaló que una disposición como ésta constituye un obstáculo a la libre circulación de trabajadores, pues un trabajador que haya trabajado durante un tiempo en centros de trabajo situados en otros Estados miembros ve mermado su derecho a pensión complementaria, en comparación con los trabajadores cuya vida laboral haya transcurrido en los centros de trabajo situados en Alemania, y por tanto, bajo la aplicación del mismo convenio colectivo. Las razones alegadas por la empresa, relativas al deseo de evitar un enriquecimiento injusto del trabajador mediante su afiliación a varios

<sup>26</sup> BARSLUND, M. y BUSSE, M., “Making the most of EU labour mobility”, *Report of a CEPS task force*, Brussels, 2014, pág. 26.

regímenes de pensión complementarios, o la fidelización de los trabajadores, no son suficientes, a juicio del Tribunal, para justificar este obstáculo a la libre circulación de trabajadores.

Pues bien, para evitar que se repitan supuestos como el analizado en esta sentencia, u otros supuestos en los que la pérdida de derechos de pensión complementaria se produce en virtud de la sucesión de relaciones laborales concluidas con diversos empresarios en varios Estados de la Unión Europea, la Directiva obliga a que los derechos de pensión se consoliden o se adquieran definitivamente en un periodo máximo de tres años para los trabajadores salientes<sup>27</sup>. Además, establece que, si se fija una edad mínima para la consolidación de derechos de pensión, ésta no ha de exceder de veintiún años para los trabajadores salientes. Y, por último, prevé que si aún no se han consolidado derechos de pensión cuando finalice la relación laboral, el régimen complementario de pensiones reembolsará las contribuciones abonadas por el trabajador o en su nombre. De este modo se garantiza que las contribuciones hechas al régimen complementario nunca se pierdan.

Por lo que se refiere al mantenimiento de los derechos de pensión, la Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar que, al abandonar un régimen de pensión, el trabajador pueda conservar sus derechos adquiridos. No obstante, se prevé la posibilidad de permitir el rescate del capital generado, siempre que no supere un límite cuantitativo que ha de concretar cada Estado. Además, se incluyen disposiciones para asegurar que los derechos de pensión latentes de los trabajadores salientes reciban un tratamiento financiero equitativo en comparación con los derechos de los afiliados activos, de modo que los trabajadores no resulten penalizados por la movilidad transfronteriza.

El necesario respeto del derecho a la negociación colectiva, que habitualmente asume la labor de crear y regular los regímenes complementarios de pensiones, obliga a la Directiva a advertir que los interlocutores sociales pueden establecer mediante convenio colectivo disposiciones diferentes a las establecidas en la norma europea para la adquisición y el mantenimiento de los derechos de pensión, siempre que no ofrezcan una protección menos favorable y no creen obstáculos a la libre circulación de los trabajadores.

Finalmente, la norma establece derechos de información para afiliados y beneficiarios en relación con las consecuencias de un cese laboral para sus derechos de pensión, al valor de los mismos y a las condiciones que rigen el tratamiento de los derechos de pensión latentes. Hay que destacar que las obligaciones de información, que siempre han estado presentes en las normas europeas sobre regímenes complementarios de pensiones, han redoblado su importancia en un mercado laboral como el actual, donde los cambios en las relaciones laborales y en las formas de prestación de servicios se normaliza<sup>28</sup>. Las instituciones europeas son conscientes de la necesidad de dar a los trabajadores una información accesible y comprensible acerca de sus derechos de

<sup>27</sup> En virtud del artículo 4.1.a), esa es la duración máxima que pueden tener los periodos de espera -es decir, los periodos que han de transcurrir antes de que el trabajador pueda optar por la afiliación a un régimen complementario de pensiones-, así como los periodos de adquisición -esto es, el periodo mínimo de participación en el régimen complementario de pensiones para consolidar derechos complementarios de pensión acumulados-, o bien la suma de ambos.

<sup>28</sup> Véase al respecto STEVENS, Y. y VAN ASSCHE, L., *El derecho a información en materia de pensiones de jubilación. Informe resumido – España*, Oficina de Publicaciones de la UE, Luxemburgo, 2013, págs. 6, 7, 20-27.

pensión, con la finalidad de que puedan adoptar decisiones conformes con sus derechos y obligaciones. Precisamente, para contribuir a esa mayor transparencia y accesibilidad de la información, está en fase de desarrollo un proyecto de creación de un servicio general de seguimiento de los derechos de pensión en Europa, al que ya se refería el Libro Blanco. Mediante este servicio se trata de que los trabajadores que ejerzan una movilidad entre Estados puedan disponer de información global acerca de sus derechos de pensión, a la vez que se refuerza el contacto entre los proveedores de pensiones y los beneficiarios presentes o futuros<sup>29</sup>.

Con carácter general, se puede concluir que, a pesar de las previsiones de las Directivas 98/49/CE y 2014/50/UE, el disfrute de los derechos complementarios de pensión no queda suficientemente garantizado, al menos por dos razones. En primer lugar, por el alcance material limitado de estas normas, que, al igual que sucedía con las disposiciones cautelares sobre los fondos de pensiones, no comprenden los problemas planteados por la fiscalidad de los regímenes complementarios. Y sin embargo este factor puede resultar determinante para los trabajadores que estén sopesando la decisión de trasladarse a trabajar a otro Estado miembro<sup>30</sup>. A falta de una armonización de las legislaciones fiscales, la única protección es la que dispensa el derecho a la libre circulación de los trabajadores del artículo 45 TFUE. Y, en segundo lugar, por la adopción de un enfoque centrado en la libre circulación, que deja sin respuesta los problemas que plantea la movilidad intraestatal. Es decir, aquellos problemas relacionados con la adquisición, conservación y mantenimiento de los derechos de pensión cuando, sin atravesar las fronteras de un único Estado, un trabajador encadena varias relaciones laborales, con el mismo o distinto empleador, o alterna periodos de trabajo asalariado típico y atípico, trabajo autónomo –económicamente dependiente o no– y desempleo.

El ordenamiento europeo ha contribuido a dar respuesta a algunas de estas situaciones, incluyendo previsiones expresas para mantener los derechos de pensión complementaria en supuestos de transmisión de empresas e insolvencia del empresario, y sometiendo las condiciones de adquisición y disfrute de tales derechos al principio de igualdad y no discriminación<sup>31</sup>. Con todo, el resultado es una composición muy

<sup>29</sup> Se trata del Proyecto TTYPE (Track and Trace YourPension in Europe), <http://ttype.eu/pensionstogether/>.

<sup>30</sup> Cabe recordar aquí las ya citadas sentencias del TJCE de 30 de enero de 2007, asunto C-150/04, Comisión c. Dinamarca y de 5 de julio de 2007, asunto C-522/04, Comisión c. Bélgica. En particular, esta última considera contraria a la libre circulación de trabajadores una norma que obliga a tributar por los capitales y los valores de rescate abonados a los beneficiarios que hayan trasladado su residencia al extranjero, mientras que no se establece tal tributación cuando dichas transferencias se realizan a un fondo de pensiones o a una compañía de seguros establecidos en el Estado miembro.

<sup>31</sup> Tanto la Directiva 2008/94/CE, de 22 de octubre, como la originaria Directiva 87/987/CEE, obligan a proteger los derechos adquiridos o en curso de adquisición respecto de las prestaciones de vejez. Esta previsión, sin embargo, no ha evitado la litigiosidad en torno a su alcance, de la que son testimonio las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 enero de 2007, asunto C-278/05, Robins, de 25 abril de 2013, asunto C-398/11, Hogan, o de 24 de noviembre de 2016, asunto C-454/15, Webb-Säman. También hay que tener en cuenta el Derecho de la Unión Europea respecto de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa. Así, el artículo 3.4 de la Directiva 2001/23/CE contiene una referencia expresa a los derechos de pensión derivados de regímenes complementarios. También en este ámbito hay jurisprudencia interesante, como la contenida en la sentencia de 4 de junio de 2002, asunto C-164/00, Beckmann. Por último, la defensa de la igualdad entre mujeres y hombres motivó muy pronto la adopción de la Directiva 86/378/CEE, de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de (...)

fragmentaria que, desde luego, no soluciona todos los problemas que pueden surgir en este contexto<sup>32</sup>.

Precisamente, el deseo de conservar los derechos de protección social en los supuestos de movilidad en el empleo, como requisito para conseguir mercados laborales más flexibles y no obstaculizar las transiciones laborales, aparece reflejado en los principios cuarto y decimoquinto del Pilar Europeo de Derechos Sociales<sup>33</sup>. E incluso ha dado lugar a una consulta lanzada a los agentes sociales para considerar la posibilidad de emprender una actuación a nivel europeo con el fin de contribuir a garantizar la protección social de todas las formas de empleo, con especial consideración al empleo atípico y el autoempleo<sup>34</sup>. En esta consulta se hace hincapié en la especial dificultad que presenta la transferibilidad de derechos derivados de regímenes de pensión complementarios, señalando como problemas principales los mismos que aborda la Directiva 2014/50/UE en el contexto de la libre circulación entre Estados, es decir, la adquisición, conservación, portabilidad e información respecto de los derechos de pensión.

Así pues, a día de hoy, son los ordenamientos nacionales los encargados de dar respuesta a las cuestiones mencionadas. Ahora bien, es preciso apuntar que en este contexto la Directiva 2014/50/UE podría ejercer una beneficiosa influencia que va más allá de su estricto ámbito de aplicación. Es decir, si las legislaciones de los Estados miembros han de adaptarse antes del 21 de mayo de 2018 a lo dispuesto en la norma europea, regulando la adquisición, consolidación, conservación e información sobre los derechos de pensión complementaria de los trabajadores cuya relación laboral finaliza y se desplazan entre Estados miembros, resulta lógico que se aproveche la ocasión para regular también dichos aspectos respecto de los trabajadores que no se desplazan, máxime cuando el Pilar Europeo de Derechos Sociales y los documentos asociados a él tratan de impulsar una intervención en esta materia, como se ha visto. En tal caso, sería difícil que el nivel de protección dispensado por la legislación nacional a los trabajadores salientes, respetando las disposiciones mínimas de la Directiva, no se aplicase igualmente a los trabajadores que no se desplazan a otros Estados miembros, pues de lo contrario se podría incurrir en una discriminación, no solo desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, sino también desde el punto de vista del

---

seguridad social, cuyas disposiciones se encuentran hoy recogidas en la Directiva 2006/54/CE. El Tribunal de Justicia ha dictaminado en varias ocasiones acerca de la aplicación del principio de igualdad por razón de sexo en este ámbito, como por ejemplo, en la sentencia de 24 de octubre de 1996, asunto C-435/93, Dietz, donde se abordaba la igualdad de remuneración por razón de sexo. Pero además, las consideraciones sobre igualdad en cuanto a los regímenes profesionales se han extendido a otros elementos distintivos, como la edad (sentencia de 12 de octubre 2010, asunto C-499/08, Andersen, y de 26 febrero de 2015, asunto C-515/13, Ingeniørforeningen i Danmark), o la discapacidad (sentencia de 6 de diciembre de 2012, asunto C-152/11, Odar).

<sup>32</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., “Los planes y fondos de pensiones en el contexto de la reforma de los sistemas de protección social: ¿continuidad o renovación?”, cit., págs.68-71.

<sup>33</sup> Concretamente, el cuarto principio del pilar social, denominado “Apoyo activo para el empleo”, indica en su apartado a) que “toda persona tiene derecho a la transferencia de la protección social y el derecho a la formación durante las transiciones profesionales” (Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017 sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales).

<sup>34</sup> Consultation Document of 26.4.2017, *First phase consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on a possible action addressing the challenges of access to social protection for people in all forms of employment in the framework of the European Pillar of Social Rights*, Brussels, 26.4.2017, C(2017) 2610 final.

Derecho interno, ya que el principio de igualdad y no discriminación se recoge en todas las Constituciones de los Estados miembros. En definitiva, la trasposición de la norma europea podría incitar a una mejor regulación de los derechos de todos los trabajadores afiliados a regímenes complementarios, con independencia de que ejerciten su derecho a la libre circulación.

### 3. CONCLUSIÓN

Los regímenes de protección social complementaria, y en particular los planes y fondos de pensiones, son instituciones poliédricas que aglutinan, no siempre de forma pacífica, componentes sociales, financieros, mercantiles o administrativos. De hecho, el moderno desarrollo de la protección social complementaria es el resultado de los fuertes impulsos y tensiones entre una tendencia social, que se centra en los elementos protectores y en su capacidad para dar respuesta a las necesidades de los individuos, y una tendencia económica, que trata de explotar la capacidad financiera de estas instituciones para canalizar el ahorro hacia la inversión y el crecimiento<sup>35</sup>. Esta ambivalencia, consustancial a los sistemas de protección social complementaria, se aprecia también en la regulación europea, en la que la tendencia social se manifiesta a través de la remoción de obstáculos a la libre circulación de los trabajadores afiliados a regímenes complementarios de pensión, mientras que la tendencia económica explica los esfuerzos por crear un mercado financiero de fondos de pensiones para el empleo al amparo de la libre circulación de capitales y servicios.

Una de las críticas que desde muy temprano recibió el interés de la Unión Europea en impulsar los regímenes complementarios de pensiones es que otorga una importancia excesiva a los planes de pensiones como vehículo para la instauración de un mercado de capitales único, descuidando consiguientemente los aspectos sociales de los regímenes profesionales, y en particular los aspectos redistributivos y de solidaridad<sup>36</sup>.

En las estrategias políticas elaboradas por la Unión Europea para garantizar la sostenibilidad de las pensiones y para desarrollar un mercado único de capitales, los regímenes complementarios de tipo profesional asumen un doble papel crucial: por una parte, comparten con el sistema público la responsabilidad de garantizar la adecuación de las pensiones, y por otra, generan un ahorro imprescindible para capitalizar un mercado financiero que sea motor del crecimiento y el empleo<sup>37</sup>. De este modo, se pretende que el segundo pilar apuntale los sistemas públicos de pensiones tanto desde el lado del control de los gastos, como desde el lado de la mejora de los ingresos.

Al margen de las numerosas objeciones y matizaciones que se pueden aducir frente a este planteamiento, lo cierto es que las estrategias políticas de la Unión Europea empujan a los Estados miembros a buscar nuevos equilibrios y amalgamas entre los elementos públicos y privados de los sistemas de protección social, en pos de un papel cada vez más relevante de estos últimos.

<sup>35</sup> SUÁREZ CORUJO, B., *Los planes de pensiones del sistema del empleo. Principios ordenadores*, cit., págs. 89, 240, 241.

<sup>36</sup> HARTLAPP, M., "EU Governance on ageing: older, wider and more influential than the OMCs", cit., págs. 113, 114.

<sup>37</sup> LÓPEZ CUMBRE, L., *La participación privada en el sistema de protección social español*, cit., págs. 31, 32.

Pero tal reformulación del modelo de pensiones no resulta sencilla en Estados que, como el nuestro, se han asentado tradicionalmente en un único pilar público de reparto. Además, hay que tener en cuenta que en España la falta de sistemas sólidos y verdaderamente universales de asistencia social, servicios sociales o atención a la dependencia, ha provocado que las pensiones de jubilación hayan debido asumir otras funciones más allá de la suya propia, sirviendo de sostén a las familias en periodos de grave desempleo o en contextos de exclusión social, o sufragando servicios de cuidado. En definitiva, las pensiones públicas han desempeñado un importante papel como estabilizadores automáticos que no puede dejarse de lado ante el entusiasmo de las instituciones europeas por crear un mercado único de capitales alimentado por fondos de pensiones de capitalización.

En todo caso, cualquier reflexión que se lleve a cabo en esta materia debe partir del diseño constitucional del sistema de pensiones. Aunque la Constitución no impone un modelo de Seguridad Social, el artículo 41 CE deja claro que la protección social complementaria será libre, lo que limita –aunque no impide– las posibilidades de impulsar planes de pensiones del sistema del empleo, ya que la voluntariedad siempre ha de concurrir como elemento distintivo<sup>38</sup>.

Pero probablemente el mayor problema al que debería hacer frente hoy cualquier intento de redimensionar la previsión social complementaria radica en garantizar que su desarrollo no se produzca a costa del sistema público de pensiones; es decir, que los regímenes de previsión social privados no actúen como sustitutivos de un sistema público de pensiones que les ceda parte de sus funciones tradicionales, sino que se limiten a complementarlo, tal y como sugiere el texto constitucional<sup>39</sup>. Sin embargo, la laxitud del artículo 41 CE, que obliga a los poderes públicos a mantener un sistema público de Seguridad Social, y la ambigüedad con que se ha interpretado este mandato, atribuyendo al legislador y a la propia sociedad la tarea de concretar el nivel de protección pública<sup>40</sup>, no ofrece una base suficientemente firme para llevar a cabo la difícil y delicada tarea de delimitar los espacios que han de corresponder al primer pilar y a los pilares complementarios.

Tampoco ayudan en este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional que, a la luz de los artículos 41 y 50 CE, convalidan el nuevo sistema de revalorización de las pensiones, pues al optar por un concepto estricto de suficiencia económica, abren una amplia cancha de juego para la previsión social complementaria<sup>41</sup>. Obrando así, parecen alinearse con la estrategia de la Unión Europea de reducir el primer pilar para ampliar el ámbito de actuación los restantes. Pero si las pensiones públicas solo van a garantizar

<sup>38</sup> LÓPEZ CUMBRE, L., *La participación privada en el sistema de protección social español*, cit., págs. 78, 79, 116, 117.

<sup>39</sup> Véanse las interesantes reflexiones de MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., “Los planes y fondos de pensiones en el contexto de la reforma de los sistemas de protección social: ¿continuidad o renovación?”, cit., págs. 39-44.

<sup>40</sup> Según el Tribunal Constitucional, los poderes públicos están obligados a preservar a la Seguridad Social “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada momento y lugar” (véase, por todas, la STC 37/1994, de 10 de febrero, f. j. 3º y 4º). En otras sentencias añade que las situaciones de necesidad protegidas “han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales” (STC 38/1995, de 13 febrero, f. j. 3º).

<sup>41</sup> SSTC 49/2015, de 5 marzo, f. j. 4º y 95/2015, de 14 mayo, f. j. 6º.

una estricta protección frente a la pobreza, alejándose cada vez más de la renta percibida durante la vida activa, la voluntariedad a la que apela el artículo 41 CE puede verse en entredicho. Y, lo que es más grave, la cesión de espacios cubiertos por la protección pública a la privada implica a su vez una regresión de los elementos de solidaridad y redistribución en favor de criterios de capitalización y contributividad.

A la vista de todo ello parece necesario de emprender una reflexión serena sobre el papel de los aspectos públicos y privados en la cobertura del riesgo de jubilación. Ahora bien, el debate no se puede plantear únicamente en el contexto de las estrategias europeas que lo han precipitado, sino que debe situarse también en las coordenadas del Derecho internacional vinculante para España –Convenios de la OIT ratificados, Carta Social Europea de 1961 y Convenio de Roma, entre otros–, así como en nuestro propio marco constitucional. Y, desde luego, habrá que generar un diálogo equilibrado entre los diversos sectores representativos de la sociedad si de verdad se quiere intentar sentar las bases para una futura protección complementaria más útil y más social ante los vacíos dejados por la retirada del Estado del bienestar.

# XXI. EL IMPACTO DE LA ROBOTIZACIÓN EN EL EMPLEO Y EL SOSTENIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO

*Contratado predoctoral. Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Plan Propio de Investigación y Transferencia. Universidad de Málaga*

## 1. UNA BREVE INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo tenemos como objetivo el examen, desde el punto de vista jurídico, de los problemas que han surgido a raíz de la robotización o revolución robótica –la cual se caracteriza por el crecimiento significativo del número de robots y por el avance de la inteligencia artificial–, centrándonos principalmente en el examen de la incidencia de dicha revolución en el mercado de trabajo para, posteriormente, estudiar la cotización de los robots como una vía posible para garantizar el sostenimiento de los sistemas de Seguridad Social europeos.

Nos hallamos ante un estudio donde se efectúa no solo un examen de la doctrina existente (muy escasa o prácticamente inexistente sobre la robotización del empleo), sino también un análisis de diversos informes y de una resolución que ha sido recientemente aprobada –en febrero del presente año 2017– por el Parlamento Europeo sobre normas de Derecho Civil en la robótica con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la materia, que si bien tiene una mayor trascendencia en el ámbito del Derecho Civil, especialmente, en lo que se refiere al establecimiento de las normas reguladoras de la responsabilidad derivada de los daños que pudieran causar los robots y las nuevas máquinas inteligentes, no puede desmerecerse su importante enfoque jurídico-laboral.

La robotización de la economía es una problemática especialmente compleja e igual de importante que el progresivo envejecimiento de la población que se espera en las próximas décadas, ya que puede desencadenar una destrucción de puestos de trabajo masiva como no se había visto antes (estos puestos de trabajo ya no volverán jamás y serán sustituidos por máquinas más eficientes) y ello podrá suponer una amenaza para la sostenibilidad futura de los sistemas de Seguridad Social europeos.

En lo que respecta a la destrucción de empleo, según un reciente informe<sup>1</sup> del World Economic Forum, serán destruidos a consecuencia de la revolución robótica aproximadamente 7,1 millones de puestos de trabajo en los 15 países más industrializados del mundo entre 2015 y 2020 frente a los 2 millones de empleos que se crearán –fundamentalmente en los campos relacionados con informática, las matemáticas, la arquitectura y la ingeniería–.

---

<sup>1</sup> WORLD ECONOMIC FORUM: «*The future of jobs: Employment, skills and workforce strategy for the fourth industrial revolution (El futuro de los empleos: Estrategia de empleo, habilidades y mano de obra para la cuarta revolución industrial)*», 2016. Disponible en: <https://www.weforum.org/reports/the-future-of-jobs>.

Conforme a un estudio realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>2</sup>, en países como Austria, Alemania o España podrían desaparecer aproximadamente el 12 % de los puestos de trabajo como consecuencia de la revolución robótica, frente al 9 % de la media de los puestos de los países de la OCDE.

Los medios de comunicación nos muestran a diario<sup>3</sup> que la revolución de los robots está dando lugar a numerosas y muy diversas interpretaciones, por un lado, en relación al futuro de los empleos y, por otro lado, en relación a la evaluación de propuestas y medidas –como la cotización de los robots a la Seguridad Social o la creación de impuestos específicos para los robots– para tratar de combatir los posibles efectos negativos de este fenómeno: una drástica destrucción de puestos de trabajo –que ya se ha apuntado– y una disminución de los ingresos de los distintos estados (cotizaciones a la Seguridad Social e impuestos sobre la renta de las personas físicas).

Entre estas nuevas propuestas que han surgido recientemente se encuentra, como ya se ha apuntado en el párrafo anterior, la que sugiere que los robots y las máquinas inteligentes contribuyan mediante cotizaciones sociales a la Seguridad Social por el trabajo que realizan para así asegurar la viabilidad de los sistemas de Seguridad Social. Sin duda, esta idea, que cuenta tanto con apoyos sólidos como con detractores fácilmente reconocibles<sup>4</sup>, se traduce en un intento de salvar los pilares que sostienen y respaldan el Estado del Bienestar europeo: básicamente el sistema de pensiones, la sanidad, la educación y el empleo.

<sup>2</sup> OCDE: «*El riesgo de la automatización en el trabajo (The risk of automation for jobs in OECD countries)*», 2016. Disponible en <http://www.ifuturo.org/sites/default/files/docs/automation.pdf>.

<sup>3</sup> En los medios de comunicación suelen aparecer a diario titulares preocupantes que anuncian la llegada de la revolución de los robots inteligentes. Basta con destacar los siguientes ejemplos: «Will a robot take your job?» (¿Un robot tomará tu trabajo), publicado en *BBC News* el día 11 de septiembre de 2015 y disponible en: <http://www.bbc.com/news/technology-34066941>; «If robots are the future of work, where do humans fit in?» (Si los robots son el futuro del trabajo, ¿dónde encajan los humanos?), publicado en *The Guardian* el día 24 de mayo de 2016) y disponible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/may/24/robots-future-work-humans-jobs-leisure>; «Bill Gates calls for income tax on robots» (Bill Gates pide impuesto sobre la renta de los robots), publicado en *The Financial Times* el día 19 de febrero de 2017 y disponible en: <https://www.ft.com/content/d04a89c2-f6c8-11e6-9516-2d969e0d3b65>; «¿Tienen que cotizar los robots a la Seguridad Social?» o «También hay que cotizar por los robots», publicados en *El País* los días 17 de octubre de 2016 y 18 de octubre de 2016 y disponibles en: [https://economia.elpais.com/economia/2016/10/16/actualidad/1476612103\\_361082.html](https://economia.elpais.com/economia/2016/10/16/actualidad/1476612103_361082.html) y [https://elpais.com/elpais/2016/10/17/opinion/1476727037\\_809166.html](https://elpais.com/elpais/2016/10/17/opinion/1476727037_809166.html); «Los robots te pagarán la pensión», publicado en *El mundo* el día 21 de febrero de 2017 y disponible en: <http://www.elmundo.es/papel/futuro/2017/02/21/58aae9f422601ddb488b45b9.html>; y «Evidence that robots are winning the race for american jobs» (Evidencia de que los robots están ganando la carrera por los empleos americanos), publicado en *The New York Times* el día 28 de marzo de 2017 y disponible en: <https://www.nytimes.com/2017/03/28/upshot/evidence-that-robots-are-winning-the-race-for-american-jobs.html?mcubz=3>.

<sup>4</sup> Entre los primeros, se hallan precisamente los sindicatos. Por poner un ejemplo, el secretario general de la Unión General de Trabajadores de España (UGT) ha propuesto recientemente, en la convención anual de los delegados asturianos, que las empresas «coticen a la Seguridad Social» por los robots que han desplazado a numerosos trabajadores de las cadenas de producción (véase «También hay que cotizar por los robots», publicados en *El País* el día 18 de octubre de 2016 y disponible en: [https://elpais.com/elpais/2016/10/17/opinion/1476727037\\_809166.html](https://elpais.com/elpais/2016/10/17/opinion/1476727037_809166.html)). Entre los detractores encontramos a las empresas, fundamentalmente las compañías del área de la robótica, que temen que la propuesta suponga un retroceso en la productividad y en la competitividad de las empresas que apuestan por el uso de las nuevas tecnologías y que invierten en robots y máquinas inteligentes.

De partida, hay que reconocer la enorme complejidad que supone ejecutar y articular, jurídicamente, un nuevo mecanismo en el que tengan cabida las cotizaciones de los robots a la Seguridad Social en favor del progreso social, y sin que ello represente una pérdida de inversiones y, por lo tanto, un menor crecimiento económico. El reto de este nuevo planteamiento está en conseguir mejorar los ingresos y aumentar las cotizaciones, pero sin perjudicar la innovación y el desarrollo tecnológico.

En síntesis, lo que se pretende con este análisis es abrir la discusión y el debate en torno a una temática tan actual y dinámica como es la robotización del empleo. En primer lugar, se estudiará esta problemática, así como el impacto de la robótica y de la inteligencia artificial en el mercado de trabajo. Posteriormente, se analizará el avance de la Unión Europea hacia la regulación de la robótica y de la inteligencia artificial, así como la introducción de mecanismos que permitan la cotización de los robots para garantizar la sostenibilidad de los regímenes de seguridad social europeos. Después, se pondrá de manifiesto la necesidad de crear una personalidad jurídica específica para los robots, de modo que al menos los robots autónomos más complejos puedan ser considerados «personas robóticas» o «personas electrónicas» con sus propias características y repercusiones. Para concluir, se reflexionará sobre el impacto que puede tener la cotización de los robots en la innovación, en el desarrollo tecnológico y en la productividad de las organizaciones.

## 2. EL RETO DE LA ROBOTIZACIÓN

Encontrar algunas claves que permitan delimitar el concepto de robotización y el lugar que ocupa en la sociedad actual nos conduce a revisar la historia de las cuatro revoluciones industriales.

La primera<sup>5</sup> significó la introducción de sistemas de producción urbanos, industrializados y mecanizados<sup>6</sup>, es decir, la incorporación de máquinas en la realización de determinadas tareas. Más tarde, la segunda revolución trajo consigo la división del trabajo, la producción en serie y la electricidad. Ya en la tercera se implantaron líneas automatizadas de producción y se extendieron los dispositivos electrónicos. En este sentido, parece conveniente señalar que la automatización supuso dar un paso más allá de la mecanización, ya que implicó la supresión parcial o total de la intervención de los seres humanos en el desempeño de tareas muy diversas.

Estas tres oleadas de transformaciones han cambiado el trabajo humano mucho más en doscientos años que en diez mil. No obstante, el proceso no ha finalizado, sino más bien todo lo contrario, pues son numerosos los autores que hablan ya de una cuarta revolución industrial<sup>7</sup>, también conocida como revolución de los robots, revolución

<sup>5</sup> La introducción de la máquina de vapor (1784) en las diversas industrias fue un aspecto clave para el éxito de la primera revolución, dado que su uso conllevó un aumento notable de la capacidad de producción. Sobre esta cuestión, resultan interesante la siguiente lecturas: SALORT VIVES, S.: *Revoluciones industriales, trabajo y estado del bienestar: la gran ruptura mundial contemporánea*, Madrid, Silex, 2012; y PEEMANS, J. P.: «Revoluciones industriales: modernización y desarrollo», *Revista historia crítica*, núm. 6, 1992.

<sup>6</sup> La mecanización se define como la incorporación de máquinas para realizar ciertas tareas. La finalidad no es otra que realizar, con una mayor rapidez en el trabajo y una mejor calidad en el resultado, determinadas tareas y acciones que anteriormente se llevaban a cabo manualmente.

<sup>7</sup> La cuarta revolución industrial ya ha llegado. Y con ella, se presenta un nuevo y cambiante entorno económico y laboral mucho más mecanizado en el cual tanto los robots como la inteligencia artificial están (...)

robótica o robotización, que se caracteriza por el auge de la inteligencia artificial y de los robots.

Sentado lo anterior, podría definirse la robotización como una total automatización de los procesos, sin la intervención humana, basada en el establecimiento de redes inteligentes que pueden tomar decisiones, cooperar y controlarse a sí mismas en función de las necesidades y del medio.

Para comprender mejor este avance imparable de los robots y de la inteligencia artificial, es conveniente también definir qué se entiende por «robot». Esta denominación de robot es relativamente reciente, pero el concepto en sí es muy antiguo. Y es que antiguamente aparecía expresado, entre otros sinónimos, como autómatas. En cualquier caso, la primera vez que se utilizó el término robot fue en el año 1923 por el escritor Karel Čapek en su obra teatral R.U.R. (Rossum's Universal Robots), palabra que procede del término checo robotnik cuyo significado es «siervo», «servidor» o «trabajador forzado».

El Diccionario de la Real Academia Española (RAE) señala que un robot puede ser definido como una *«máquina o ingenio electrónico programable, capaz de manipular objetos y realizar operaciones antes reservadas solo a las personas»*<sup>8</sup>.

Conforme a la acepción que proporciona la Enciclopedia Británica, puede definirse como *«cualquier máquina operada automáticamente que reemplaza a la fuerza humana, aunque no se asemeja a los seres humanos en apariencia ni realiza sus funciones de la misma manera»*<sup>9</sup>.

Por su parte, el Diccionario Merriam Webster define el término robot de tres maneras diferentes: *«máquina que se asemeja a los humanos y desarrolla como ellos tareas complejas como andar o hablar»*; *«dispositivo que desarrolla de manera automática*

llamados a ocupar un papel cada vez más decisivo en el sistema productivo. Entre otros, NAVARRO, P. A.: «La revolución de los robots: La cuarta revolución industrial apunta hacia la automatización total de la manufactura. El 45 por ciento de las tareas humanas son reemplazables por máquinas», *El siglo de Europa*, núm. 1191, 2017, quien afirma que *«La cuarta (revolución) apunta hacia la automatización total de la manufactura. Su denominación proviene de un proyecto de estrategia de alta tecnología puesto en marcha por el Gobierno alemán, en el que llevan trabajando desde 2013 para llevar su producción a una total independencia de la mano de obra humana. La automatización, tal y como se mencionaba, se está desarrollando a través de sistemas ciberfísicos que combinan maquinaria física y tangible con procesos digitales, y que son capaces de tomar decisiones y de cooperar -entre ellos y con los humanos- mediante el 'internet de las cosas' (concepto que hace referencia a la interconexión digital de objetos cotidianos y máquinas con internet) para dar lugar a lo que ya se conoce como "fabrica inteligente»*, si bien pueden mencionarse otros autores como GARCÍA DÍAZ, F. J.: «La robótica y el cambio de paradigma de la cuarta revolución industrial», *Revista de privacidad y derecho digital*, núm. 2, 2016.

<sup>8</sup> El Diccionario de la Real Academia Española contiene dos acepciones sobre el término robot, primeramente lo define como *«máquina o ingenio electrónico programable, capaz de manipular objetos y realizar operaciones antes reservadas solo a las personas»* y, luego como *«programa que explora automáticamente la red para encontrar información»*. A estos efectos, puede consultarse el siguiente enlace: <http://dle.rae.es/?id=WYRIhzm>.

<sup>9</sup> Según la Enciclopedia Británica: *«Robot, any automatically operated machine that replaces human effort, though it may not resemble human beings in appearance or perform functions in a humanlike manner»*. Traducido al español. Un robot es *«cualquier máquina operada automáticamente que reemplaza a la fuerza humana, aunque no se asemeja a los seres humanos en apariencia ni realiza sus funciones de la misma manera»*. Véase el siguiente enlace: <https://www.britannica.com/technology/robot-technology>.

*tareas complicadas, a menudo de manera repetitiva»; y «mecanismo guiado por control automático»<sup>10</sup>.*

Se habla otras veces de robot de un modo más específico como «*la máquina robotizada*» que «*se caracteriza porque puede manejar objetos y, lo más interesante, es un dispositivo multifuncional y reprogramable. Una máquina robotizada es capaz de hacer trabajos totalmente diferentes y adaptarse al medio, ya que puede tomar decisiones en función de las condiciones exteriores*»<sup>11</sup>.

Hay ocasiones también en que se define a los robots como «*máquinas (que) pueden funcionar durante largos períodos de tiempo sin control humano, lo que presagia el surgimiento de una innovación en los procesos y un desarrollo de la productividad. Aunque inicialmente los robots fueron construidos para realizar tareas sencillas, en la actualidad incorporan cada vez más funciones cognitivas derivadas de la inteligencia artificial. Los robots, al igual que otros tipos de automatización, pueden convertirse en complementos necesarios y, en muchos casos, sustitutos de la mano de obra convencional*»<sup>12</sup>.

A simple vista, puede parecer que los algunos de los conceptos anteriores están obsoletos o incompletos, lo cual es normal si se tiene en cuenta que cualquier definición suele quedar anticuada en un corto período de tiempo, especialmente en un ámbito en constante cambio como el de la robótica y los avances tecnológicos.

Por ello, en este trabajo nos permitimos añadir a las anteriores definiciones de robot el adjetivo inteligente<sup>13</sup>, el cual nos remite al concepto de inteligencia artificial. Este término fue acuñado por un informático estadounidense, John McCarthy, en el verano de 1956 durante una conferencia celebrada en Dartmouth<sup>14</sup>. Hoy en día, a través de la

<sup>10</sup> Según el Diccionario Merriam Webster, un robot es: «*a machine that looks like a human being and performs various complex acts (such as walking or talking) of a human being*» (en español, «una máquina que se asemeja a los humanos y desarrolla como ellos tareas complejas como andar o hablar»); «*a device that automatically performs complicated often repetitive tasks*» (lo que se traduce como «un dispositivo que desarrolla de manera automática tareas complicadas, a menudo de manera repetitiva»); y «*a mechanism guided by automatic controls*» (es decir, «un mecanismo guiado por control automático»). Puede consultarse el siguiente enlace: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/robot>.

<sup>11</sup> A diferencia de la automatización, que responde siempre de la misma forma ante sucesos de idéntica naturaleza. MARCH PUJOL, M. Y TRAVÉ MERCADÉ, P.: *Manual de estancias en prácticas tuteladas*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2012, págs. 89-90.

<sup>12</sup> MERCADER UGUINA, J. R.: «La robotización y el futuro del trabajo», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 27, 2017, págs. 13-24.

<sup>13</sup> El adjetivo inteligente (smart) nos remite al concepto de inteligencia artificial o IA (en castellano y AI en inglés), entendida como «*una ciencia perteneciente a la rama de la Cibernética, que estudia el mecanismo de la inteligencia humana con el fin de crear máquinas inteligentes, capaces de realizar cálculos y de "pensar", elaborar juicios y tomar decisiones. Sus orígenes se remontan miles de años atrás, pues en casi todas las mitologías existe algún tipo de "máquina" divina o casi divina de ésta naturaleza. Definir su comienzo en la Edad Moderna y Contemporánea es muy difícil pues son muchos los inventores y genios que han ido contribuyendo a crear éstas máquinas, Leonardo Da Vinci, Blas Pascal, Charles Babbage o Alan Turing y uno cometería grandes errores e injusticias. No obstante, son muchos los especialistas en computación que en las últimas décadas consideran como primera máquina inteligente a la "máquina de Turing", creada por Alan Turing*». En este sentido, VILLCA TAPIA, W. P.: «Robótica», *Revista de información, tecnología y sociedad (RITS)*, núm. 1, 2008.

<sup>14</sup> El término inteligencia artificial nació en una conferencia que tuvo lugar en el verano del año 1956 en Estados Unidos, concretamente en Dartmouth, en la que participaron los que con el tiempo han sido los investigadores principales del área. Para la preparación de la reunión, J. MCCARTHY, con la ayuda de M. MINSKY, N. ROCHESTER y C. E. SHANNON, redactó una propuesta en la cual apareció por primera vez en (...)

inteligencia artificial un robot puede adaptarse a muy diversas circunstancias y tomar decisiones<sup>15</sup>, así como realizar operaciones más complejas y más seguras.

Si nos centramos en la nota técnica<sup>16</sup> ISO 8373:2012, una máquina o robot inteligente es «un robot capaz de realizar tareas sondeando su entorno y/o interactuando con fuentes externas y adaptando su comportamiento». Asimismo, puede definirse<sup>17</sup> como aquel robot que «incluye la capacidad de recibir instrucciones de alto nivel expresadas como "comandos" para realizar una tarea general, trasladando dichas instrucciones a un conjunto de acciones que deben ejecutarse para llevar a cabo dicha tarea. Será consciente de su entorno y capaz de tomar decisiones acerca de sus acciones basadas, en parte, en la interpretación de dicho entorno».

Por tanto, en un intento de conseguir un concepto integrador, se puede decir que los robots inteligentes son aquellas máquinas que no solamente son capaces de realizar tareas durante largos períodos de tiempo sin control humano, sino que también son capaces de operar y tomar decisiones, adaptándose al entorno y desenvolviéndose en situaciones altamente impredecibles.

Una vez realizadas estas consideraciones previas, que desde luego dan para seguir analizándolas hasta el agotamiento, llega el momento de centrarse en el impacto que tiene la robotización sobre el empleo.

### 3. LA INCIDENCIA DE LA REVOLUCIÓN ROBÓTICA SOBRE EL EMPLEO

Actualmente, la problemática del empleo constituye uno de los temas que más preocupa a los distintos gobiernos y a los ciudadanos. Es por ello que ocupe un lugar prioritario el análisis del impacto de la robótica y de la inteligencia artificial en el mercado de trabajo<sup>18</sup>, especialmente el análisis sobre hasta qué punto pueden los robots y la inteligencia artificial sustituir, complementar o perfeccionar el trabajo realizado por los seres humanos.

---

la historia el concepto de «inteligencia artificial». En este sentido, TORRA, V.: «La inteligencia artificial», *Revista Lychnos*, núm. 7, 2011, pág. 14.

<sup>15</sup> En este sentido, MORA GONZÁLEZ, S.: «Máquinas inteligentes (smart machines)», *Investiga.TEC*, núm. 29, 2017, págs. 14-17, y SUÁREZ GONZÁLEZ, A.: «La inteligencia artificial a través de sus científicos», *Encuentros multidisciplinares*, núm. 47, 2014, págs. 72-80.

<sup>16</sup> La nota técnica ISO 8373:2012 (en) contiene la siguiente definición de robot «*intelligent robot*»: «*robot capable of performing tasks by sensing its environment and/or interacting with external sources and adapting its behaviour*». Puede consultarse el siguiente enlace: <https://www.iso.org/standard/55890.html>.

<sup>17</sup> GROOVER M. P.: *Industrial robotics*, New York, McGraw-Hill, 1986.

<sup>18</sup> El terreno laboral no solo se está viendo afectado por la robotización y la inteligencia artificial. También las nuevas formas de «economía colaborativa» están causando revuelo, ya que hacen que nos replanteemos conceptos y categorías clásicos del Derecho del Laboral. La denominada Uberización, por ejemplo, rompe los esquemas de los contratos de trabajo y del trabajador tal como se vienen concibiendo hasta ahora. Sobre esta cuestión, es recomendable la siguiente lectura: ARAGÜEZ VALENZUELA, L.: «Nuevos modelos de economía compartida: Uber economy como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 5, núm. 1, 2017, págs. 167-189.

Son muchas las voces que consideran que la actual revolución robótica es muy superior a las vividas en el pasado y que los robots y máquinas inteligentes no pueden compararse con la aparición, por ejemplo, de la imprenta o, más recientemente, de Internet<sup>19</sup>.

En un intento de ser positivos y optimistas respecto al futuro del empleo, podemos pensar que el auge de la robotización puede traducirse en mejoras significativas del sistema productivo y de las oficinas, todo ello manteniendo altos estándares de calidad. Muchas máquinas pueden realizar sus funciones durante largos períodos de tiempo sin necesidad de la mano de obra del ser humano, lo que se puede traducir en una mayor seguridad<sup>20</sup>, una mayor innovación en los procesos, un mejor desarrollo de la productividad y una reducción de costes. Desde esta óptica, el desarrollo tecnológico puede venir acompañado de la creación de nuevos puestos de empleo, como se intenta poner de manifiesto en la siguiente tabla, en la que se ha hecho referencia a once nuevas profesiones<sup>21</sup> fruto de la robotización que van a dar mucho que hablar en los próximos años<sup>22</sup>.

NUEVAS PROFESIONES FRUTO DE LA ROBOTIZACIÓN	
NUEVAS PROFESIONES	DESCRIPCIÓN
<b>Analista y programador de Internet de las cosas</b>	Profesional con conocimientos analíticos, de programación y lógica, capaz de sacar partido a la llegada de las nuevas tecnologías y normalmente formado en ingeniería informática.
<b>Arquitecto de nuevas realidades</b>	Persona con conocimiento de desarrollo de videojuegos, sociología y psicología. Su formación debe incluir programación, gamificación, realidad virtual y aumentada, complementados con nociones de humanidades.
<b>Científico de datos</b>	Profesional con formación matemática o estadística, capaz de estudiar los datos de una organización y generar indicadores que anticipen las tendencias del negocio y propongan medidas correctoras.
<b>Diseñador de órganos</b>	Experto de la rama de la medicina con conocimientos de impresión de órganos en 3D para trasplantes y experimentación médica. También con conocimientos en bioimpresión, para investigar el desarrollo de nuevos materiales y técnicas que permitan lograr órganos cada vez más parecidos a los humanos.
<b>Robotista</b>	Profesional especializado en el desarrollo de robots, con conocimientos de ingeniería y ciencias de la computación, que debe disponer con capacidades relacionadas con la humanización de la inteligencia artificial. Además de formarse en ingeniería e informática, debe tener conocimientos de inteligencia artificial e impresión 3D.

<sup>19</sup> El proceso de robotización no será excesivamente veloz, pero ello no implica que se deba mirar con descaro hacia otro lado. Si la sociedad no se adapta a este nuevo fenómeno, los riesgos se podrían convertir en realidades.

<sup>20</sup> Los robots pueden realizar todo tipo de funciones, incluidas las más rutinarias, peligrosas y penosas. De este modo, las organizaciones pueden ganar en seguridad, evitando desgastar o poner en riesgo a los trabajadores a través del desarrollo de acciones de riesgo.

<sup>21</sup> Puede consultarse al respecto el artículo «Once profesiones nuevas que van a dar mucho que hablar», disponible en [http://elpais.com/elpais/2016/10/26/talento\\_digital/1477502097\\_899751.html](http://elpais.com/elpais/2016/10/26/talento_digital/1477502097_899751.html), donde SILVIA LEAL, asesora de la Comisión Europea en competencias digitales, selecciona las disciplinas laborales que surgirán con los avances tecnológicos.

<sup>22</sup> En cuanto a la formación profesional exigida para la mayoría de estos nuevos puestos de trabajo, no se prevé, por el momento, la exigencia de estar en posesión de una Titulación específica, quizá porque no existe actualmente planificación universitaria al respecto. Sí que se prevén varios caminos que suelen partir de un Título universitario tradicional y complementarse con cursos de especialización o posgrados.

<b>Diseñador de redes neuronales robóticas e inteligencia artificial</b>	<i>Personal con conocimientos de programación, lógico-matemáticos y, en la medida de lo posible, de filosofía para el desarrollo de nuevas aplicaciones sobre esta tecnología. Este profesional abre las puertas para trabajar en el funcionamiento del cerebro y en la tecnología necesaria para replicarlo de forma artificial.</i>
<b>Terapeuta de empatía artificial</b>	<i>Terapeuta con conocimientos en psicología, sociología, psiquiatría y tecnología.</i>
<b>Impresor 3-D</b>	<i>Trabajador creativo y capaz de inventar nuevos modelos factibles y rentables, con conocimientos en las herramientas de impresión 3D. Ofrece muchas oportunidades emprendedoras.</i>
<b>Protésico robótico</b>	<i>Médico o profesional de la salud, con conocimientos en robótica, impresión 3D, biología, telepatía y tecnologías informáticas, que se encarga de que los miembros recuperen sus funciones.</i>
<b>Ingeniero de nanorobots médicos</b>	<i>Trabajador con conocimientos multidisciplinares que experimenta con nanorobots para, entre otros usos, transportar fármacos por dentro del cuerpo.</i>
<b>Abogado especializado en drones y ciberseguridad</b>	<i>Abogado con conocimientos acerca de la tecnología y de su marco regulador, consciente del impacto y de las posibles consecuencias de estos avances sobre nuestras vidas y sobre la seguridad de las empresas.</i>

En la misma línea, se posiciona la Agenda estratégica de investigación sobre la robótica para el período 2014-2020<sup>23</sup>, que apunta a que el actual proceso de robotización tendrá una repercusión positiva en el mercado de trabajo, especialmente en la creación de empleo.

Particularmente, se señala que *«la tecnología robótica llegará a ser dominante durante la próxima década. Influirá sobre todos los aspectos del trabajo y del hogar. La robótica tiene el potencial necesario para transformar las vidas y las prácticas laborales, para elevar los niveles de eficiencia y de seguridad, para ofrecer mejores servicios y para crear empleo. Su impacto será cada vez mayor, a medida que se multipliquen las interacciones entre los robots y las personas»*<sup>24</sup>.

Este futuro sería el menos arriesgado para la sociedad, ya que se crearían más puestos de trabajo que los que se destruirían. Además, desde esta perspectiva, los robots se desarrollarían fundamentalmente para desempeñar un papel complementario (y no sustitutivo de la mano de obra del ser humano), de tal forma que las personas no tendrían que competir con los robots y autómatas, ya que se mantendrían la mayor parte de los puestos y funciones tradicionales.

<sup>23</sup> La Agenda estratégica de investigación sobre la robótica para el período 2014-2020 fija las prioridades estratégicas establecidas por Europa para impulsar la investigación en el área de la robótica, durante el período 2014-2020. La Agenda pretende, en definitiva, alcanzar los objetivos que se enumeran a continuación: detectar y destacar las oportunidades de investigación e innovación en el sector de la robótica en Europa; identificar el estado actual de la tecnología y anticiparse a necesidades futuras; y presentar la industria de la robótica europea a nuevos agentes de interés. En este sentido, EU ROBOTICS AISBI: *«Strategic research agenda for robotics in Europe. Years 2014-2020 (Agenda estratégica de investigación sobre la robótica para el período 2014-2020)»*, 2013. Disponible en: [https://ec.europa.eu/research/industrial\\_technologies/pdf/robotics-ppp-roadmap\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/research/industrial_technologies/pdf/robotics-ppp-roadmap_en.pdf).

<sup>24</sup> Traducción al español del texto original de la Agenda, que señala literalmente lo siguiente: *«Robotics Technology will become dominant in the coming decade. It will influence every aspect of work and home. Robotics has the potential to transform lives and work practices, raise efficiency and safety levels, provide enhanced levels of service and create jobs. Its impact will grow over time as will the interaction between robots and people»*.

Sin embargo, lo más probable es que, siguiendo las presiones de la economía y de la productividad, se pongan en marcha estrategias de sustitución de la mano de obra humana. Sobre esta base, el número de empleos producidos mediante la robotización no sería suficiente para compensar la pérdida de puestos de trabajo que ocasionaría la misma.

La siguiente tabla, elaborada a partir de la información que se muestra en un artículo<sup>25</sup> publicado por BBC News –tomando como base los datos de un estudio<sup>26</sup> realizado por los investigadores Carl Benedikt Frey y Michael Osborne de la Universidad de Oxford–, clasifica 365 profesiones según su probabilidad de desaparecer como consecuencia de la robotización en las próximas décadas (desde la profesión más fácilmente automatizable hasta la menos automatizable).

Hay un gran número de ocupaciones como secretario de despachos jurídicos, asesores financieros, empleados de banca, personal de oficinas de correo, administrativos, empleados de biblioteca, telefonistas, ensambladores, entre otras ocupaciones, que están más expuestos a la automatización. En otras palabras, gran parte de las profesiones que implican tareas manuales, rutinarias o de apoyo administrativo y de oficina –particularmente en servicios legales y financieros–, desaparecerán en las próximas décadas o quedarán reducidas a la mínima expresión. En cambio, otras profesiones relacionadas estrechamente con la ayuda, el cuidado de otros y el sector de la salud están fuera del alcance de la automatización –por ejemplo, los profesionales de la salud, los enfermeros, los terapeutas, los farmacéuticos, los podólogos, los trabajadores sociales o los psicólogos–. Evidentemente, tampoco desaparecerán las ocupaciones que implican la realización de tareas más intelectuales, creativas y originales –por ejemplo, los arquitectos, los artistas, los músicos, los profesores, los periodistas, los diseñadores de ropa o productos y los bailarines o coreógrafos–<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> «Will a robot take your job?» (¿Un robot tomará tu trabajo?), publicado en *BBC News* el día 11 de septiembre de 2015 y disponible en: <http://www.bbc.com/news/technology-34066941>.

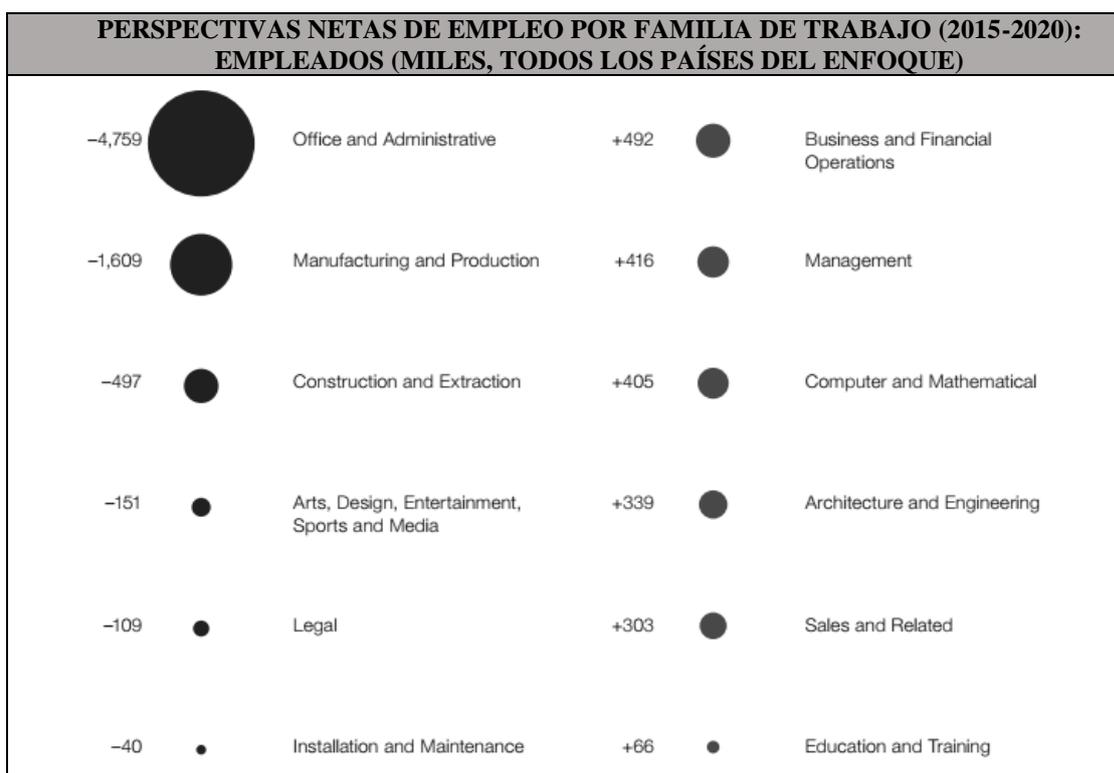
<sup>26</sup> Informe realizado por dos investigadores de la Universidad de Oxford, CARL BENEDIKT FREY y MICHAEL OSBORNE, y publicado en *The Economist*. Estos académicos han determinado la sensibilidad a la automatización de cada una de las profesiones, basándose en las nueve habilidades que se indican a continuación: la percepción social, la negociación, la persuasión, la asistencia y el cuidado de las demás personas, la originalidad, las artes plásticas, la destreza de los dedos, la destreza manual y la necesidad de trabajar en un espacio de trabajo reducido. En este sentido, FREY, C. B. Y OSBORNE, M.: «*The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?*» (*El futuro del empleo: ¿Cuán susceptibles son los empleos para la automatización?*), 2013. Disponible en: <http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/view/1314>

<sup>27</sup> Tampoco son muy susceptibles a la automatización aquellas profesiones que implican tareas que requieren un elevado grado de inteligencia social y habilidades de negociación, como las posiciones gerenciales.

<b>PROFESIONES SEGÚN SU PROBABILIDAD DE SER AUTOMATIZADAS POR LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS ROBOTS</b>		
<b>RANKING</b>	<b>PROFESIONES</b>	<b>RIESGO DE AUTOMATIZACIÓN</b>
1.	Vendedor telefónico	99 %
2.	Mecanógrafo	98,5 %
3.	Secretario de despachos jurídico	97,6 %
4.	Asesor financiero	97,6 %
5.	Clasificador (los sexadores de pollos, por ejemplo)	97,6 %
6.	Inspector técnico	97,6 %
7.	Administrador de ventas	97,2 %
8.	Encargado de libros de cuentas, nóminas y salarios	97 %
9.	Oficial de finanzas	97 %
10.	Agente de pensiones y seguros	97 %
11.	Empleado de banca o de correos	96,8 %
12.	Administrativo o financiero	96,8 %
13.	Funcionario de ONG	96,8 %
14.	Administrativo de gobierno local	96,8 %
15.	Empleado de biblioteca	96,7 %
16.	Ensamblador	96,7 %
17.	Maquinista del papel y la madera	96,5 %
18.	Operador de comunicaciones	96,5 %
19.	Telefonista	96,5 %
20.	Operario del sector textil	96,1 %
21.	Técnico financiero y contable	95,9 %
22.	Recepcionista	95,6 %
23.	Empleado de transporte y distribución	95,5 %
24.	Estimador, tasador o asesor	95,5 %
25.	Trabajador manual de pesca o agrícola	95,4 %
26.	Contador acreditado y certificado	95,3 %
27.	Experto fiscal	95,3 %
28.	Comerciante experto	95,2 %
29.	Vendedor y asistente de ventas	95,1 %
30.	Vendedor y asesor de vehículos y piezas	95,1 %
31.	Encuadernador	95,1 %
32.	Cobrador de deudas, alquileres y otros	94,7 %
33.	Profesional asociado de los servicios públicos (supervisan y realizan el trabajo administrativo)	94,5 %
34.	Revisor de normas y reglamentos	94,5 %
35.	Gerente y supervisor de limpieza	94,4 %
36.	Amo de llaves	94,4 %
37.	Agente de crédito	94,4 %
38.	Trabajador de venta al por menor	94,4 %
39.	Repartidor	94,4 %
40.	Comerciante callejero y de mercado	94,4 %
...	...	...

<b>PROFESIONES SEGÚN SU PROBABILIDAD DE SER AUTOMATIZADAS POR LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS ROBOTS</b>		
<b>RANKING</b>	<b>PROFESIONES</b>	<b>RIESGO DE AUTOMATIZACIÓN</b>
...	...	...
277.	Diseñador de ropa o de productos	11,3 %
...	...	...
285.	Periodista	8,4 %
286.	Gerente de cuidado residencial y domiciliario	8,3 %
...	...	...
311.	Músico	4,5 %
312.	Trabajador social	4,3 %
...	...	...
316.	Artista	3,8 %
...	...	...
321.	Abogado	2,4 %
...	...	...
333.	Profesional del medio ambiente	2,4 %
334.	Dentista	2,1 %
335.	Fisioterapeuta	2,1 %
336.	Médico	2 %
...	...	...
339.	Arquitecto	1,8 %
340.	Gerente de Investigación y Desarrollo	1,7 %
341.	Miembro del clero	1,6 %
...	...	...
343.	Gerente de oficina	1,4 %
...	...	...
345.	Gerente y supervisor de servicio al cliente	1,4 %
...	...	...
347.	Director de marketing y ventas	1,4 %
...	...	...
350.	Profesional de la salud	1,2 %
351.	Podólogo	1,2 %
352.	Farmacéutico	1,2 %
...	...	...
354.	Enfermero	0,9 %
355.	Matrón	0,9 %
356.	Personal docente y educativo	0,8 %
...	...	...
359.	Gerente o director de servicios de salud y salud	0,7 %
360.	Psicólogo	0,7 %
361.	Terapeuta	0,7 %
...	...	...
365.	Gerente de hotel y alojamiento o propietario	0,4 %

Y hablando de cifras, según un reciente informe<sup>28</sup> del World Economic Forum<sup>29</sup>, la cuarta revolución o revolución robótica podría tener un impacto en el empleo de más de 5,1 millones de puestos de trabajo destruidos en las 15 economías más grandes del mundo (estas son: Estados Unidos, China, Alemania, Australia, Brasil, Francia, India, Italia, Japón, México, Sudáfrica, Turquía, Reino Unido, más dos grupos conformados por la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático –ASEAN– y el Consejo de Cooperación para los Estados Árabes del Golfo –GCC–) durante el período 2015-2020, con una destrucción total de 7,1 millones de puestos –dos tercios de los cuales concentrados en puestos de oficina y administrativos–, y una creación de empleo total de 2 millones de empleos en los campos relacionados con la informática, las matemáticas, la arquitectura y la ingeniería. La siguiente tabla, extraída del informe, muestra las perspectivas netas de empleo por familia de trabajo para el período 2015-2020.



A su vez, el informe<sup>30</sup> de la Universidad de Oxford citado previamente revela que los robots podrían ocupar los puestos de trabajo en los que a día de hoy trabaja el 47 %

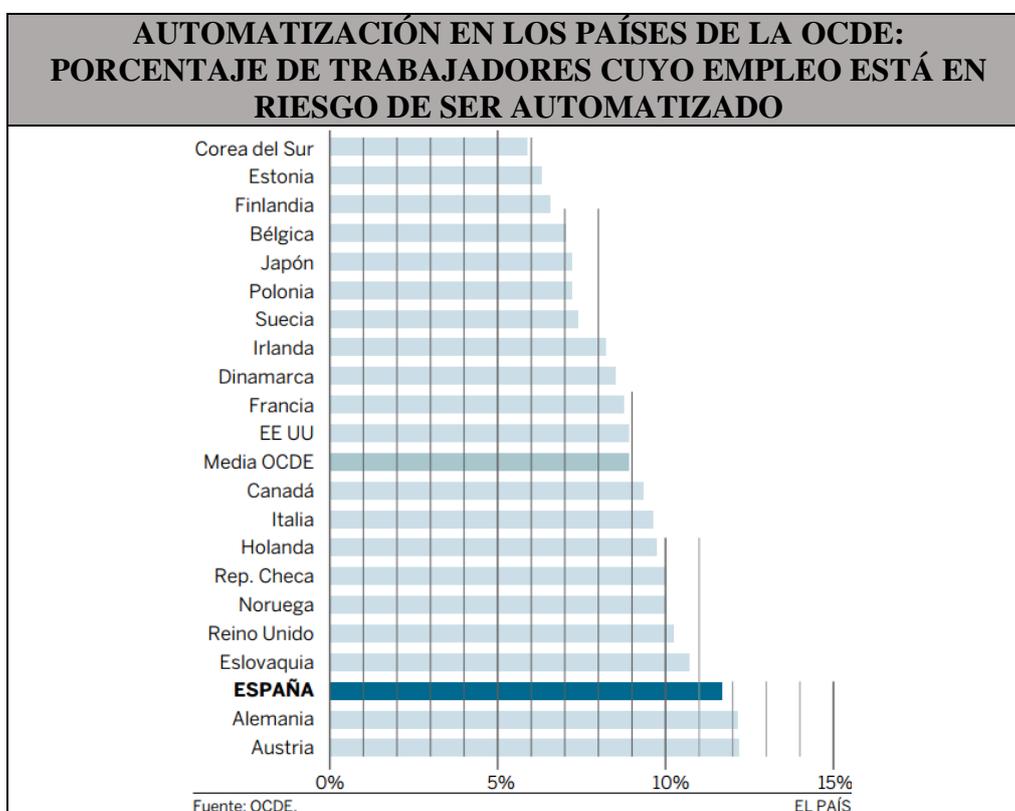
<sup>28</sup> WORLD ECONOMIC FORUM: «*The future of jobs: Employment, skills and workforce strategy for the fourth industrial revolution* (El futuro de los empleos: Estrategia de empleo, habilidades y mano de obra para la cuarta revolución industrial)», 2016. Disponible en: <https://www.weforum.org/reports/the-future-of-jobs>. Este informe se basa en las 15 de las economías más grandes del mundo, las cuales son: Australia, Brasil, China, Francia, Alemania, India, Italia, Japón, México, Sudáfrica, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos, más los grupos ASEAN (Association of Southeast Asian Nations) y GCC (The Cooperation Council for the Arab States of the Gulf). En conjunto, todas estas economías suponen el 65 % de la fuerza laboral mundial.

<sup>29</sup> En castellano, Foro Económico Mundial o Foro de Davos. Es una fundación sin fines de lucro con sede en Ginebra que reúne cada año en el Monte de Davos (Suiza) a los principales líderes empresariales, líderes políticos internacionales y periodistas e intelectuales selectos para analizar los problemas más apremiantes que afronta el mundo.

<sup>30</sup> FREY, C. B. Y OSBORNE, M.: «*The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?*» (El futuro del empleo: ¿Cuán susceptibles son los empleos para la automatización?), 2013. Disponible en: <http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/view/1314>. Véase también: «Profesiones que desaparecen y otras que son el futuro pero aún no existen», publicado en El Mundo el día 30 de enero de 2016 y disponible en: <http://www.elmundo.es/economia/2016/01/30/56aba00222601d457c8b465f.html>.

de la población activa, lo cual significaría la destrucción de más de 1.600 millones de puestos de trabajo. Según este trabajo, los devastadores efectos de la revolución robótica se manifestarán tanto en los países desarrollados como en países que están en vías de serlo. Sin embargo, se señala que hay puestos trabajos más propensos a ser automatizados como, por ejemplo, aquellos que impliquen funciones rutinarias o aquellos que impliquen tareas relacionadas con el transporte, la producción, la agricultura o la venta al público.

Por otro lado, es importante destacar que –según un estudio<sup>31</sup> de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)– en países como Austria, Alemania o España<sup>32</sup> podría desaparecer en las próximas décadas aproximadamente el 12 % de los puestos de trabajo como consecuencia de la revolución robótica<sup>33</sup>, frente al 9 % de la media de los puestos de trabajo en la OCDE. Mientras tanto, en países como Finlandia, Estonia y Corea el riesgo de automatización será mucho menor –concretamente, tienen un riesgo del 6 % aproximadamente–. Pueden consultarse los porcentajes anteriores en la gráfica que se muestra a continuación.



<sup>31</sup> OCDE: «El riesgo de la automatización en el trabajo (*The risk of automation for jobs in OECD countries*)», 2016. Disponible en [http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/the-risk-of-automation-for-jobs-in-oecd-countries\\_5jlz9h56dvq7-en](http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/the-risk-of-automation-for-jobs-in-oecd-countries_5jlz9h56dvq7-en).

<sup>32</sup> En España, los expertos de CaixaBank Research pronostican que «un 43 % de los puestos de trabajo actualmente existentes en España tienen un riesgo elevado de ser automatizados a medio plazo», mientras que el resto de los puestos de empleo quedan repartidos a partes iguales entre el grupo de riesgo medio y bajo. En este sentido, CAIXABANK RESEARCH: «Informe mensual núm. 398», 2016. Disponible en: <http://www.caixabankresearch.com/im398>.

<sup>33</sup> Un golpe duro para España, que cuenta en la actualidad con una tasa de empleo que supera el 17 %, según los datos que ofrece el Instituto Nacional de Estadística (INE). Véase el siguiente enlace: [http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595](http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595).

Como se ha puesto de relieve, nos enfrentamos a un enorme reto, probablemente el reto que defina al siglo XXI como el siglo de la destrucción masiva de puestos de trabajo. Lamentablemente, gran parte de los puestos de trabajo que se destruyan ya no volverán jamás y serán sustituidos para siempre.

Pero junto a la destrucción de empleo, hay otro efecto que debe tenerse en cuenta para conocer mejor el impacto de la robotización sobre el mercado de trabajo: la «polarización de la ocupación»<sup>34</sup>. Es decir, el empleo se está concentrando en puestos de trabajo más cualificados y en puestos que exigen un gran conocimiento tecnológico, a la vez que se está produciendo una pérdida progresiva de puestos de trabajo manuales y rutinarios.

Lo anterior encuentra su explicación en la «*incorporación de las nuevas tecnologías. Las mismas han disminuido la demanda de trabajadores que realizan tareas rutinarias que pueden ser mecanizadas fácilmente, a la vez que ha incrementado la demanda relativa de los puestos de trabajo que mantienen una cierta ventaja sobre la tecnología, ya sea porque precisan de mayor creatividad o porque requieren habilidades manuales o interpersonales*»<sup>35</sup>.

Ahora bien, la polarización podría ir mucho más lejos y afectar a sectores con una elevada cualificación. Es el caso del robot Watson, basado en tecnología de aprendizaje de máquina y procedimientos de inteligencia artificial. Es capaz de leer, comprender, generar hipótesis cuando se le formula una pregunta, y responder con referencias y citas –está desarrollado para bucear rápidamente en la legislación y en la jurisprudencia– para respaldar las conclusiones. Además, tiene capacidad de aprendizaje y de adaptación al entorno, ya que cuanto más se utiliza, más rápidas y certeras son sus respuestas, que no son simples referencias sino textos estructurados en función del criterio especificado. A día de hoy sólo es anecdótico su impacto real en el mercado, pero podría convertirse en el sustituto de los abogados en un futuro no muy lejano. Ya lo están poniendo a prueba grandes despachos internacionales.

Hay también otro efecto que debe considerarse. Si bien la revolución robótica puede elevar los ingresos globales y mejorar la calidad de vida de muchas poblaciones, también puede producir un aumento de la desigualdad en los salarios y en la renta, no solo entre clases, sino también entre las distintas regiones del planeta –la distribución regional de la robotización es desigual; son los países emergentes de Asia los que más están aprovechando el potencial los cambios tecnológicos–.

Todos estos efectos en el mercado de trabajo son una potente voz de alarma ante los profundos cambios tecnológicos que se van produciendo progresivamente.

---

<sup>34</sup> CES: «*Informe sobre competencias profesionales y empleabilidad del Consejo Económico y Social de España*», 2015, págs. 24-30. Disponible en: <http://www.ces.es/>.

<sup>35</sup> MERCADER UGUINA, J. R.: «La robotización y...», op. cit., págs. 13-24.

## 4. UN ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DE LAS MÁQUINAS INTELIGENTES A LA SEGURIDAD SOCIAL

### 4.1. LA SEGURIDAD SOCIAL: UN PUNTO DE PARTIDA

Desde hace ya algún tiempo, existe una gran preocupación en Europa en torno a la sostenibilidad financiera de los distintos sistemas de Seguridad Social europeos, debido a las enormes presiones que ejercen sobre la misma diversos fenómenos sociales, tecnológicos, demográficos y económicos.

Uno de estos fenómenos es, sin duda, el progresivo envejecimiento de la población, especialmente acelerado como consecuencia de una disminución de la tasa de natalidad (producida por la contención de la fecundidad propia de las sociedades más avanzadas y de los países más desarrollados), por un lado, y del aumento de la esperanza de vida, por otro.

En Europa, por ejemplo, según las estimaciones de la Oficina Europea de Estadística (EUROSTAT)<sup>36</sup>, la población mayor de 65 años, la cual tuvo una participación del 19,2 % en el pasado año 2016 (un aumento del 0,3 % con respecto al año anterior y un aumento del 2,4 % en comparación con 10 años antes), pasará a ser del 23,9 % en 2030 y del 29 % en 2060.

Mientras tanto, en España, según las estimaciones realizadas por el Instituto Nacional de Estadística (INE), la población mayor de 65 años, que en 2016 representaba el 18,7 % del total de la población, pasará a ser del 25,6 % en 2031 y del 34,6 % en 2066<sup>37</sup>. Todo ello supondrá tanto un aumento brutal del número de pensiones de jubilación a pagar y de la duración de las mismas (las pensiones se pagarán durante más años), como una reducción significativa del número de cotizantes a la Seguridad Social.

Otro de los grandes fenómenos que condicionarán el futuro financiero y la viabilidad de los diferentes países europeos es el proceso de robotización del mercado de trabajo. Es innegable, como veremos a continuación, que la robotización implicará una drástica destrucción de puestos de trabajo y, por tanto, una reducción considerable de los ingresos por cotizaciones a la Seguridad Social.

Por si todo lo anterior no bastara, la crisis financiera y económica que comenzó en el año 2007 ha agravado aún más los problemas derivados del envejecimiento y de la robotización del empleo, ya que en los últimos diez años, el número de afiliados a la Seguridad Social se ha reducido enormemente.

<sup>36</sup> Al respecto, pueden consultarse los datos del siguiente Informe: EUROSTAT: «*Population structure and ageing (Estructura de la población y envejecimiento)*», 2017. Disponible en: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Population\\_structure\\_and\\_ageing](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Population_structure_and_ageing).

<sup>37</sup> Si se mantienen las tendencias demográficas actuales, España podría perder España más de medio millón de habitantes en los 15 próximos años y 5,4 millones hasta 2066. De mantenerse las tendencias actuales, la tasa de dependencia (el cociente, en tanto por ciento, entre la población menor de 16 años o mayor de 64 y la población de 16 a 64 años) se elevaría desde el 53,5 % actual hasta el 62,2 % en 2031, alcanzando el 87,7 % en 2066. Por otro lado, hay que señalar que las únicas comunidades autónomas que ganarán población en los próximos 15 años son Comunidad de Madrid, Canarias, Illes Balears, Región de Murcia y Cataluña. Pueden consultarse estos datos, así como los porcentajes de la población española en el enlace que se muestra a continuación: <http://www.ine.es/prensa/np994.pdf>.

Ante esta tesitura, en los últimos años los diferentes países europeos han venido emprendiendo reformas muy variadas<sup>38</sup> y acelerando la búsqueda de mecanismos alternativos, frente a los esquemas tradicionales, para garantizar el buen funcionamiento y la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social a medio y largo plazo. Pero lo cierto es que estos mecanismos y reformas no están respondiendo adecuadamente.

Conviene, por tanto, reflexionar y encontrar nuevas fórmulas para asegurar de la mejor forma posible la viabilidad futura de los sistemas nacionales de Seguridad Social. Una fórmula apropiada podría ser exigir que los robots contribuyan mediante cotizaciones a la Seguridad Social.

## 4.2. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA COTIZACIÓN DE LOS ROBOTS Y DE LAS MÁQUINAS INTELIGENTES

### 4.2.1. LA NECESARIA REGULACIÓN EN MATERIA DE ROBÓTICA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El pasado mes de enero del año 2015, el Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo (JURI) creó un grupo de trabajo que celebró diversas reuniones e hizo público un borrador de informe<sup>39</sup> –con recomendaciones a la Comisión– en el que se recogían una serie de principios, de naturaleza jurídica y ética, que deberían aplicarse a las normas futuras de derecho civil europeo en materia de robótica. Ciertamente, lo que se pretendía era que la Unión Europea adoptase medidas respecto de las cuestiones jurídicas y éticas planteadas por la robótica y la inteligencia artificial

Más tarde, en febrero del presente año 2017, el Parlamento Europeo aprobó una Resolución relativa a normas de Derecho Civil en la robótica<sup>40</sup> con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la materia<sup>41</sup>, que si bien podría afirmarse que tiene una mayor trascendencia en el ámbito del Derecho Civil, especialmente, en lo que se refiere

<sup>38</sup> Las reformas emprendidas en los países europeos *«han sido muy variadas, éstas se pueden clasificar en dos grandes grupos: reformas paramétricas y reformas estructurales. Las primeras consisten en revisar los principales parámetros que afectan al cálculo de la pensión, pero sin cambios bruscos en la filosofía del sistema. Si bien estas reformas producen mejoras importantes en la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, la intensidad de la transición demográfica está obligando a muchos países europeos a introducir reformas estructurales que implican modificaciones más profundas del sistema de pensiones»*. En este sentido, véase: DEVESA CARPIO, J. E. (et al): «Reformas de los sistemas de pensiones en La Unión Europea», *Revista Unión Europea Aranzadi*, núm. 2, 2015, págs. 27-44. Asimismo, pueden resultar interesantes las siguientes lecturas: DEL VALLE DE JOZ, J. I.: «La sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, un objetivo compartido», *Revista Aranzadi Social: Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 4, 2009, págs. 107-129; y ARAGÓN GÓMEZ, C.: «Otra vuelta de tuerca a la reducción de la cuantía de las pensiones: 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 AA.VV., *Anuario laboral 2015: doctrina científica, casos prácticos y doctrina administrativa*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 43-63.

<sup>39</sup> Puede consultarse en el enlace que se muestra a continuación el Proyecto de Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML%2BCOMPARL%2BPE-582.443%2B01%2BDOC%2BPDF%2BV0/ES>

<sup>40</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. El texto se encuentra disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2017-0051&language=ES>

<sup>41</sup> Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica. Debe tenerse presente que la Comisión es el órgano competente para discutir y debatir este marco normativo. Finalmente, será en la Comisión donde se decidirá si se avanza o no en la regulación de la robótica y de la inteligencia artificial.

al establecimiento de las normas reguladoras de la responsabilidad derivada de los daños que pudieran causar los robots y las nuevas máquinas inteligentes, no pueden desmerecerse su importante enfoque jurídico-laboral.

En la citada Resolución se pide a la Comisión que empiece a analizar y supervisar más detenidamente la evolución a medio y largo plazo del empleo, con especial hincapié en la creación, la deslocalización y la pérdida de puestos de empleo en los distintos campos/ámbitos de calificación, con el propósito de determinar en qué ámbitos o campos se está creando empleo y en cuáles se está perdiendo (en el proyecto de informe<sup>42</sup> se utilizaba, en cambio, el término «destruyendo») como consecuencia de la mayor utilización de los robots<sup>43</sup>.

Y siguiendo con el análisis, en el texto definitivo de la resolución se considera que, *«ahora que la humanidad se encuentra a las puertas de una era en la que robots, bots, androides y otras formas de inteligencia artificial cada vez más sofisticadas parecen dispuestas a desencadenar una nueva revolución industrial —que probablemente afecte a todos los estratos de la sociedad»*, resulta de especial interés que el legislador pondere las consecuencias jurídicas y éticas, sin obstaculizar con ello la innovación. Entre las consecuencias mencionadas se encuentran las de carácter social, por las que se plantea si el desarrollo de estas máquinas inteligentes debería comportar la contribución a través de cotizaciones a la Seguridad Social.

Por tanto, uno de los objetivos del Parlamento, en la Resolución que analizamos es sentar las bases de una legislación sobre robótica e inteligencia artificial que aborde al menos los aspectos éticos y relativos a los derechos humanos, el principio de cautela y las principales implicaciones de la robótica para los mercados de trabajo y los sistemas de Seguridad Social, y que, al mismo tiempo, no lastre la innovación.

En otras palabras, uno de los objetivos es proponer una serie de instrumentos legislativos sobre los aspectos jurídicos relacionados con el desarrollo y el uso de la robótica y la inteligencia artificial previsibles en los próximos diez o quince años, junto con instrumentos no legislativos —por ejemplo, directrices y códigos de conducta—. De sentarse estas bases, el Parlamento Europeo se convertiría en la primera institución que presente una regulación estandarizada y completa acerca de la robótica antes que llegue la revolución tecnológica o que los diferentes estados miembros implementen sus propias leyes.

En concreto, el Parlamento hace hincapié en que *«desde el monstruo de Frankenstein creado por Mary Shelley al mito clásico de Pígalión, pasando por el Golem de Praga o el robot de Karel Capek —que fue quien acuñó el término—, los seres humanos han fantaseado siempre con la posibilidad de construir máquinas inteligentes, sobre todo androides con características humanas»*.

Por tanto, ahora que los seres humanos están cada vez más cerca de hacer de esas fantasías una realidad, llega el momento de sentar las bases de una legislación que contemple una definición generalmente aceptada de robot y de inteligencia artificial que

---

<sup>42</sup> Requerimiento núm. 22.

<sup>43</sup> Requerimiento núm. 43.

sea flexible<sup>44</sup>, un sistema global de registro de robots avanzados basado en los criterios establecidos para la clasificación de los robots<sup>45</sup> y una agencia europea para la robótica y la inteligencia artificial<sup>46</sup>.

Hasta ahora, la Unión Europea solo dispone de ciertas normas orientadas a la estandarización de patrones industriales allí donde se emplea la robótica, pero carece de leyes que aborden, por ejemplo, las principales implicaciones de la robótica para los mercados de trabajo y los sistemas de Seguridad Social. En cualquier caso, no se pretende poner barreras y obstáculos a una tecnología con gran potencial, pero es necesario que su vertiginoso desarrollo vaya arropado por un marco normativo adecuado.

#### 4.2.2. ¿LA COTIZACIÓN DE LOS ROBOTS INTELIGENTES?

El desarrollo paulatino de la robótica y de la inteligencia artificial puede conllevar a que los robots asuman gran parte del trabajo que hasta ahora vienen realizando los seres humanos, cuestión que genera un sinnúmero de preguntas e interrogantes sobre el futuro que afectan a determinados aspectos jurídicos y técnicos, algunos de los cuales poseen una indiscutible relación con el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Este desarrollo está iniciando un debate sobre cuestiones tales como la posibilidad de que los robots puedan cotizar para asegurar la viabilidad de los sistemas europeos de Seguridad Social.

La cuestión planteada, aunque pueda parecer surrealista, es de lo más interesante e ingeniosa por dos razones. De un lado, porque propone una vía razonable para resolver la situación crítica que atraviesan hoy por hoy los sistemas de Seguridad Social europeos. De otro, porque ofrece una considerable respuesta a la destrucción masiva de puestos de trabajo, en la medida en que se propone que las empresas repartan parte de los beneficios que obtienen como consecuencia de los importantes incrementos de

<sup>44</sup> El Parlamento Europeo pide a la Comisión que proponga definiciones europeas comunes de sistema ciberfísico, sistema autónomo, robot autónomo inteligente y sus distintas subcategorías, tomando en consideración las siguientes características de un robot inteligente: capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el intercambio y análisis de dichos datos; capacidad de autoaprendizaje a partir de la experiencia y la interacción (criterio facultativo); un soporte físico mínimo; capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno; e inexistencia de vida en sentido biológico.

<sup>45</sup> Tal y como se indica en el Anexo de la Resolución referida, bajo el rótulo de «Registro de los robots inteligentes», se propone la creación de un sistema de registro de robots avanzados. Literalmente se indica lo siguiente: «A efectos de la trazabilidad y para facilitar la aplicación de nuevas recomendaciones, cabe introducir un sistema de registro de robots avanzados, basado en los criterios establecidos para la clasificación de los robots. Tanto el sistema de registro como el propio registro deberían establecerse a escala de la Unión, de forma que cubran el mercado interior, y podrían ser gestionados por una agencia designada de la Unión para la robótica y la inteligencia artificial en el caso de que se procediera a la creación de dicha agencia».

<sup>46</sup> En la Resolución se hace referencia a la necesaria una cooperación reforzada entre los distintos Estados miembros y la Comisión para garantizar normas transfronterizas coherentes en la Unión Europea que incentiven la colaboración entre las industrias europeas y permitan el desarrollo en toda la Unión de robots que cumplan tanto los niveles requeridos de seguridad como los principios éticos asentados en el Derecho de la Unión. Es por ello que en ella se pide a la Comisión que estudie la posibilidad de crear una agencia europea para la robótica y la inteligencia artificial que aporte los conocimientos técnicos, éticos y normativos que sean necesarios para reforzar la labor de los actores públicos oportunos, tanto a nivel de la Unión como a nivel de los Estados miembros, en su labor de garantizar una respuesta rápida, ética y razonada ante las nuevas oportunidades y retos —especialmente aquellos de carácter transfronterizo— que plantea el desarrollo tecnológico de la robótica.

productividad y riqueza derivados del aprovechamiento de la robótica y la inteligencia artificial. Si los robots generan conflictos y problemas, parece sensato que también contribuyan a resolverlos, ¿no?

En cualquier caso, conviene hacer hincapié en que un robot inteligente que mejora la competitividad de la empresa sobre la base de la sustitución de un número significativo de trabajadores, no solo ahorra salarios a las empresas, sino que, al mismo tiempo, elimina cotizaciones a la Seguridad Social, gastos de sustituciones, bajas laborales, accidentes, permisos retribuidos...

Por todo ello, es decir, por las enormes ventajas que obtiene la empresa, por el ahorro en cotizaciones y por la destrucción de puestos de empleo desempeñados por seres humanos –estos puestos serán desempeñados por otro tipo de trabajadores mecánicos o trabajadores robots–, queda justificado que las empresas deban cotizar por sus robots a la Seguridad Social. En otras palabras, el ahorro y el enriquecimiento de las empresas como consecuencia de la robotización debe contribuir al gasto social y al fortalecimiento de un sistema de protección social que evite el caos y el desorden.

En la misma línea se manifiestan los sindicatos<sup>47</sup>, los cuales consideran que, a pesar de las mejoras y beneficios que generará la robotización, en los próximos años asistiremos a una progresiva reducción del número de cotizantes que podría tener una profunda repercusión en las arcas públicas<sup>48</sup>. Del mismo modo, insisten en que el futuro de las pensiones, por ejemplo, podría estar en manos de los trabajadores robots.

Pero esta cuestión, la relativa a la contribución de los robots y las máquinas inteligentes mediante cotizaciones sociales a la Seguridad Social, no ha sido adecuadamente abordada y desarrollada por la citada resolución a efectos de una futura regulación sobre robótica e inteligencia artificial (tampoco ha sido abordado y desarrollado en la resolución el pago de impuestos por parte de los robots).

En la Resolución analizada anteriormente el Parlamento Europeo sí que destaca la importancia que reviste la previsión de los cambios sociales, habida cuenta de los efectos y consecuencias que podrían tener el desarrollo y la implantación de la robótica y la inteligencia artificial. Y en esta línea, se pide a la Comisión creada *ad hoc* que analice los diferentes posibles escenarios y sus consecuencias para la viabilidad de los sistemas de seguridad social en los distintos Estados.

No obstante, la propuesta remitida para su aprobación iba mucho más allá y hacía referencia a la necesidad de emprender un «*debate integrador sobre los nuevos modelos*

<sup>47</sup> Por ejemplo, PEPE ÁLVAREZ, secretario general de UGT, se ha mostrado recientemente a favor de que los robots coticen, ya que, según él, «*sustituirán a trabajadores que dejarán de ganar un salario y de pagar impuestos*». En particular, el sindicalista sostiene que dado la robotización se traduce en un importante impulso y activación de mejoras, los beneficios generados por esa productividad tienen que revertirse a la sociedad a través de aportaciones al sistema de protección social. Máxime, teniendo en cuenta la «*merma de cotizaciones a la Seguridad Social por el empleo destruido*».

<sup>48</sup> También se ha manifestado en esta línea BILL GATES, el fundador de Microsoft y una de las empresas más importantes del mundo (actualmente está apostando fuertemente por la inteligencia artificial). Ha advertido en una entrevista con el sitio de información económica Quartz, que en los próximos 20 años habrá una cantidad importante de actividades en las que los seres humanos van a ser reemplazados por los robots y por la inteligencia artificial –como el trabajo de almacén o la conducción de vehículos, entre otros puestos de trabajo–. Por ello, ha señalado que los robots deberían compensar de alguna forma los puestos de trabajo que reemplacen.

de empleo y sobre la sostenibilidad de nuestros sistemas tributarios y sociales tomando como base unos ingresos suficientes, incluida la posible introducción de una renta básica mínima»<sup>49</sup>. Este requerimiento, el cual ha desaparecido del texto final de la resolución aprobada, planteaba, en definitiva, la creación de una renta mínima universal que se nutriese de los beneficios generados<sup>50</sup> por los trabajadores robots y que amortiguase los estragos del desempleo.

Son numerosos los autores que han propuesto el establecimiento de una renta básica universal. Entre ellos, destaca Martin Ford, un teórico bien reconocido por sus estudios acerca de la robótica y el futuro. Este autor defiende la necesidad de costear una renta básica con la finalidad de hacer frente a las desigualdades sociales derivadas de la revolución robótica<sup>51</sup>. El establecimiento de esta renta básica, «subsidio universal» o incluso «ingreso de ciudadanía», garantizaría a todas las personas, de una forma automática e incondicionada, un ingreso periódico de subsistencia<sup>52</sup>. Aunque esta medida para garantizar unos ingresos mínimos al ciudadano genera muchas dudas e incertidumbres, ya hay algún que otro país donde se ha propuesto la introducción de una renta básica garantizada. En Suiza, por ejemplo, se ha propuesto la introducción de una renta básica universal de 2.500 francos suizos (aproximadamente unos 2.200 euros) por cada adulto y 625 francos por cada menor (unos 540 euros), pero los ciudadanos suizos han rechazado vía referéndum y por un amplio margen esta iniciativa<sup>53</sup>. Sin embargo, la iniciativa parece haber corrido mejor suerte en Finlandia, ya que una selección de 2.000 ciudadanos recibe desde enero de 2017 una renta básica de 560 euros mensuales sin realizar ningún tipo de labor a cambio. La finalidad de esta prueba piloto finlandesa es analizar cómo se puede redefinir el sistema de la Seguridad Social del país para hacer frente a los futuros cambios que tendrán lugar en el mercado laboral, como la robotización o el progresivo envejecimiento de la población, así como para incentivar la búsqueda de empleo<sup>54</sup>, reducir la burocracia y simplificar los subsidios (debido a que el complejo sistema de prestaciones sociales de Finlandia cuenta con múltiples tipos de subsidios que mantienen una estrecha relación con el desempleo).

Dejando a un lado la renta mínima, parece asimismo interesante señalar que la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales sugería, entre otras medidas que finalmente no se incorporaron a la resolución final, la posibilidad de abordar un «estudio sobre las nuevas modalidades de financiación de los futuros sistemas de protección social»<sup>55</sup>. De igual modo, destacaba la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales que, como consecuencia del desarrollo y la utilización de robots colaborativos inteligentes y la

<sup>49</sup> Requerimiento núm. 44 de la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+V0//ES#title1>

<sup>50</sup> En algunos casos, puede que los costes de producción de determinadas empresas tiendan hacia cero.

<sup>51</sup> FORD, M.: *El auge de los robots*, Barcelona, Paidós, 2016, págs. 252-253.

<sup>52</sup> MERCADER UGUINA, J. R.: «La robotización y el futuro...», op. cit., págs. 13-24.

<sup>53</sup> Según los resultados de la consulta divulgados por el Instituto GFS suizo, la propuesta de introducir una renta básica de 2.500 francos suizos por cada adulto y 625 francos por cada menor fue rechazada por aproximadamente el 78 % de los ciudadanos que participaron en el referéndum, celebrado en junio del año 2016. El fracaso de esta iniciativa puede resultar más o menos comprensible si se tiene en cuenta que el salario medio en Suiza ronda los 4.000-5.000 francos suizos.

<sup>54</sup> La cuantía de 560 euros es relativamente pequeña, con lo cual no se desincentiva la búsqueda de trabajo, por el momento.

<sup>55</sup> A continuación puede consultarse la Opinión de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+V0//ES#title6>

inteligencia artificial, *«el diferencial entre la creación y la pérdida de empleo podría repercutir en la sostenibilidad financiera de los regímenes de seguridad social, los regímenes de pensiones y los sistemas de seguro de desempleo de los Estados miembros»*<sup>56</sup>.

Antes de terminar, hay que señalar que el proyecto de informe señalaba –aunque el texto final de la resolución<sup>57</sup> no lo incorpore– que *«habida cuenta de los efectos que el desarrollo y la implantación de la robótica y la inteligencia artificial podrían tener en el empleo y, por ende, en la viabilidad de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros»*, debería *«examinarse la necesidad de exigir a las empresas que informen acerca de en qué medida y proporción la robótica y la inteligencia artificial contribuyen a sus resultados económicos»*, a efectos del *«cálculo de las cotizaciones a la seguridad social»*<sup>58</sup>.

A la vista del párrafo anterior, las empresas deberían estar obligadas a comunicar la siguiente información:

- El número de «robots inteligentes» que utilizan.
- Los ahorros realizados en cotizaciones a la seguridad social gracias a la utilización de la robótica en lugar del personal humano.
- Una evaluación de la cuantía y la proporción de los ingresos de la empresa procedentes de la utilización de la robótica y la inteligencia artificial.

La obligación de comunicar anterior información, además de contribuir a cuantificar los ahorros e ingresos de las distintas empresas derivados del aprovechamiento de la robótica y la inteligencia artificial, también ayudaría a valorar en qué medida debe contribuir cada empresa a pagar las cotizaciones a la Seguridad Social.

#### 4.2.3. ¿NUEVOS SUJETOS OBLIGADOS A COTIZAR?

La cotización a la Seguridad Social se define como aquella actividad en virtud de la cual los sujetos obligados contribuyen al sostenimiento de las cargas económicas de la Seguridad Social. Al respecto, el art. 6 del Real Decreto<sup>59</sup> 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, establece que la cotización a la Seguridad Social es obligatoria y que la cuota de la Seguridad Social expresa el importe de la obligación de cotizar a la Seguridad Social durante un tiempo reglamentariamente delimitado, designado período de liquidación, respecto de los sujetos obligados a cotizar.

Como se puede apreciar, la norma señala expresamente que existen determinados «sujetos obligados a cotizar». Pero, ¿quiénes son los sujetos de la obligación?

<sup>56</sup> Sugerencia núm. 11 de la Opinión de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales.

<sup>57</sup> En el texto final de la resolución, únicamente se indica: *«Destaca la importancia que reviste la previsión de los cambios sociales, habida cuenta de los efectos que podrían tener el desarrollo y la implantación de la robótica y la inteligencia artificial; pide a la Comisión que analice los diferentes posibles escenarios y sus consecuencias para la viabilidad de los sistemas de seguridad social en los Estados miembros»* (Requerimiento núm. 44).

<sup>58</sup> Requerimiento núm. 23.

<sup>59</sup> BOE núm. 22, de 25 de Enero de 1996.

Como criterio general, son sujetos obligados las «personas físicas o jurídicas» a las que se imponga el cumplimiento directo de la obligación de cotizar a la Seguridad Social por las normas reguladoras de cada uno de los regímenes del Sistema<sup>60</sup>, según el art. 12 del Real Decreto<sup>61</sup> 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. Por tanto, se puede concluir que son sujetos obligados a cotizar los trabajadores y asimilados y los empresarios por cuya cuenta trabajen, tal y como dispone el art. 141.1 del Real Decreto Legislativo<sup>62</sup> 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

En coherencia con lo anterior únicamente pueden estar sujetos a la obligación de cotizar las personas físicas o jurídicas. Ahora bien, ¿pertenece el robot a una de las anteriores categorías jurídicas? Nos encontramos ante un gran problema, ya que el robot no pertenece a ninguna de las categorías jurídicas existentes. Es decir, no puede considerarse ni como persona física ni como persona jurídica, por tanto, a día de hoy los robots, como tales, no pueden cotizar en base a la normativa vigente en materia de Seguridad Social.

La solución del problema puede ser tan sencilla como crear una personalidad jurídica específica para los robots, de modo que al menos los robots autónomos más complejos puedan ser considerados «personas robóticas» o «personas electrónicas» con sus propias características y repercusiones en lo que se refiere a atribución de derechos y obligaciones (entre las obligaciones se incluiría la posibilidad de pagar cotizaciones a la Seguridad Social). En otras palabras, si se crease una nueva personalidad jurídica para los robots, se podría abrir una puerta hacia la cotización de los robots.

Lo anterior nos lleva a preguntarnos también si el empresario, bien como persona física o jurídica, o ente sin personalidad<sup>63</sup>, podría estar obligado a cotizar por los... ¿robots? Hay que tener cuidado, puesto que la «*obligación de cotizar a los diferentes Regímenes del sistema de la Seguridad Social nacerá con el comienzo de la actividad profesional en tales Regímenes o de la situación relacionada con la actividad de las personas incluidas en el campo de aplicación de aquellos Regímenes*» (art. 12.1 del

<sup>60</sup> También, el art. 7 del Real Decreto 2064/1995, señala que «*el sujeto activo de la obligación de cotizar a la Seguridad Social es la Tesorería General de la misma*». Seguidamente, dispone que «*están sujetas a la obligación de cotizar a la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas, en los términos y condiciones que se determinen en el presente Reglamento para cada uno de los diferentes Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social*», siendo «*nulo todo pacto individual o colectivo por el cual uno de los sujetos obligados a cotizar asuma a su cargo la obligación de pagar total o parcialmente la cuota o parte de cuota a cargo del otro o renuncie a cualquiera de los derechos y obligaciones que en orden a la cotización les reconozcan las normas reguladoras de los Regímenes del sistema de la Seguridad Social y de los conceptos de recaudación conjunta con las cuotas de la misma*».

<sup>61</sup> BOE núm. 153, de 25 de Junio de 2004.

<sup>62</sup> BOE núm. 261, de 31 de Octubre de 2015.

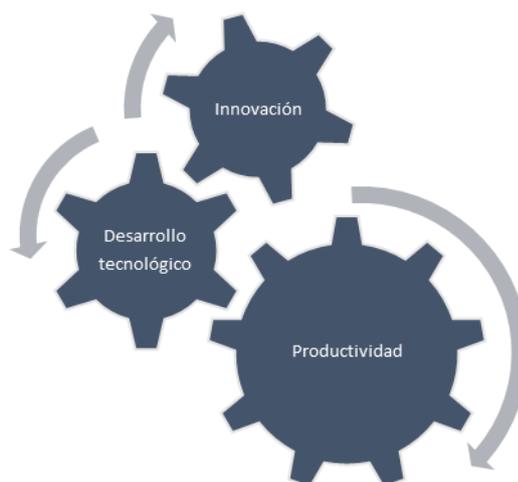
<sup>63</sup> Extiende los términos de la obligación de cotizar el art. 18.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, al indicar que «*Son responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso y, además, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquellos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de ley que se refiera o no excluya expresamente las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes. [...]*».

Real Decreto 2064/1995). Salvo que se considere al robot como persona, los empresarios no podrían cotizar por ellos<sup>64</sup>.

No se sabe cómo se va a comportar en el futuro el legislador respecto a las cuestiones anteriores, pero lo que sí se sabe es que debe adaptarse a los nuevos tiempos. Por ejemplo, sería aconsejable que el legislador crease un nuevo Estatuto Jurídico del Trabajador Robot y reconfigurase el marco jurídico de la Seguridad Social, adaptándolo a la figura del «trabajador robot».

#### 4.2.4. ¿SE DESINCENTIVARÍA LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA?

Existen muchas definiciones en el mundo, pero pocas han ocasionado tanta convulsión en el escenario de la tecnología como la «innovación» o el «desarrollo tecnológico». La primera de ellas hace referencia a la asimilación y explotación exitosa de una determinada invención para la mejora de procesos o introducción de nuevos productos o servicios en el mercado<sup>65</sup>. Por otro lado, el desarrollo tecnológico hace referencia a las actividades involucradas en conducir la invención a un uso práctico<sup>66</sup>. Pues bien, estos dos términos, la innovación y el desarrollo tecnológico, son fuentes de crecimiento de la productividad y de la competitividad empresarial.



A raíz de la Resolución relativa a normas de Derecho Civil en la robótica se está iniciando un debate<sup>67</sup> para reflexionar sobre la contribución de los robots mediante cotizaciones a la Seguridad Social –o mediante la introducción de nuevos impuestos

<sup>64</sup> QUÍLEZ MORENO, J. M. Y APARICIO CHOFRE, L.: «Robots e inteligencia artificial: ¿Debería exigirse algún tipo de cotización?», *Diario La Ley*, núm. 5, 2017.

<sup>65</sup> Innovación, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa la «creación o modificación de un producto, y su introducción en un mercado». También algunos autores han tratado de definir el concepto, por ejemplo COTEC (1988), el cual definió la innovación como el «*complejo proceso que lleva las ideas al mercado en forma de nuevos o mejorados productos o servicios*». Por su parte, FREEMAN (1982) determinó que «*la innovación es el proceso de integración de la tecnología existente y los inventos para crear o mejorar un producto, un proceso o un sistema. Innovación en un sentido económico consiste en la consolidación de un nuevo producto, proceso o sistema mejorado*». En torno a este concepto, puede resultar interesante la siguiente lectura: HEJIS, J. Y BUESA, M.: *Manual de economía de innovación*, Madrid: IAIF, 2016, disponible en <https://www.ucm.es>.

<sup>66</sup> SENA: *Política nacional para la productividad y competitividad*, San Andrés, SENA, 2007.

<sup>67</sup> Los numerosos y frecuentes titulares –que ya se han mencionado a lo largo de este trabajo– acerca de las propuestas analizadas son prueba de ello.

específicos para los robots—, pero más concretamente para reflexionar sobre el impacto que pueden tener medidas como esta en la innovación, en el desarrollo tecnológico y en la productividad de las organizaciones.

Los detractores se oponen a la idea de que los robots contribuyan mediante cotizaciones a la Seguridad Social, argumentando que esta medida equivaldría a desincentivar la innovación y el desarrollo tecnológico, lo cual repercutiría muy negativamente en el crecimiento de la productividad y de la rentabilidad de las organizaciones. Argumentan, por un lado, que propuestas como esta pueden desincentivar el uso de las nuevas tecnologías y la inversión en robots y máquinas inteligentes y, por otro lado, piensan que los robots son una inversión más de capital y que ya están gravados por el impuesto de sociedades, por lo que no sería necesario crear un impuesto específico para las máquinas.

Para convencer a sus detractores, los defensores de la contribución de los robots mediante cotizaciones razonan que al elevado ritmo al que avanza la robótica no dará tiempo a absorber a todos los trabajadores que pierdan sus respectivos puestos de trabajo y, como consecuencia, el mercado de trabajo podría enfrentarse a un desempleo estructural de importantes dimensiones en los años venideros. Defienden que la propuesta planteada no tiene por qué traducirse en un obstáculo para la innovación y el desarrollo tecnológico. En todo caso, se podría ralentizar un poco el salto tecnológico, pero ello sería muy positivo en la medida en que los mercados de trabajo podrían ganar tiempo para reinventarse y adaptarse a los nuevos tiempos.

Antes de acabar, un pequeño apunte para seguir abriendo el debate: los efectos de los avances tecnológicos pueden retrasarse, pero no se pueden detener porque aquel país que incorpora los avances con mayor rapidez obtiene ventajas que los demás rápidamente imitarán.

## 5. ALGUNAS IDEAS COMO CONCLUSIÓN

El análisis, desde la perspectiva jurídica, de la incidencia de la robotización o revolución de la robótica en el mundo laboral, desarrollado en las páginas precedentes, nos ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

**PRIMERA:** La robótica, la inteligencia artificial y las nuevas tecnologías de la información van a tener un impacto devastador en el terreno social y laboral. En nuestra opinión, son cuatro los elementos más importantes que caracterizarán el futuro del mercado de trabajo y de la economía.

El primero de ellos es la destrucción masiva de puestos de trabajo —estos puestos serán desempeñados por otro tipo de trabajadores mecánicos o trabajadores robots—. Si bien se crearán nuevos empleos en campos relacionados con la informática, las matemáticas, la arquitectura y la ingeniería, los mismos no serán suficientes para compensar la pérdida de puestos de trabajo que tendrá lugar.

En segundo término, tendrá lugar un aumento significativo de los gastos para hacer frente al pago de las prestaciones sociales, así como un descenso en la recaudación de los impuestos sobre la renta de las personas físicas como consecuencia de la destrucción de empleo.

Asimismo, hay otro elemento que debe tenerse en cuenta para conocer mejor el impacto de la robotización: la polarización de la ocupación. El empleo se concentrará en puestos de trabajo más cualificados y en puestos que exijan un gran conocimiento tecnológico, mientras que aquellos puestos que impliquen tareas manuales o rutinarias irán desapareciendo progresivamente.

En cuarto y último lugar, la desigualdad. Si bien la revolución robótica puede elevar los ingresos globales y mejorar la calidad de vida de muchas poblaciones, también puede producir un aumento de la desigualdad en los salarios y en la renta, no solo entre clases, sino también entre las distintas regiones del planeta –la distribución regional de la robotización es desigual; son los países emergentes de Asia los que más están aprovechando el potencial los cambios tecnológicos–.

SEGUNDA: A lo largo de nuestro trabajo hemos intentado poner de relieve la enorme preocupación que existe en Europa en torno a la sostenibilidad financiera de los sistemas de Seguridad Social europeos, debido a las enormes presiones que ejercen sobre la misma diversos fenómenos sociales, tecnológicos, demográficos y económicos, siendo los más problemáticos el progresivo envejecimiento de la población y el proceso de robotización de la economía –si bien nos hemos detenido en este último fenómeno–.

Si los robots inteligentes desplazan del mercado de trabajo a buena parte de los trabajadores, ¿de qué modo se podrá sustentar el estado del bienestar?. A nuestro juicio, la solución normativa más adecuada, para asegurar la viabilidad de los distintos sistemas de Seguridad Social, recoge una propuesta que comprende la contribución de los robots y las máquinas inteligentes mediante cotizaciones a la Seguridad Social.

Un robot inteligente que mejora la competitividad de la empresa sobre la base de la sustitución de un número significativo de trabajadores, no solo ahorra salarios a las empresas, sino que, al mismo tiempo, elimina cotizaciones a la Seguridad Social, gastos de sustituciones, bajas laborales, accidentes, permisos retribuidos... Por todo ello, es decir, por las enormes ventajas que obtiene la empresa, por el ahorro en cotizaciones y por la destrucción de puestos de empleo desempeñados por seres humanos, queda justificado que las empresas deban cotizar por sus robots a la Seguridad Social. En otras palabras, el ahorro y el enriquecimiento de las empresas como consecuencia de la mayor utilización de los robots inteligentes debe contribuir al gasto social y al fortalecimiento de un sistema de protección social que evite el caos y el desorden.

De esta manera, no solo se podría suplir la falta de cotizaciones y de recaudación de impuestos por parte de aquellos trabajadores que pierdan su puesto de trabajo y no sean capaces de encontrar otro debido al éxito de los robots inteligentes, sino que también se podrían sufragar los gastos de formación y reciclaje profesional de aquellos trabajadores que sean excluidos del mercado de trabajo.

Para ejecutar y articular, jurídicamente, un nuevo mecanismo en el que tengan cabida las cotizaciones de los robots a la Seguridad Social, sería necesaria la creación de una personalidad jurídica específica para los robots, de modo que al menos los robots autónomos más complejos pudiesen ser considerados «personas robóticas» o «personas electrónicas» con sus propias características y repercusiones en lo que se refiere a atribución de derechos y obligaciones (entre las obligaciones se incluiría la posibilidad de pagar cotizaciones a la Seguridad Social). La creación de una personalidad jurídica

específica para los robots podría facilitar el pago de cuotas a la Seguridad Social por parte de las empresas en función del número de robots utilizados.

Además, habría que resolver diversas cuestiones técnicas como, por ejemplo, quién debería pagar las cotizaciones de los trabajadores robots: ¿sería el fabricante de los robots, el dueño de los mismos, o el empresario que los utilice en su compañía?. Sobre esta cuestión, lo más razonable parece gravar únicamente la utilización de la máquina – no su mera propiedad o su fabricación–, pues es, al fin y al cabo, el empresario el que reemplaza con robots la mano de obra del ser humano.

Por último, quisiera insistir en que nadie sabe realmente lo que traerá el futuro, pero lo que sí se sabe con certeza es qué deben hacer los seres humanos: adaptarse a los cambios ante la aparición de un nuevo personaje en el juego, el robot.

# XXII. LA CONSIDERACIÓN DEL RIESGO DURADERO DE ENFERMEDAD PROFESIONAL EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS

EDISON BÓRQUEZ RABE  
LL.M. (Basel, Freiburg & Strasbourg)  
Jurista, Economista, Docente e Investigador  
Centro de Derecho Privado Fundamental,  
Universidad de Estrasburgo

## 1. INTRODUCCIÓN

Se crea un riesgo duradero de enfermedad profesional, cuando el trabajador es expuesto a condiciones de trabajo que le pueden generar un daño después de un largo periodo de latencia, durante el cual sólo existe un riesgo de daño. Ejemplos típicos de este riesgo son la exposición a la radiación o a elementos químicos cancerígenos como el amianto. No cabe duda que la información sobre este tipo de riesgos constituye un elemento esencial del consentimiento fundamentado del trabajador; sin olvidar que las medidas de prevención son indispensables para la disminución de este tipo de riesgos. La asistencia médica permanente no puede ser la única solución compensatoria que se le brinde al trabajador expuesto a este tipo de riesgos, ya que el régimen de indemnización que se utilice tendrá consecuencias considerables en la actitud preventiva del empleador.

Ahora bien si este riesgo ya se ha realizado, los instrumentos clásicos de la responsabilidad del empleador nos dejan sin soluciones claramente satisfactorias.

## 2. LAS OBLIGACIONES DE PREVENCIÓN DEL EMPLEADOR

La prevención consiste “*en la adopción de las medidas necesarias para limitar los peligros de un acontecimiento previsible o al menos probable*”<sup>1</sup>. La política de prevención incumbe evidentemente al Estado, ahora bien en el seno de la empresa ésta obliga al empleador.

El primer paso es la información de los principales interesados en el riesgo. Fue así por ejemplo que el nexo de causalidad entre el amianto y el cáncer se determinó mucho antes de lo que se suele pensar. Ya en 1930 en la revista *La médecine du travail* el Dr. Dhers explicaba que “*la adopción de medidas de profilaxis en contra de los riesgos inherentes a la inhalación de polvos de amianto constituye a la hora actual el único modo de intervención eficaz contra esta enfermedad*”<sup>2</sup>. En los años 1960 son numerosos los estudios que prueban su carácter nocivo. Por esto es difícil explicar, si no es por la

---

<sup>1</sup> BRIMO, S. : L’Etat et la protection de la santé des travailleurs, Paris, LGDJ, Lextenso, 2013, pág 192.

<sup>2</sup> BOUILLOUX, A. : *Accidents du travail, du trajet et maladies professionnelles*, Reuil-Malmaison, Liaisons, 2011, págs 321- 322.

falta de información, que sólo en 1990 la torre del Centro Internacional de Investigación Contra el Cáncer (CIRC) de Lyon, empiece a ser “desamiantada”<sup>3</sup>.

Es así que en Francia el empleador tiene una obligación de seguridad y de protección de la salud de los trabajadores que se encuentran bajo su autoridad (L-4121-1 Código francés del trabajo<sup>4</sup>), en el Derecho español se encuentran disposiciones comparables en la LPRL<sup>5</sup>, y obligaciones similares aparecen por medio de la protección de la persona del trabajador en la versión actual del Código de obligaciones suizo<sup>6</sup> (artículo 328), o como sucede con el *BGB*<sup>7</sup> (Código civil alemán) con respecto al deber de cuidado que incumbe al empleador (§§ 241 II, 242 *BGB*). En los países anglosajones estas obligaciones se manifiestan con el principio del *employer's duty of care*<sup>8</sup>.

Se trata, para el empleador, básicamente de informar al trabajador del riesgo según el estado de la ciencia y de prevenirlo. No obstante, sin una sanción en caso de incumplimiento o una obligación de resarcimiento en caso de daño, estas obligaciones serán muchas veces ignoradas.

### 3. TIPOLOGIAS DEL RESARCIMIENTO DEL RIESGO DURADERO DE DESARROLLAR UNA ENFERMEDAD PROFESIONAL

Una vez que se ha determinado la creación del riesgo de desarrollar una enfermedad profesional éste se puede considerar de diversas maneras que permiten obtener un resarcimiento relativamente satisfactorio para el trabajador.

#### 3.1. PRINCIPIO DE LA AUSENCIA DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO FUTURO INCIERTO

La exigencia de un daño cierto hace difícil el resarcimiento de un mero riesgo en los países de Derecho romano. En efecto, si se considera que se trata, más que de un daño, de un riesgo de daño es difícil concluir a un resarcimiento mientras que el daño no se realice, lo que puede demorarse décadas en suceder. La diferencia probatoria entre el Derecho continental y el anglosajón nos lleva a soluciones diferentes, puesto que la regla anglosajona de la probabilidad preponderante “more likely than not” puede tener como resultado el resarcimiento de un daño futuro incierto, siempre y cuando este último supere las probabilidades de 50 %.

Sin embargo, este no es el caso ni de la parte del daño corporal que ya se ha realizado, ni del daño emergente que se podrá apreciar indirectamente, por ejemplo considerando los gastos médicos que el trabajador deberá realizar. El costo de la póliza de un seguro privado de salud debería igualmente aumentar con la creación del riesgo.

<sup>3</sup> Para ampliar información, puede leerse : LAMBERT-FAIVRE, Y. & PORCHY-SIMON, S. : Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation, Paris, Dalloz, 2011, págs 792-801.

<sup>4</sup> Codificado por ordenanza 2007-329 2007-03-12 JORF 13 de marzo del 2007.

<sup>5</sup> LEY 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales BOE nº 269 10/11/1995.

<sup>6</sup> Introducido a través de la ley federal del 30 de marzo de 1911 completando el Código civil suizo.

<sup>7</sup> Código civil alemán (*BGB*) en la versión del 2 de enero del 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), enmendada a través del artículo 1 de la ley del 28 de abril del 201 (BGBl. I S. 969).

<sup>8</sup> Para confirmaciones legislativas de este principio ver por ejemplo la *Health and Safety at Work etc. Act* de 1974 del Reino Unido o la *Occupational Safety and Health Act (OSH Act)* de 1970 en Estados Unidos.

Otro argumento en contra de este tipo de reparación es la exigencia de la reparación integral del daño que existe en los sistemas de Derecho continental, y también puede dificultar la reparación del mero riesgo, puesto que el riesgo no es algo concreto que se pueda reparar integralmente.

### 3.2. RESARCIMIENTO DEL RIESGO O DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE EVITARLO

Si se considera que, el daño en cuestión, forma una pérdida actual de oportunidad de evitar una enfermedad, este puede volverse resarcible. La pérdida de oportunidad se define como la destrucción de posibilidades de obtener un beneficio. En este caso, el beneficio sería el de evitar la enfermedad profesional<sup>9</sup>.

En el Reino Unido y en algunos Estados de EE.UU. se ha indemnizado proporcionalmente el riesgo futuro de daño corporal en estas situaciones (por ejemplo por el riesgo de desarrollar un cáncer después de una exposición a desechos radioactivos<sup>10</sup>).

Ahora bien, se ha exigido siempre una lesión presente y tangible (“tangible present injury”) en Estados Unidos, mientras que en el Reino Unido el criterio parece ser únicamente la alteración biológica. Fue así que se pudo indemnizar a un trabajador en función del riesgo que corría por su exposición al amianto, tomando en cuenta exclusivamente el depósito de amianto en las membranas pulmonares<sup>11</sup>.

El inconveniente es que, en el futuro, la enfermedad se manifestará o bien no tendrá existencia alguna, lo que evidentemente hace cuestionable el uso de la teoría de la pérdida de oportunidad o de una indemnización similar en función del riesgo. Las posibilidades de obtener el beneficio no han desaparecido completamente, lo que tiene como resultado que este será obtenido por algunos, por lo tanto la indemnización del daño del trabajador enfermo será subvaluada mientras que aquella del trabajador sano será sobre evaluada. Esta ficción creada a través del resarcimiento de un riesgo que no ha tenido aún posibilidades de realizarse, no hace más que reducir el periodo de latencia de un daño, que será cierto en caso que se realice y cuyo nexo causal lo llevará a un autor a menos que haya existido concurrencia causal<sup>12</sup>.

La teoría germana de la diferencia (*Differenztheorie*), que define el daño como la reducción involuntaria del patrimonio<sup>13</sup> también presenta una dificultad mayor a la indemnización del mero riesgo. Sin embargo, el Tribunal Federal Suizo, que se reclama de esta teoría, ha indemnizado el riesgo de desarrollar una enfermedad<sup>14</sup> gracias a una disposición particular del Código de obligaciones (artículo 42 I), que le permite al juez

<sup>9</sup> Para ampliar información, puede leerse: MÜLLER, Ch.: La perte d'une chance, Étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale, Berna, Stämpfli, 2002, págs 307-320.

<sup>10</sup> Brafford v. Suquehanna Corporation 586 F. Supp. 14 (D.Co. 1984).

<sup>11</sup> Church v Ministry of Defense QBD (1983) 134 NLJ 623.

<sup>12</sup> Ver por ejemplo *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] UKHL 22, En este caso el trabajador expuesto al amianto por varios trabajadores pudo obtener una indemnización por incremento de riesgo material de la parte de más de un empleador.

<sup>13</sup> «Unfreiwillige Vermögensverminderung», SCHWENZER, L.: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Berna, Stämpfli, 2009, pág 77 § 14.03.

<sup>14</sup> Decisión del Tribunal Federal suizo del 18 de noviembre de 1988 (ATF 114 II 253).

determinar el daño que no se puede evaluar exactamente en función del curso normal de las cosas; además, el artículo 46 II del susodicho Código le permite revisar el daño como máximo dos años después de la decisión si esto fue requerido por una de las partes.

### 3.3. RESARCIMIENTO CUANDO SE CONSOLIDE EL DAÑO

La solución generalmente admitida por los sistemas de Derecho continental es la de la espera de la consolidación del daño, para resarcir la parte de este último que siga incierta. Así, el Tribunal Supremo español<sup>15</sup> y la Corte de Casación en Francia<sup>16</sup> consideran que la prescripción de la acción civil para los daños corporales comienza a correr cuando el daño se consolida, lo que en España sería cuando el paciente es dado de alta y en Francia cuando su situación de salud se mantenga en una cierta estabilidad<sup>17</sup>. En Estados Unidos la prescripción dependerá de los Estados; es así por ejemplo que el *California Code of Civil Procedure*<sup>18</sup> prevé un máximo de 1 año a partir del momento en que se descubra o se tuvo que haber descubierto la causa del daño<sup>19</sup>, muchos Estados tienen disposiciones equivalentes. Por parte del Reino Unido, la prescripción corre también a partir del descubrimiento de la causa del daño corporal<sup>20</sup>, lo que se asemeja bastante a la prescripción en Alemania que comienza a correr a partir del descubrimiento del daño (§ 195 *BGB*) con un plazo de caducidad máximo de 30 años (§ 199 I *BGB*). En lo que se refiere a Suiza, el país fue condenado hace poco por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por no respetar el debido proceso, esto a causa de un plazo de caducidad máximo de 10 años a partir de del momento en que la deuda se pueda exigir acto para la demanda judicial<sup>21</sup>.

Ahora bien, esta solución no cubre los casos en que el empleador dejó de tener existencia jurídica, para los que la mejor solución parece ser la creación de un fondo de indemnización o la obligación del empleador de pagar anticipadamente pólizas de seguro que permitan asegurar el riesgo del trabajador.

### 3.4. ALTERNATIVAS DE FONDOS Y SEGUROS

Los fondos de indemnización aparecen hoy en día como un complemento de las soluciones precedentemente evocadas en casos extremos, como el del amianto. El fondo de indemnización de las víctimas del amianto en Francia (FIVA)<sup>22</sup> es uno de estos, se trata de un fondo estatal con personalidad jurídica creado como respuesta a las insuficiencias de política de prevención del gobierno francés para compensar a las

<sup>15</sup> Sentencia del *Tribunal Supremo de 8 de Junio de 2011. Recurso 1067/2007.*

<sup>16</sup> Decisión de la Corte de Casación francesa del 18 de diciembre de 1991 (Soc., 18 décembre 1991, pourvoi n° 88-45.083, *Bull.* 1991, V, n° 598).

<sup>17</sup> Para más detalles sobre la prescripción a partir de la consolidación del daño ver: Marín López, M. J.: “El inicio del plazo de prescripción de la acción de indemnización de daños”: ponencia de Manuel J. Marín López en el Congreso, “Daño, responsabilidad y seguro”, 11.02.2016, ELDERECHO.COM, LEFEBVRE - ELDERECHO [http://www.elderecho.com/tribuna/civil/plazo-prescripcion-indemnizacion-danos\\_11\\_917305002.html](http://www.elderecho.com/tribuna/civil/plazo-prescripcion-indemnizacion-danos_11_917305002.html)

<sup>18</sup> Section 340.2.

<sup>19</sup> Para más información sobre el procedimiento civil y la prescripción en Estados Unidos ver: FRIEDENTHAL, J., KANE, M & MILLER, A.: *Civil Procedure*, Eagan, West Academic Publishing, 2005.

<sup>20</sup> *Limitation Act 1980* (c. 58).

<sup>21</sup> *Howald Moor y otros contra Suiza* del 11 marzo 2014 (52067/10 y 41072/11).

<sup>22</sup> Artículo 54 de la ley francesa del 23 de diciembre del 2000 sobre el financiamiento de la seguridad social.

víctimas, este dispone de un recurso ante los empleadores responsables y ha pagado más de dos mil millones de euros de indemnizaciones. Sin embargo, este fondo es una excepción hoy en día puesto que la mayoría de los países no cuentan con fondos públicos, un fondo similar se está creando hoy en día en Suiza<sup>23</sup> y en Alemania una confederación profesional se encarga de las indemnizaciones cubriendo gastos de salud y pérdidas de ingresos<sup>24</sup>.

En cuanto a Estados Unidos e Inglaterra<sup>25</sup> la solución de último parece ser el trabajo de las aseguradoras de los empleadores o de fondos privados, esto a pesar de la introducción de un fondo público de indemnización por el *LabourParty* en 1979<sup>26</sup>.

Obligar a los empleadores a asegurar a los trabajadores contra el riesgo de daño durable de desarrollar una enfermedad profesional parece ser una alternativa atractiva que le permite al empleado ser resarcido plenamente e indirectamente por el empleador. No obstante, para que el empleador sea motivado a actuar económicamente de manera preventiva, este último tiene que sentir el peso económico del riesgo.

#### 4. ANÁLISIS ECONÓMICO

El breve análisis económico que seguirá a continuación, más que darnos pautas de evaluación comportamental de orden moral, nos permitirá entender las consecuencias económicas de una norma, cuando el comportamiento del autor está motivado exclusivamente por la maximización del lucro. Se trata únicamente de uno de los aspectos que se deben tomar en cuenta en la elaboración normativa; sin embargo, su importancia puede ser considerable en el comportamiento de las empresas comerciales y, más aún, cuando se trata de sociedades a responsabilidad limitada cuyos socios se obligan únicamente con sus aportes.

##### 4.1. LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LA PREVENCIÓN

Una información más completa y una prevención cuyas faltas son sancionadas harán más difícil un uso económicamente nefasto para la empresa y el trabajador del riesgo duradero de desarrollar una enfermedad profesional. Desde un punto de vista económico neoclásico, la información debería además permitir la anticipación del riesgo de la parte del trabajador y del empleador, para que estos tomen una decisión racional, es decir la decisión que les permita realizar el mayor beneficio económico. El *homo oeconomicus* de este modelo es omnisciente o sea que lo sabe todo sobre todo<sup>27</sup>. Está claro que una información completa y perfecta (ideal de la teoría económica neoclásica) no existe en

<sup>23</sup> LE TEMPS: Un fonds d'indemnisation verra le jour pour les victimes de l'amiante, 19.12.2016, <https://www.letemps.ch/suisse/2016/12/19/un-fonds-dindemnisation-verra-jour-victimes-lamiante>

<sup>24</sup> FAZ.: In Deutschland drohenkaum Asbest-Klagen, 25.09.2002, <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/aktien/schadensersatz-in-deutschland-drohen-kaum-asbest-klagen-173770.html>

<sup>25</sup> Para ampliar información, puede leerse: INSTITUTE AND FACULTY OF ACTUARIES: *UK ASBESTOS - THE DEFINITIVE GUIDE*, <https://www.actuaries.org.uk/documents/uk-asbestos-definitive-guide> [consulta el 26.05.2017]

<sup>26</sup> Sin la envergadura del fondo francés dadas las condiciones estrictas de su uso como la imposibilidad de atacar al empleador y la ausencia de procedimiento en curso),

<sup>27</sup> Sobre el comportamiento racional desde un punto de vista económico ver: BECKER, G. S.: "The economic approach to human behavior", Chicago, *Univ. of Chicago Press*, 2008.

la realidad, pero una mejor información, aunque esta esté limitada<sup>28</sup>, permite que los autores tomen decisiones al menos satisfactorias.

Es así por ejemplo que en Estados Unidos fueron cientos de corporaciones que terminaron en la quiebra en consecuencia de las indemnizaciones por daños y perjuicios causadas por el amianto,<sup>29</sup> lo que pudiera haber ocurrido por una falta de información de la parte del Estado. En efecto, la racionalidad económica debería de hacer que las empresas no corran un riesgo si este no compensa sus beneficios esperados. En lo referente al trabajador, en caso de información completa y perfecta, este no debería aceptar un trabajo que le cause un riesgo de salud sin que el susodicho riesgo lo lleve a obtener una contraparte económica suficiente.

Obviamente, es difícil encontrar un apoyo moral para este último argumento, ya que el trabajador necesitado no dudará en aceptar un trabajo que le permita asegurar medios de existencia, el economista neoclásico verá muchas veces en esta aceptación del trabajador pobre la contraparte económica suficiente, lo que para los defensores de los derechos de los trabajadores puede justificar evidentemente una aumentación del nivel de vida de éstos. En efecto un mejor nivel de vida aumenta el poder de negociación del trabajador y disminuye sus posibilidades de concluir un acuerdo leonino. De facto, un trabajador que considera que su vida se acabará por problemas de salud relacionados con la pobreza al cabo de 20 años, tendrá pocos problemas en aceptar un trabajo que le crea un riesgo de desarrollar una enfermedad al cabo de 30 años.

#### 4.2. EVALUACIÓN ECONÓMICA DE LAS TIPOLOGÍAS

Siguiendo la lógica de las anticipaciones, el monto de la “sanción” por daños y perjuicios arriesgado en conocimiento de causa debe ser determinante y asumir un papel disuasivo. El sistema estadounidense parece a primera vista mejor armado en cuanto a la protección del trabajador, esto gracias no sólo a la admisión de la indemnización punitiva por daños y perjuicios sino que también a la determinación de los daños y perjuicios por un jurado que no está limitado por ningún principio de reparación integral. Esta conclusión deja de un lado consideraciones muy importantes como lo son la legalidad de las cláusulas de arbitraje y de renunciamento al derecho a un jurado en el contrato de trabajo en Estados Unidos (omnipresentes<sup>30</sup>). A lo que cabe agregar que bien que no se haya admitido un renunciamento a la indemnización del trabajador, que la mayoría de los casos se resuelven por acuerdo amistoso<sup>31</sup>, se trataría de cerca de 95 % de los litigios, mientras que menos de 1 % de los casos civiles federales y federados serían resueltos por un jurado<sup>32</sup>. En efecto, el agente económico racional no se limitará a evaluar el monto de la “sanción”, sino que las posibilidades que tiene de deber pagarlo, lo que depende en gran parte de la eficiencia del sistema judicial nacional.

<sup>28</sup> Sobre la racionalidad limitada ver: SIMON, H. A.: *Models of Bounded Rationality*, Vol. 3, Empirically grounded economic reason, Cambridge, Mass., MIT Press, 1997.

<sup>29</sup> Para más información al respecto véase: ASBESTOS + COM: *Asbestos Products Manufacturers*, <https://www.asbestos.com/companies/> [consulta el 29.05.2017]

<sup>30</sup> Para más detalles sobre el procedimiento civil en Estados Unidos ver: FRIEDENTHAL, J., KANE, M & MILLER, A.: *Civil Procedure*, Eagan, West Academic Publishing, 2005.

<sup>31</sup> Ver por ejemplo: IRMI: *Can Workers Agree To Waive Workers Compensation Rights in Arbitration and Waiver Agreements?*, octubre 2002, <https://www.irmi.com/articles/expert-commentary/can-workers-agree-to-waive-workers-compensation-rights-in-arbitration-and-waiver-agreements>

<sup>32</sup> Ver para más detalles: LERNER, R. L.: “The Collapse of Civil Jury Trial and What To Do About It”, *The Jury Expert*, Volume 27, Issue 3, Agosto 2015.

Desde un punto de vista puramente económico el daño corporal del trabajador debe permitir una creación de riqueza para la sociedad superior o de mismo valor que el costo que ésta pagó (el daño). Esto para que la operación sea socialmente creadora de riquezas. El lucro marginal realizado por la aumentación del riesgo del trabajador debe ser igual, al coste marginal causado para que se llegue teóricamente a una situación de equilibrio<sup>33</sup>. En, otros términos, la exposición al riesgo cesará cuando el empleador pague más por esta exposición suplementaria que lo que esta le permite obtener como ganancias.

Es por esto que la solución menos eficiente, desde el punto de vista económico, del costo social es la que permite al empleador evitar toda indemnización a causa de la prescripción o de su desaparición jurídica cuando el daño se realice. Informado de la posibilidad de prescripción de la acción civil el empleador económicamente racional, tratará de sacar el máximo provecho de la creación del riesgo de enfermedad profesional sin tomar en cuenta en lo más mínimo el daño que será causado al trabajador. En este caso el beneficio económico del empleador puede ser insignificante en comparación al daño que se le ha causado al trabajador, lo que crea un costo social considerable; es decir, el beneficio económico que la sociedad saca de la actividad del empleado no compensa en lo absoluto el coste del daño que se le inflige a este último<sup>34</sup>.

Siguiendo la lógica de análisis económico “coasiano”, el problema estaría quizás en la norma creadora de derechos que hace del uso de las sustancias peligrosas una operación económicamente rentable para el empleador sin que lo sea para la sociedad. Se puede atribuir estas consecuencias a una mala definición de los “derechos” (“propertyrights”) del trabajador (ej. plazo de prescripción) que le permiten al empleador sacar beneficios económicos de su exposición al riesgo de salud. Por otra parte, los llamados costos de transacción (costos de investigación e información para concluir un contrato), se encontrarían demasiado altos como para garantizar un contrato o acuerdo socialmente eficiente.

Según esta teoría en caso de una buena determinación de los derechos de las partes, la negociación debería conllevar a renunciar a la actividad económicamente ineficiente o concluir un contrato socialmente eficiente, dada la racionalidad y la información completa de los agentes. En esta hipótesis el principio del “laissez-faire” debería orientar la actividad normativa. No obstante, en la realidad, la asimetría de la información es la regla y la información está lejos de ser completa, lo que les permite a los agentes en el mejor de los casos tomar decisiones racionalmente limitadas. A pesar de ello, el modelo no deja de ser útil para comprender las tendencias de los procesos decisionales de aquellos que aspiran a la vez a la racionalidad perfecta y a la maximización del lucro.

Cabe destacar que, si el riesgo se evalúa de manera adecuada, la pérdida de oportunidad, la indemnización del mero riesgo y la espera de la consolidación del daño para resarcirlo en el futuro presentan resultados económicamente similares desde el punto de vista del empleador. En este caso el empleador que tenga a cuatro trabajadores con 25 % de

---

<sup>33</sup> La unidad marginal es una unidad teórica infinitamente pequeña, que en este caso se puede definir como el aumento del tiempo de exposición suplementario a una sustancia peligrosa con sus ganancias (lucro marginal) y costes, en función de la reparación del daño del empleado y de sus probabilidades de realización (costo marginal).

<sup>34</sup> Veracercadelcosto social: Coase, R. H.: “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 3 (Oct., 1960), pp. 1-44.

posibilidades cada uno de sufrir un daño similar pagará un daño completo si se espera hasta la realización del daño (por uno de los trabajadores). Se llega al mismo monto si se le paga 25 % de indemnización por riesgo o pérdida de oportunidad de evitar el riesgo a cada uno de sus cuatro empleados. Hasta se podría quizás afirmar que el tiempo juega a favor de la pérdida de oportunidad, dado que el empleado expuesto recibirá una indemnización sin arriesgar un plazo de prescripción o caducidad ni la desaparición jurídica de su empleador. Ahora bien, esta solución no es Pareto-eficiente ya que crea una redistribución de riquezas que es además injustificada. En nuestro ejemplo, el enriquecimiento de 3 trabajadores se hará a costas del empobrecimiento de uno de los trabajadores.

La mejor solución parece ser, obligar al empleador a pagar un seguro que cubra todo el riesgo de los trabajadores una vez que el daño haya consolidado. Para garantizar su eficiencia se deberían de evitar los plazos de prescripción demasiado cortos o los que empiecen antes de la consolidación del daño. El riesgo de impagos de la póliza de seguro debería igualmente estar cubierto, por ejemplo con pagos anticipados a vida de la parte del empleador, o bien con un seguro que cubra su riesgo de quiebra.

El fondo o la indemnización del Estado deberían de ser la excepción, únicamente en caso de que los sistemas alternativos financiados obligatoriamente por el empleador no hayan funcionado. Esto no excluye evidentemente un recurso directo a un fondo del Estado que se encargará de perseguir los responsables de la creación de riesgos como sucede en Francia.

## 5. CONCLUSIÓN

Este trabajo habrá demostrado que la exposición de los empleados por el empleador a sustancias peligrosas que les creen un riesgo duradero de desarrollar enfermedades profesionales, está lejos de ser un comportamiento económicamente eficiente, no solamente para el empleado y la sociedad, sino que además, para el propio empleador si los derechos de los trabajadores están suficientemente protegidos. Una mejor prevención del riesgo, que parte de la información sobre este último, desmotivará al empleador a crearles a los trabajadores un riesgo durable de enfermedad que tendrá que indemnizar. A lo que cabe agregar el poder disuasivo de la posibilidad de sanción. En lo referente al empleado, éste rechazará más fácilmente un trabajo que no compense económicamente el daño del riesgo asumido.

En lo que se refiere a los tipos de indemnización, la ausencia de indemnización a causa, por ejemplo, del plazo de prescripción, es la que peores consecuencias económicas trae a la sociedad, dado el daño que el empleador puede causar sin reparar. La pérdida de oportunidad o el resarcimiento del mero riesgo y la espera de la consolidación del daño parecen a simple vista similares económicamente. Por lo tanto, la indemnización bajo el fundamento de la pérdida de oportunidad no es Pareto-eficiente, ya que crea una redistribución de riquezas entre los trabajadores cuyo daño se realizó y aquellos que confirmaron su buen estado de salud. Las desventajas de la espera de la consolidación del daño como el riesgo de la desaparición jurídica del empleador o la prescripción se suplen con un seguro anti-riesgos satisfactorio, pagado por el empleador y con plazos de prescripción que toman en consideración las particularidades de este tipo de riesgos. La garantía del Estado debe aparecer en último recurso para indemnizar aquellos trabajadores que no pueden serlo directa o indirectamente por el empleador. Sin embargo, un pago anticipado del Estado no debe excluirse, si este último recurre a la responsabilidad del empleador cuando esto es posible.

# XXIII. CAMBIOS ESTRUCTURALES LABORALES DERIVADOS DE LA INMIGRACIÓN MASIVA: NUEVOS RETOS PARA LA SEGURIDAD SOCIAL

THAIS GUERRERO PADRÓN

*profesora contratada doctora de derecho del trabajo y de la seguridad social  
Universidad de Cádiz*

## 1. INTRODUCCIÓN

El debate social sobre temas fundamentales de la evolución demográfica exige como presupuesto determinante e insoslayable dimensionar no solo su impacto en la economía del país, sino también su proyección internacional, particularmente en Europa, centro y condicionante de nuestras consideraciones.

El mundo de las relaciones laborales se revela especialmente hoy, por antonomasia, como centro de interés y foco del desarrollo económico de un país, con independencia de otras puntuales confluencias, variables en su naturaleza y duración. Esta realidad está sometida a cambios e inmersa en acontecimientos que pueden alterar su dinámica natural. La productividad, la competitividad, el nivel sanitario, una tasa de empleo óptima y un sistema tributario y financiero sostenido, garantizan la planificación de una seguridad social identificable con una cota de cobertura y bienestar social satisfactoria, prescindiendo de su particular sistema de financiación y de la convergencia o no con otros regímenes de protección, colectivos o individualizados.

El sistema público de seguridad social descansa básicamente en el trabajo como fuente de producción de bienes y servicios, y su utilidad social. Así mismo, actúa como parámetro de su función protectora, al margen de la gestión y administración de sus recursos finalistas. Con independencia del sistema financiero y de gestión de las prestaciones de seguridad social, su campo de aplicación y el nivel económico de protección, el trabajo es la principal fuente de financiación de la seguridad social, bien sea gravado por impuestos o bien por cotizaciones públicas o colectivamente concertadas; en su caso, mediante conciertos individuales.

La ordenación de las relaciones de trabajo, en todas sus manifestaciones, ejerce un fuerte y decidido protagonismo financiero de correlativa influencia en el ámbito proteccionista de la seguridad social y, en su caso, previsión social en general. La eliminación de personal en áreas puntuales de la actual economía comercial mediante sistemas de autopago (controles y servicios de caja en grandes establecimientos, estaciones de servicio, cajeros automáticos, servicios de hospedaje, operaciones vía internet...), los contratos a tiempo parcial, las situaciones de jubilaciones prematuras y el incesante desarrollo de las nuevas tecnologías, están diseñando una clara situación de déficit cotizatorio y tributario agravado, inversamente, por las derivadas situaciones de necesidad protegidas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En este sentido, VICENTE PALACIO, A., “Crisis y Seguridad Social”, Revista Derecho Social y Empresa nº 3, Julio 2015, pág. 138, refiere cómo “los sistemas de Seguridad Social, incluyendo el español, se (...)”

Si este es un fenómeno tradicional a escala nacional que se acentúa en los últimos años, la cuestión se agrava cuando se repara en los efectos derivados de los movimientos migratorios y su posterior reasentamiento bajo reglas heterónomas de distribución o asignación no permanentes en el tiempo. Este fenómeno debe considerarse igualmente el proceso incesante de la globalización, que aun respondiendo a otros parámetros, el efecto último que genera en la esfera de la seguridad social representará, del mismo modo, una carga traducida inicialmente en un incremento de los sujetos partícipes.

Los avances tecnológicos, las eventuales reformas contractuales o convencionales u otra ordenación más profunda y generalizada de los sistemas productivos, permiten a priori prever reajustes estructurales y calcular sus principales efectos. En cambio, los procesos demográficos constituyen un fenómeno de imprevisibles consecuencias, máxime cuando el propio hecho está indeterminado, es incesante y no permite definir sus auténticos perfiles ni dimensionar cuantitativamente el mismo<sup>2</sup>. La seguridad social, panacea de todo este fenómeno, evidencia una particular fragilidad respecto de situaciones límite que la Unión Europea no ha despejado en su integridad, en especial en el campo de la asistencia social de los trabajadores comunitarios, con evidentes repercusiones en la esfera general de la seguridad social.

## 2. POLÍTICA EUROPEA COMÚN DE ASILO

La situación se torna especialmente compleja en nuestros días al hilo de un profundo flujo humanitario de dimensiones incalculables que irrumpe por el Mediterráneo, protagonizada por un contingente desbordado e incesante de migrantes que huyendo de la guerra, la persecución o la miseria, logran arribar, en el mejor de los casos, a las fronteras europeas. Considerando la migración económica que regularmente acude a Europa, esta masiva afluencia de personas demandando protección internacional ha hecho saltar todas las alarmas en un Unión Europea, sorprendentemente sorprendida ante un fenómeno que nunca debió ser imprevisible, considerando el devenir de los acontecimientos en zonas de conflicto tan próximas al continente.

La estrategia de la Unión para abordar este grave fenómeno bajo la denominada Agenda Europea de Migración adoptada en mayo 2015<sup>3</sup>, constituye un conjunto

---

articularon en el marco de la primera modernidad, en el contexto de una realidad social y sobre todo, de organización del trabajo muy diferente de la actual, lo que tiene importantes consecuencias en los sistemas contributivo-profesionales en los que el empleo constituye elemento fundamental para el acceso a la protección. Desde esta perspectiva, cabe plantearse si el sistema de Seguridad Social está preparado para cumplir su función protectora ante estas nuevas formas de organización del trabajo. Ya no se trata de examinar si la protección que dispensa el sistema de Seguridad Social ha visto reducida su intensidad en relación con unos sujetos que han venido desarrollando su actividad profesional de forma continua y con jornadas ordinarias, sino si podrá cumplir esa misma función con sujetos expuestos a actividades profesionales interrumpidas o discontinuas (trabajadores temporales, trabajadores a tiempo parcial, desempleados,...).

<sup>2</sup> El acceso a otros países diferentes del suyo de los refugiados que solicitan asilo político es un caso especial amparado por los derechos humanos más solemnes, que altera profundamente las estructuras económico sociales de la sociedad de acogida. En este sentido, DE LA VILLA GIL, L. E. “¿Qué es eso del Estado del Bienestar y cómo se mide, histórica y económicamente?” Revista de Derecho Social y Empresa, nº 3, julio 2015, p.49.

<sup>3</sup> Agenda Europea de Migración, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones (Bruselas 13.5.2015, COM (2015) 240 final). Un estudio detallado sobre el desarrollo de los acontecimientos sociales y las medidas (...)

heterogéneo de medidas, algunas de acción inmediata y otras de carácter estructural, cuya ejecución requiere la actuación conjunta y coordinada de los Estados Miembros y las instituciones comunitarias con diversos organismos (Frontex, Europol, Servicio Europeo de Acción Exterior, Fondo de Asilo, Migración e Integración y ACNUR, entre otros) para afrontar desde diferentes ángulos la multiplicidad de efectos que genera este fenómeno.

Con el objetivo de llevar a cabo una gestión ágil y eficaz de la diversidad de necesidades actuales desencadenadas por una abrumadora presencia de migrantes concentrados en los países de entrada a Europa (esencialmente Italia y Grecia), las medidas de impacto inmediato persiguen resolver o, cuando menos paliar, los problemas inherentes a la masificación de migrantes en las costas europeas, como los derivados del desplazamiento de personas que huyen de la guerra o la persecución, o personas cuyas vida o integridad corren peligro en caso de permanecer en sus respectivos países. En general, se trata de acciones de emergencia de aplicación inmediata para una mejor gestión de la llegada y registro de migrantes necesitados de protección internacional y su atención en el territorio del Estado miembro de acogida, sin perjuicio de posibles retornos a los países de origen cuando no procede la concesión del asilo. Sin ánimo exhaustivo, la Agenda contempla las siguientes: 1) apoyo financiero y logístico a las actividades de rescate y salvamento de los migrantes que lleva a cabo la Agenda Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores (Frontex) en las costas italianas y griegas; 2) medidas concretas en el marco de la política común de seguridad y defensa para la persecución de las redes delictivas de traficantes que explotan a los migrantes; 3) acciones de colaboración de la Comisión Europea y del Servicio Europeo de Acción Exterior para con terceros países que, debido a su localización geográfica, soportan el peso de los flujos de refugiados; 4) iniciativas políticas, debidamente dotadas, destinadas a promover y favorecer la estabilidad en los países de origen de tales personas, en consonancia con las actividades desplegadas en este sentido por las Naciones Unidas; 5) financiación de emergencia dispuesta por la Comisión europea para dotar los medios de acogida y de atención de asistencia sanitaria de los migrantes en los Estados miembros situados en primera línea, cuyos sistemas de asilo se han visto absolutamente desbordados ante la masiva afluencia de migrantes; 6) actuaciones de colaboración de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, Frontex y la Oficina Europea de policía (Europol) con los países de primera línea para llevar a cabo las labores de identificación, registro y toma de huellas dactilares de los migrantes, al efecto de tramitar con mayor rapidez el procedimiento para otorgar protección internacional, contando en especial con la asistencia de Frontex para gestionar en su caso los retornos cuando es denegada la solicitud de asilo; 7) por último, la acogida de migrantes llegados a la UE a través de iniciativas de reubicación en países miembros y un programa de reasentamiento destinado a personas desplazadas claramente necesitadas de protección internacional, con la directa intervención de ACNUR.

La función de las medidas estructurales será esencialmente revisora de los cimientos sobre los que se asienta la política migratoria europea, configurando la estrategia a seguir para su mejor gestión futura en torno a cuatro pilares principales: primero, la

---

políticas y jurídicas adoptadas en la Unión Europea a raíz de la masiva afluencia de migrantes, se encuentra en y otros, VV.AA.: *Migrants in the Mediterranean: Protecting human rights*, COGOLATI, S., European Parliament, Policy Department, Directorate-General for External Policies, October 2015, págs. 35 y ss.

reducción de los incentivos a la migración irregular; segundo, la gestión de las fronteras bajo el doble enfoque de salvar vidas y asegurar las fronteras exteriores; tercero, la revisión del sistema común de asilo para ofrecer cobertura a los migrantes necesitados de protección internacional, y por último, una nueva política en materia de inmigración legal que haga de una Europa en declive demográfico un destino atractivo para los inmigrantes.

En particular, desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam en 1999, la política común de asilo<sup>4</sup> había experimentado un proceso de desarrollo progresivo pero lento, de algún modo alejado de esta grave realidad social, como reflejan las propuestas de modificación presentadas en julio de 2016 por la Comisión afectando al actual marco normativo regulador del sistema común de asilo, cuya última revisión se había producido apenas tres años antes<sup>5</sup>. Probablemente, los recientes acontecimientos han precipitado el proceso de conformación del sistema europeo común de asilo, en cualquier caso, obligando a dar pasos de gigante en muy poco tiempo para afrontar una realidad posiblemente previsible y anunciada a raíz de los acontecimientos sociales y políticos que caracterizan la era que vivimos.

Con independencia de las medidas políticas y normativas adoptadas por la Unión Europea que, ante la naturaleza de la cuestión, se examinan como una foto fija traducida en una legislación de emergencia periódicamente revisable atendiendo a los perfiles

<sup>4</sup> Con fundamento en el art. 78 del Tratado de Funcionamiento de la UE, la política europea común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal, ofrece un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional, garantizando el respeto del principio de no devolución. Esta política, sintonizadora con los compromisos en la materia adquiridos a nivel internacional, principalmente la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, se rige por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros (art. 80 TFUE). El sistema europeo común de asilo se compone de un conjunto integrado de medidas dedicadas a conceder protección internacional al migrante cuya situación lo requiera, considerando que una vez removida la causa que originó la necesidad de protección, cabe la posibilidad de que el individuo permanezca en el país de acogida, incluso adquiera la residencia de larga duración y se integre socialmente, utilizando al efecto los instrumentos comunitarios que regulan la migración legal. Las cinco normas principales del actual sistema europeo común de asilo son: 1) Directiva 2013/32 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, 2) Directiva 2013/33 por la que se aprueban normas para la acogida de solicitantes de protección internacional, 3) Directiva 2011/95 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, 4) Reglamento 604/2013 por el que se establecen criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida (“Reglamento de Dublín”), y 5) Reglamento 603/2013 relativo a la creación del sistema EURODAC para la comparación de las impresiones dactilares.

<sup>5</sup> Las cinco normas que componen el sistema europeo común de asilo son relativamente recientes, aplicable la más temprana desde el 1 de enero de 2014 (Reglamento de Dublín) y las más tardías desde mediados de julio de 2015 (las Directivas 2013/32 y 2013/33 y el Reglamento Eurodac), sustituyendo cada una a otras normas que en esta materia fueron adoptadas en una primera fase de aplicación de la política de asilo europea. No obstante, la Comisión presentó en julio de 2016 propuestas de modificación de las tres directivas (Bruselas, 13.7.2016, COM(2016) 465, 466, 467 final), resultando significativo que las directivas relativas al régimen jurídico del procedimiento común de asilo y al estatuto de los beneficiarios de protección internacional serían modificadas, en su caso, a través de reglamentos (y no directivas) con el propósito de reforzar una aplicabilidad homogénea de tales materias en la UE, en tanto que la directiva de condiciones de acogida se modificaría por otra norma “refundidora” del mismo rango.

mutantes que adopte el movimiento migratorio, su consideración en el ámbito territorial de los países de acogida deberá observarse bajo reglas internas administrativas, policiales y de orden público, entendiéndose que este acto “asignatario” de reubicación en otro Estado miembro diferente al que llega el flujo migratorio, y en su caso reasentamiento en los países de la UE de personas desplazadas necesitadas de protección internacional bajo la mediación de ACNUR, pueden definirse como una imposición “solidaria” de la UE, acaso con fundamento en el artículo 80 del Tratado de Funcionamiento de la UE, hecho que plantea algunas cuestiones inmanentes de capital importancia<sup>6</sup>.

El asentamiento de este colectivo suscita graves problemas derivados, en principio caracterizados por su total previsión en materia de agrupación familiar, vivienda, escolarización, ocupación laboral y sanidad, aspecto este último íntimamente conexo con un régimen de seguridad social prestado desde un sistema básico de asistencia social o un régimen público de salud.

La normativa comunitaria vigente regula de forma diversa la posición del migrante en una fase inicial como solicitante de asilo, o en otra posterior cuando aquella solicitud ha sido resuelta favorablemente (en otro caso, procede el retorno al país de origen, medida compleja y a veces de difícil ejecución) y pasa a tener la condición de beneficiario de protección internacional, sea como refugiado o como titular de protección subsidiaria, lo que indefectiblemente conlleva su asentamiento temporal en el territorio del Estado miembro responsable de evaluar la solicitud de protección internacional. Este aspecto es sumamente delicado en situaciones específicas de afluencia masiva de migrantes a un determinado país comunitario, lo que ha motivado la reciente propuesta de Reglamento de la Comisión por la que se modifica el Reglamento 604/2013, de 26 de junio, que establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (“Reglamento de Dublín”)<sup>7</sup>. El objetivo de esta propuesta es fortalecer el “sistema de Dublín” en momentos de crisis y velar por un reparto más equitativo de los solicitantes de protección internacional entre los Estados miembros, no obstante sin quedar absolutamente despejado el proceso en todas sus fases, máxime desde la confluencia masiva de migrantes en un determinado país comunitario hasta que efectivamente se produce ese reparto vía reubicación.

## 2.1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SOLICITANTES DE ASILO Y REFUGIADOS EN LA UNIÓN EUROPEA: ASPECTOS SOCIOLABORALES

En materia de solicitudes de protección internacional, la Directiva 2013/33<sup>8</sup> regula las normas para su acogida en el país miembro bajo un enfoque tan laxo que parece ser

<sup>6</sup> Una propuesta adicional presentada por la Comisión en julio de 2016 en el marco de la Agenda Europea de Migración consistía precisamente en afianzar a través de un Reglamento “un marco más estructurado, armonizado y permanente para el reasentamiento en toda la Unión, sobre la base de experiencias previas, ... marco de orientación de los futuros esfuerzos en materia de reasentamiento en la Unión”. Bruselas, 13.7.2016, COM(2016) 468 final.

<sup>7</sup> Bruselas, 9.9.2015, COM (2015) 450 final.

<sup>8</sup> Directiva 2013/33/UE del PE y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de solicitantes de protección internacional (refundición) aplicable desde el 21 de julio de 2015, que modifica la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.

más un compromiso moral que una obligación legal. La condición de solicitante de asilo es transitoria por propia naturaleza, permaneciendo así en tanto es examinada su solicitud, lo que explica posibles restricciones a su libertad de circulación en el territorio del Estado de acogida y otras limitaciones en materia de residencia.

Bajo la consideración de “condiciones de acogida” la Directiva regula ciertos “beneficios” en favor de los solicitantes de asilo, dejando en general un amplio margen de actuación a los Estados miembros, lo que ha provocado a la postre regímenes nacionales dispares<sup>9</sup>. Entre los beneficios a cargo del Estado miembro de acogida figura el mantenimiento de la unidad familiar “en la medida de lo posible” (art. 12), la escolarización de los menores de edad “en condiciones similares a las de sus propios nacionales”, pudiendo “limitarse al sistema de enseñanza pública” (art. 14), la disposición de condiciones materiales de acogida que proporcionen a los solicitantes “un nivel de vida adecuado que les garantice la subsistencia y la protección de su salud física y psíquica” (art. 17.2), la asistencia sanitaria condicionada a la carencia de medios suficientes o a la efectiva contribución del solicitante cuando cuenta con recursos suficientes (art. 17.3 y 4), siendo el contenido mínimo de la asistencia sanitaria “los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades o trastornos psíquicos” (art. 19.1).

En materia de empleo, la Directiva contempla que los Estados miembros “velarán” por que el solicitante tenga acceso al mercado laboral “a más tardar a los nueve meses desde la fecha de presentación de la solicitud de protección internacional”, aunque cabe la posibilidad de quedar postergado por la preferencia que en este ámbito se dispense a los nacionales de otros Estados miembros y de terceros países con residencia legal en el Estado de acogida (art 15.1 y 2). Finalmente, una breve referencia al acceso a la formación profesional, permitida por el Estado miembro a los solicitantes, tengan o no acceso al mercado laboral (art. 16).

Evaluada la solicitud de protección internacional por el Estado miembro responsable y resuelta favorablemente, el individuo pasa a tener el estatuto de “refugiado”<sup>10</sup> o en su caso, el estatuto de “protección subsidiaria”<sup>11</sup>, lo que a tenor de la Directiva 2011/95<sup>12</sup> le

<sup>9</sup> Véase, al respecto, la situación de las condiciones de acogida y los derechos de los solicitantes de asilo y refugiados en algunos países de la Unión, en VV.AA.: *Work and social welfare for asylum-seekers and refugees: selected EU Member States*, POPTCHEVA E.M. Y STUCHLIK, A., European Parliament Research Service, 2015, págs. 10 y ss.

<sup>10</sup> Según el artículo 2 d) de la Directiva 2011/95, “Refugiado” es un nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o un apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos que los mencionados, no puede o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

<sup>11</sup> Según el artículo 2 f) de la Directiva 2011/95, “Persona con derecho a protección subsidiaria” es un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves (por ejemplo, la condena a pena de muerte o su ejecución, tortura, amenazas graves contra su vida o su integridad física, entre otras), y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país.

<sup>12</sup> Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección (...)

confiere una serie de derechos en el Estado miembro de acogida no absolutamente homogéneos según el estatuto que ostente, en cualquier caso más favorable para los refugiados, como ya se advirtió.

En principio y si a ello no obstan razones de seguridad nacional u orden público, el Estado debe expedir en favor del refugiado un permiso de residencia temporal con validez mínima de tres años y renovable (art. 24), así como documentos de viaje que le facultan para viajar fuera de su territorio (art. 25).

La Directiva consagra el principio de igualdad de trato en dos sentidos: uno, tomando como término de comparación con los beneficiarios de protección internacional a los nacionales del país de acogida, y otro, utilizando en ese binomio a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio del Estado anfitrión, lo que comprende específicamente la libre circulación en el Estado miembro (art. 33) y el acceso a la vivienda (art. 32).

La igualdad de trato con los nacionales del Estado miembro afecta expresamente a las siguientes materias: 1) el reconocimiento de diplomas, certificados y otras pruebas de cualificación oficiales para extranjeros, “esforzándose” los Estados miembros “por facilitar a los beneficiarios de protección internacional que no puedan adoptar documentos justificativos de sus cualificaciones el pleno acceso a sistemas adecuados de evaluación, convalidación y certificación de su formación anterior” (art. 28.2); 2) la asistencia social, aunque pudiendo quedar limitada a las prestaciones básicas (art. 29); 3) la asistencia sanitaria, que incluirá, si fuera necesario, el tratamiento de los trastornos psíquicos a los beneficiarios de protección internacional que tengan necesidades especiales<sup>13</sup> (art. 30). En lo referente al “acceso al empleo” no hay alusiones expresas al principio de igualdad de trato con los nacionales, sí en cambio remisiones a la legislación nacional en lo relativo a la posibilidad de desempeñar una actividad por cuenta ajena o como trabajador autónomo en el mercado de trabajo o en la administración pública, y en materia de remuneración y otras condiciones de trabajo, así como en el acceso a los sistemas de seguridad social correspondientes (art. 26.1 y 4).

La propuesta de modificación de ambas normas (Directivas 2013/33 y 2011/95) en el más amplio proyecto de revisión estructural de la política de asilo comunitaria que había diseñado la Agenda Europea de Migración mencionada, constituye un paso más en el proceso de afianzamiento del sistema común de asilo que pretende eliminar las divergencias entre los sistemas nacionales que han favorecido la regulación actual, estableciendo reglas de obligado cumplimiento vía reglamento capaces de fijar criterios comunes en esta materia. El nivel de cobertura dispensado a los beneficiarios de

---

concedida. Aplicable desde 21/12/2013. Esta norma introduce una serie de cambios sustantivos en la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

<sup>13</sup> Necesidades especiales como las mujeres embarazadas, las personas discapacitadas, las personas que hayan sufrido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual o los menores que hayan sido víctimas de cualquier forma de maltrato, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano o degradante o de conflictos armados.

protección internacional se unifica y amplía su elenco de derechos laborales, resultando lo más novedoso su aplicación extensiva a los solicitantes de asilo<sup>14</sup>.

### 3. ALGUNOS RETOS DERIVADOS DE LA RECEPCIÓN DE SOLICITANTES DE ASILO Y REFUGIADOS EN LA UNIÓN EUROPEA

La inmanencia que se proclama de la reubicación y el reasentamiento de los refugiados supone un efecto íntimamente ligado a su futuro. Sin perjuicio de la consideración que merecen otros aspectos (libre circulación, vivienda, escolarización infantil, etc), debe repararse en las posibilidades de empleo del migrante<sup>15</sup>, íntimamente ligadas a su nivel profesional, formativo e idiomático y capacidad laboral general, y muy especialmente, desde el momento de su asentamiento, el preceptivo sometimiento a diversos controles sanitarios establecidos por la legislación del país de destino conforme a sus normas internas por razones de orden público, como ya se señaló, en su caso, a nivel individual o familiar. De alguna manera, se establecerá un primer contacto con un régimen básico de seguridad social a través de un sistema de asistencia sanitaria universal de clara financiación presupuestaria.

#### 3.1. ASISTENCIA SANITARIA

La primera y principal función asumida por los países de acogida, aun antes de la formalización del concierto laboral, consistirá en la práctica de los reconocimientos y controles sanitarios precisos como salvaguarda de su salud y garantía para el asentamiento social de los inmigrantes en su territorio, prestación obligada por obvias razones de salud pública conforme a las preventivas fórmulas tradicionales<sup>16</sup>; ello

<sup>14</sup> La propuesta de Directiva que modifica la Directiva 2013/33 reconoce al solicitante unos derechos de los que ahora carece, próximos a los que disfruta el beneficiario de protección internacional. Aparte de adelantar a seis meses el acceso al mercado laboral (antes eran nueve), impone a los Estados miembros garantizar a los solicitantes la igualdad de trato con sus nacionales en las siguientes materias: 1) condiciones laborales, incluyendo remuneración y despido, permisos y vacaciones, así como las condiciones de seguridad y salud en el lugar de trabajo; 2) libertad de afiliación, de asociación en organizaciones empresariales y de participación en órganos de representación de trabajadores, 3) formación profesional, 4) reconocimiento de titulaciones oficiales, y 5) acceso a las ramas de seguridad social que menciona el Reglamento 883/200. No obstante, la propuesta introduce algunas precisiones con respecto a las cuales los Estados miembros no tienen que aplicar la igualdad de trato, en concreto: 1) cuando se trata de órganos de representación en las administraciones públicas, 2) en caso de ser formación profesional vinculada directamente a determinada actividad laboral, y 3) a las prestaciones familiares de seguridad social y prestaciones por desempleo. Bruselas 13.7.2016, COM (2016) 465 final.

<sup>15</sup> Vid un estudio actual sobre las posibilidades de integración en el mercado laboral de los países comunitarios de aquellos refugiados que llegan masiva y repentinamente a la UE, en VV.AA.: *The Refugee Surge in Europe: Economic Challenges*, AIYAR, S., International Monetary Fund, SDN/16/02, January 2016, págs. 15 y ss.

<sup>16</sup> Los migrantes son un colectivo heterogéneo en su procedencia y composición, habiendo grupos específicos que parecen tener un riesgo superior de contraer determinadas enfermedades, lo que se explica por un conjunto complejo de factores incluido el modelo de migración, su perfil demográfico, las experiencias vividas durante su itinerancia, tener hábitos de mayor riesgo y los patrones de enfermedad propios de sus países de origen. Además, las restricciones legales, la falta de conocimiento de sus derechos, la falta de familiaridad con el sistema de salud, brechas en conocimientos de salud y la discriminación, pueden conllevar un pobre acceso a los servicios sanitarios, lo que resulta un factor de riesgo relevante de consecuencias nefastas para la salud. Conocer y abordar la diversidad de necesidades sanitarias de los migrantes afectados por enfermedades infecciosas en Europa es crucial para proteger tanto la salud del sujeto como la salud pública. WILLIAMS, G. AND NOORI, T, "Infectious disease burden (...)

supondrá un coste adicional en el sistema de asistencia sanitaria universal como exponente básico de la gestión pública, con independencia de cómo sea su financiación, presupuestaria o laboralizada. Este primer contacto debe entenderse ampliable a supuestos emergentes motivados por campañas de vacunaciones infantiles, eventuales situaciones de gestación (preparto, parto y puerperio, en sus diferentes niveles asistenciales), medicina de urgencia y patologías detectadas como crónicas y supuestos asimilables<sup>17</sup>.

Prescindiendo del coste y los recursos que tal asistencia pueda entrañar para las instituciones sanitarias, resulta incuestionable que tal nivel de asistencia, imbricada en la fase previa al trabajo o derivada de su formalización contractual, deberá prestarse por los países de acogida en los términos y garantías que respeten la idea de “salud” en los términos definidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente las ausencias de afecciones y enfermedades”<sup>18</sup>.

Este nivel asistencial garantiza, en una primera línea, la salud y el bienestar patológico del colectivo de migrantes<sup>19</sup>. Incumbirá a todos los países de acogida por igual otorgar esta cobertura esencial, que deberá responder a las mismas reglas de análisis, consideración y tratamiento en cada caso. Esta función evidentemente desbordará, con afectación variable según los países, el campo de acción preventiva y sanitaria previa en numerosos supuestos hasta alcanzar o consolidar un principio básico

---

in migrant populations in the EU and EEA”, *Migrants and Health, Eurohealth Incorporating Euro Observer*, Vol. 20, Nº 4, 2014, pág.3.

<sup>17</sup> Un análisis detallado del impacto y retos a que se enfrenta la sanidad pública como consecuencia de la actual afluencia masiva de migrantes a la UE, la interacción de posibles patologías de los mismos sobre los ciudadanos europeos y a la inversa, se encuentra en SCHOLZ, N., “The public health dimension of the European migrant crisis”, *European Parliament Research Service (EPRS)*, January 2016.

<sup>18</sup> Preámbulo de la Constitución de las OMS, conferencia celebrada en Nueva York de 19 a 22 de junio de 1946. Su Reglamento Sanitario Internacional (Ginebra 2005), examinado, revisado y actualizado por la 58ª Asamblea General de la Salud, en la misma línea instaba a los países miembros, en los siguientes términos: 1) A que creen, refuercen y mantengan las capacidades prescritas en el Reglamento Sanitario Internacional y movilicen los recursos necesarios a tal efecto; 2) a que colaboren activamente entre sí y con la OMS de conformidad con las disposiciones pertinentes del citado Reglamento, a fin de velar por su aplicación efectiva; 3) a que presten a los países en desarrollo y los países con economías en transición el apoyo que éstos soliciten para crear, fortalecer y mantener las capacidades de salud pública prescritas en el Reglamento Sanitario Internacional; 4) a que, en tanto no entre en vigor el Reglamento Sanitario Internacional, adopten todas las medidas apropiadas para promover su finalidad y, en última instancia, su aplicación, incluido el establecimiento de las capacidades de salud pública y las disposiciones jurídicas y administrativas necesarias y, en particular, inicien el proceso de introducción del uso del instrumento de decisión que figura en el anexo 2.

<sup>19</sup> Sobre esta cuestión señala DE LA VILLA GIL, L.E., “¿Qué es eso del Estado del Bienestar y cómo se mide, histórica y económicamente?” cit., p. 39, que “La organización de la prestación de los cuidados médicos conoce inevitablemente diversas formas, sobre los dos principios básicos de la salud como derecho humano, y como derecho humano universal, de todos los residentes en un determinado territorio. Tradicionalmente la asistencia sanitaria conocía dos dimensiones, la sanidad pública y la sanidad prestada como seguro social o como prestación de los sistemas de seguridad social. En muchas sociedades del bienestar esas dos dimensiones se han fundido, o están recorriendo un proceso de fusión en una sola, de manera que el sistema o el servicio sanitario o de salud tiene como destinatarios a todos los residentes, abstracción hecha de que sean activos o inactivos y de otras consideraciones y circunstancias personales”.

de seguridad social, caracterizado por un estado óptimo de salud y el pleno empleo en el marco laboral.

La exigencia de esta igualdad material debe responder a un principio común consensuado que garantice la igualdad y evite situaciones indeseables, generadoras de conflictos de ubicación o de selección de territorios de asentamiento (los denominados “movimientos secundarios”). El reasentamiento o reubicación en general de los migrantes y la concreta integración laboral deberán encarnar y priorizar aquel concepto de salud como punto de partida de una inminente integración en el marco de la seguridad social a través del trabajo. Las normas internacionales<sup>20</sup> y las previsiones comunitarias<sup>21</sup> plantean una primera interrogante debido a la falta de una regulación completa y generalizada del tema, necesariamente diseñada y actualizada por la UE, ante una cuestión sumamente compleja y generalizada, no absolutamente definida y cambiante, con tratamientos parciales, sujetos a potenciales modificaciones conforme a las variaciones sustantivas que experimente la realidad regulada. La pregunta crucial estriba en discernir si aquellas normas internacionales, concebidas y aplicadas en otra realidad social puntual, previsible, limitada y definida junto a toda una legislación derivada del Estatuto del Refugiado, pueden causar en la actualidad el mismo efecto, acarreando una función obligada para todos los países comunitarios desbordados por la

<sup>20</sup> Deberá respetarse, en primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, cuyo art. 14 reconoce el derecho de asilo en los siguientes términos: “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”; su art. 25 reconoce, asimismo, el derecho a la salud y a la asistencia médica, detallando que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”. La Convención de Ginebra sobre el estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 establece que los derechos reconocidos en otros instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables a las personas refugiadas, sin que quepa ningún tipo de discriminación. El Pacto Internacional de derechos sociales, económicos y culturales firmado en Nueva York en 1966 reconoce en su art. 12 “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, señalando entre las medidas que deberán adoptar los Estados a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, las que resulten necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”. En la esfera europea, la Carta Social Europea (Turín 1961) del Consejo de Europa: menciona en el art. 11 “garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud” comprometiéndose los países a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente.

<sup>21</sup> Para los solicitantes de protección internacional, el art. 19 de la Directiva 2013/33 señala que “Los Estados miembros velarán por que los solicitantes reciban la atención sanitaria necesaria, que incluirá, como mínimo, los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades o trastornos psíquicos graves. Los Estados miembros proporcionarán la atención necesaria, médica o de otro tipo, a los solicitantes con necesidades de acogida particulares, incluida una atención sanitaria psíquica adecuada, cuando sea preciso”. Por su parte, la Directiva 2011/95 reconoce a los refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria el “acceso a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro que les haya concedido tal protección”, precisando que “los Estados miembros prestarán la asistencia sanitaria adecuada incluido, si fuera necesario, el tratamiento de los trastornos psíquicos, a los beneficiarios de protección internacional que tengan necesidades especiales, como las mujeres embarazadas, las personas discapacitadas, las personas que hayan sufrido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual o los menores que hayan sido víctimas de cualquier forma de maltrato, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano o degradante o de conflictos armados, en las mismas condiciones que rigen para los nacionales del Estado miembro que les haya concedido la protección” (art. 30).

presencia de un fenómeno nuevo, grave y humano, soportando, por razones de solidaridad, el asentamiento en su país del contingente de migrantes asignados.

Es evidente que bajo diferentes enfoques los instrumentos internacionales reguladores de los derechos humanos están dirigidos unánimemente a la protección de la dignidad humana y su bienestar, actuando como principios informadores de una política social cuyo alcance y desarrollo, respetando su contenido esencial, quedan concernidos por la fluctuación de diversos factores de puntual observancia e irregular presencia geográfica, nota de especial consideración y trascendencia en las actuales circunstancias. En este sentido, no cabe duda que son de aplicación sobre el colectivo de migrantes y, especialmente, frente a los refugiados como del mismo modo a los solicitantes de asilo cuya protección aún no tiene reconocimiento formal. En líneas generales es posible afirmar que tales previsiones gozarán de pleno desarrollo en los países miembros de la UE resultando aplicables al colectivo de inmigrantes.

Reconducidos a nuestro ámbito de análisis, el fenómeno de la emigración en sus diferentes formas, impacta en la esfera de la seguridad social de forma desigual, aun considerando las previsiones generales de los textos internacionales de obligada observancia. El art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”, texto reiterado en otros documentos internacionales, así como en el art. 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>22</sup>.

Con las cautelas que su aplicación pueda merecer, pertinente ante el fenómeno sin precedentes de la inmigración multitudinaria –nota que reclama particular interpretación ahora–, en este terreno cabe citar la labor de la OIT a través de su Convenio 102 “Norma mínima de la Seguridad Social” (1952), con especial atención a los artículos 7 al 12 que regulan la asistencia sanitaria<sup>23</sup>, para encauzar u orientar su enfoque. Del mismo tenor básico son los convenios aprobados por el Consejo de Europa sobre Asistencia Social y Médica (Paris, 11 de diciembre de 1952) y el Convenio Europeo de Seguridad Social (Paris, 14 de diciembre de 1972).

Todas estas consideraciones nos sitúan ante un marco inicial de seguridad social que, salvo que la UE adoptase normas para su tratamiento<sup>24</sup> más allá de las referencias a

<sup>22</sup> Artículo 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales”.

<sup>23</sup> Los artículos 7 a 12 del Convenio 102 de la OIT regulan la obligación del Estado de garantizar a las personas protegidas la concesión, cuando su estado lo requiera, de asistencia médica, de carácter preventivo o curativo, debiendo comprender la contingencia cubierta todo estado mórbido cualquiera que fuere su causa, el embarazo, el parto y sus consecuencias.

<sup>24</sup> La UE carece de una legislación armonizada en materia de asistencia sanitaria, recayendo su competencia en cada Estado miembro. Tampoco es objeto de coordinación en el marco del (...)

la asistencia sanitaria contenidas en las Directivas 2013/33 y 2011/95 a que se ha hecho referencia, el riesgo de un tratamiento individualizado por parte de los Estados miembros de acogida podría configurar un mosaico heterogéneo y diverso en la acción social, preventiva y asistencial, situación indeseable y susceptible de una justificada polémica político-social y económica.

### 3.2. SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

Antes de abordar los problemas que tales colectivos pueden cursar en el marco de la seguridad social común, interesa destacar, aun de forma escueta, aspectos previos o concomitantes con la propia inserción laboral, relativos a la seguridad y salud de los trabajadores en el medioambiente laboral, destacando por dificultades innegables a priori, la formación e instrucción de los trabajadores o la formación continuada preventiva y profesional y demás aspectos coherentes a tal fin. Del mismo modo, existen unos límites o fronteras infranqueables a respetar por los países de acogida. Aludimos al Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores (1981) y las abundantes normas de esta misma naturaleza dictadas por aquella Organización atendiendo a la actividad desplegada, el lugar de trabajo, el ambiente laboral, los riesgos conexos, las actividades prevencionistas, etc; con especial cita del Convenio 183 sobre la protección de la maternidad (2000). Incumbirá igualmente a los países de acogida respetar las normas comunitarias dictadas en la materia, esencialmente la Directiva 89/391, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (“Directiva marco”). Entre otros documentos, habría que respetar el papel que encarna la Agencia Europea para la seguridad y la salud en el trabajo, creada por el Reglamento del Consejo de 18 de julio de 1994, cuyo objetivo esencial consiste en “proporcionar a los organismos comunitarios, a los Estados miembros y a los medios interesados toda la información técnica, científica y económica útil en el ámbito de la seguridad social y de la salud en el trabajo”.

La cuestión de la prevención de riesgos laborales se concibe y articula como un deber esencial para los Estados signatarios de aquel Convenio base (núm. 155). Si bien en principio habría que deducir su conocimiento y aplicabilidad por parte de los países de la UE –prescindiendo de los que no hubieran ratificado tal documento de la OIT– y acaso vinculados por normas de rango internacional, su omisión, relajación o incumplimiento, además de constituir un quebrantamiento de los derechos básicos de todo trabajador, comportará graves sanciones administrativas, económicas y en su caso penales, para los sujetos infractores.

---

Reglamento 883/2004, que expresamente excluye de su ámbito de aplicación la asistencia social y médica (art. 3.5). Como señala la Directiva 2011/24 de 9 de marzo de 2011 relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, “los sistemas sanitarios de la Unión constituyen un componente esencial del alto nivel de protección social en la Unión y contribuyen a la cohesión y la justicia sociales, así como al desarrollo sostenible (...) Los Estados miembros son responsables de proporcionar a los ciudadanos en su territorio una asistencia sanitaria segura, de alta calidad, eficaz y suficiente desde un punto de vista cuantitativo, sin perjuicio de la posibilidad de que los pacientes reciban asistencia sanitaria transfronteriza(...) En particular, corresponde adoptar a nivel nacional las decisiones sobre la cartera de servicios sanitarios a los que tienen derecho los ciudadanos y los mecanismos de financiación y de prestación de asistencia sanitaria, tales como la determinación de hasta qué punto procede recurrir a los mecanismos de mercado y la presión de la competencia para gestionar los sistemas sanitarios”.

Un tema cardinal *hic et nunc* radica en la versatilidad y eficacia de tales normas preventivas respecto de colectivos que, en sus líneas generales, se ignora formación laboral<sup>25</sup>, lo que puede generar problemas adicionales íntimamente conexos con esta materia una vez integrados en el mercado laboral, a los que se aplicarán, como deductivamente se entiende, todo el conjunto normativo de los derechos y deberes de los trabajadores nacionales del país de acogida.

Como observación marginal pero de indudable presencia conflictiva, se citan los supuestos usuales de los avatares de la relación laboral referidos a casos de modificación, suspensión, excedencia, movilidad, cuando en principio tengan limitado un principio fundamental en el Derecho de la UE para los nacionales de los países integrantes, cual es el de la libre circulación.

Es obvio que examinar el fenómeno de los flujos migratorios insertos laboralmente plantea algunos problemas carentes, lógicamente, de una regulación propia; de ahí el esfuerzo de responder a esta situación desregulatoria bajo los principios y directrices de las reglas internacionales y comunitarias, pero reparando que esta situación es un fenómeno nuevo, diferente, en expansión y que solo permite una foto instantánea en su regulación, sujeta a periódicas y obligadas revisiones.

### 3.3. SEGURIDAD SOCIAL

El tracto sucesivo de la dinámica contractual de forma inmanente comportará la integración del colectivo de migrantes afectado en un régimen público de seguridad social. No se aborda expresamente la estructura, gestión y financiación de la seguridad social, como tampoco sus ámbitos subjetivos de protección y el nivel de cobertura social, temas lógicamente previstos y funcionando en los diferentes países de las UE. La cuestión central, como se argumentaba con anterioridad, estriba en prever o al menos considerar el impacto y efectos de su presencia en un régimen público de seguridad social obligatorio, derivado de su incorporación al mundo laboral<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> El artículo 28.2 de la Directiva 2011/95 prevé que “Los Estados miembros se esforzarán por facilitar a los beneficiarios de protección internacional que no puedan aportar documentos justificativos de sus cualificaciones el pleno acceso a sistemas adecuados de evaluación, convalidación y certificación de su formación anterior. Las medidas que adopten al respecto deberán atenerse a lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, y el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales”. Sobre los problemas específicos para certificar el nivel de estudios previos de los refugiados y el reconocimiento de determinada cualificación y formación profesional, véase la introducción de MALFROY, E., *Guidelines for recognition of Refugees' qualifications*, Council of Europe WorkingPartyonRefugeeQualifications, 1999, [http://www.aic.lv/ace/WP/Refugees/guid\\_ref.htm](http://www.aic.lv/ace/WP/Refugees/guid_ref.htm).

<sup>26</sup> En un análisis que podría traspolarse a los refugiados, relativo a los derechos de empleo y seguridad social de la migración legal en la UE a partir de las directivas que regulan las diferentes modalidades de participación en el mercado laboral de los “migrantes económicos”, se destaca cómo en el ámbito de la seguridad social los Estados miembros, al transponer la normativa comunitaria, han introducido excepciones al principio de igualdad de trato con los nacionales para aquellos trabajadores extranjeros procedentes de terceros países que acceden al mercado laboral por un tiempo limitado, que dudosamente respetan el principio de igualdad de trato y no discriminación, que consagra el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. VERSCHUEREN, H., “Employment and social security rights of non-EU labour migrants under EU law: an incomplete patchwork of legal protection”, Paper presented at the ReMarkLab Conference, 19-20 May 2016, Stockholm, pág. 15. <http://www.jurinst.su.se/remarklab/about/programme/papers-and-presentations>

En general, los regímenes de seguridad social dispensan una protección asistencial plural, cuyo ámbito de cobertura e intensidad de las prestaciones pueden resultar variables en atención a diferentes factores, esencialmente los recursos disponibles, el nivel de ocupabilidad y las tasas de desempleo subyacentes, elementos determinantes con independencia de su financiación pública, privada o mixta. En todo caso y reparando en tales observaciones, su efectividad se sustenta en la ordenación de una determinada correspondencia entre los sujetos interesados y las instituciones gestoras implicadas, con ciertas garantías ocasionales. El reconocimiento y disfrute de algunas prestaciones económicas están condicionados a una cierta participación económica del sujeto interesado y/o su empleador, como cumplimiento de períodos de empleo, cotización o seguro, salvo modalidades que resulten compensadas por vía de financiación pública. Ante esta connotación, el tema conflictivo y preponderante deriva de la súbita y obligada inclusión de estos colectivos en el campo de la seguridad social pública vía laboral. En función del país de acogida, en principio habría que colegir que gozarán de plena equiparación con los sujetos nacionales del propio país, hecho que podría acarrear una diferencia de trato de unos Estados miembros a otros dentro de la UE, si bien no cabría calificar la situación de discriminatoria por cuanto responde a un conjunto de reglas de su ordenamiento jurídico potencialmente diferenciadas de otros países. En ningún caso, este factor podría esgrimirse como un elemento opcional de destino geográfico por los afectados, si es que tal alternativa cupiere.

Prescindiendo del factor material de índole cuantitativo –aspecto que no es realmente alarmante dada la laxitud con que se está produciendo el proceso de reubicación y de reasentamiento<sup>27</sup>– nos encontramos que, dadas las características peculiares de estos flujos migratorios<sup>28</sup>, que en principio carecen de antecedentes laborales documentados y la correlativa contribución financiera a la seguridad social de su país de origen, en caso remoto de que pudiere computarse la misma por alguna vía legal o consensuada, su ubicación en las reglas generales de la seguridad social

<sup>27</sup> Según los últimos informes mensuales de la Comisión europea emitidos desde mayo de 2016, la tasa de reubicación desde Italia y Grecia de un mes a otro es oscilante, sin que en términos generales logre aproximarse al objetivo de reubicación propuesto por la Comisión (6000 personas al mes), debiendo concluir que los avances en materia de reubicación son aún insuficientes en términos generales. Por todos, Duodécimo informe de la Comisión sobre reubicación y reasentamiento, Estrasburgo, 16.5.2017 COM(2017) 260 final.

Por lo que se refiere al reasentamiento, en octubre de 2015 los Estados miembros confirmaron su compromiso de ayudar a 22.504 personas desplazadas de fuera de la Unión claramente necesitadas de protección internacional, que se reasentarían efectivamente en los dos años siguientes. A finales de 2015, habían sido reasentadas 3.358 personas en ocho de los Estados miembros y en julio de 2016 –último informe disponible– la cifra había alcanzado las 8.268 personas, principalmente procedentes de Turquía, Jordania y el Líbano. Hay que considerar que las medidas acordadas en la Declaración UE-Turquía no empezaron a aplicarse hasta el 4 de abril, siendo el número de reasentamientos en la UE procedentes de Turquía a través del mecanismo “un retornado, un reasentado” (1 x 1) de 802 personas. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y el Consejo, Sobre el estado de ejecución de las acciones prioritarias con arreglo a la Agenda Europea de Migración, 10.2.2016, COM (2016) 85 final, p. 22.

<sup>28</sup> Los principales países de origen de los migrantes que entran actualmente en la UE por el Mediterráneo son Siria, Afganistán, Pakistán, Eritrea, Nigeria y África Subsahariana. No todas las personas que intentan alcanzar las costas europeas lo hacen por vías legales, sino que recurren a cauces ilegales gestionados por mafias de tratantes de seres humanos, poniendo en riesgo sus vidas, siendo variadas las motivaciones que les impulsan, desatacando la guerra en sus países de origen, la opresión política y la pobreza. APAP, J. Y ORAV, A., *Países de origen seguros. Propuesta de lista común de la UE*, Legislación de la UE en curso de adopción, 8 de octubre de 2015, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, PE 569.008.

encontraría un déficit importante de contabilización de tiempos o períodos de trabajo, vacío de difícil solución si no se arbitra por las instituciones europeas un sistema de armonización que ofrezca un tratamiento igualitario para todos los sujetos que cursen idéntica situación en cada país de acogida. No supone, por cuanto no sería competencia de la UE, crear un régimen de seguridad social *ad hoc* para estos colectivos, decisión que forzaría gravemente las economías de los países de acogida. Su función, esencialmente orientadora y financiera, marcaría pautas definidas tendentes a crear una suerte de prestaciones sociales complementarias al margen del sistema contributivo tradicional del país.

Sobre esta premisa, además, devengar prestaciones ordinarias en el marco de la seguridad social pública exigiría cumplir los requisitos previos de seguro, empleo o cotización establecidos por la legislación del país de acogida, condicionante que con frecuencia comportará la imposibilidad de acceder el refugiado a una prestación económica o recibirla en su integridad. Esta afirmación, conectada con el contenido de la acción protectora que brinde la seguridad social de cada país, revela las restricciones o limitaciones que podrían encontrar los trabajadores interesados. Analizar otros campos de la previsión social, que están íntimamente asociados a una relación laboral estable, revelaría igualmente una situación menoscabante para tales trabajadores, sea ejemplo patente el acceso a la prestación económica por antonomasia, la denominada pensión de jubilación, cuya cobertura económica está estrechamente ligada al régimen laboral y cotizatorio del sujeto afectado.

Admitido un futuro desbordamiento subjetivo de los sistemas proteccionistas como consecuencia del fenómeno migratorio, su remodelación, respetando los principios fundamentales de derecho necesario irrenunciables, en convivencia con el régimen público de seguridad social de cada país comunitario, exigiría arbitrar un programa de prestaciones adicionales complementarias, evidentemente en presencia de supuestos tasados y circunstancias definidas y rigurosamente controlados, en todo caso financiados por la UE y gestionados por las instituciones competentes del país de acogida, siempre con un carácter temporal, desarrollando así la UE una función claramente humanitaria y asistencial más allá de la mera “distribución” de contingentes de refugiados por los países comunitarios.

En suma, y con el fin fundamental de evitar discriminaciones respecto de los trabajadores de cada país comunitario, la medida consistiría en conceder, con cargo a un fondo europeo, un complemento económico adicional consistente en la diferencia entre la cuantía de la prestación lucrada por el esfuerzo social participativo (cotización) del refugiado y la prestación mínima establecida en cada país para cada rama de seguridad social que requiera un período previo de seguro o período carencial; salvo que exista una igualdad proteccionista liberada de todo condicionamiento cotizatorio.

En otro caso, habría que reflexionar, cuestión delicada y compleja, la exportabilidad de la prestación devengada con su exclusiva participación financiera al sistema común de la seguridad social en la cuantía derivada de su aportación; o compensarle vía reintegración las sumas abonadas en concepto de participación a la seguridad social.

#### 4. CONCLUSIÓN

Identificado y definido el complejo tema de la reciente y repentina afluencia masiva de migrantes a la Unión Europea y previendo su posible evolución, con independencia

de las fórmulas contractuales y sistemas organizativos del trabajo, es evidente que todo este fenómeno en el tiempo está advocating a una necesaria protección social que garantice a los ciudadanos bienestar y seguridad. El debate surge cuando las prestaciones económicas de la seguridad social, en sus líneas generales, se otorgan sobre una base previa de empleo, cotización o seguro que determina el reconocimiento o no de tales prestaciones. Es obvio que los refugiados con frecuencia no cumplirán esas exigencias en su integridad, lo que supone una clara desprotección ante contingencias de especial gravedad (invalidez, fallecimiento, jubilación). Esta realidad debería ser neutralizada a través de un fondo europeo que completase la prestación de cada cobertura en función de los mínimos existentes para cada situación en los países de acogida, proposición especialmente delicada y sujeta a rigurosos controles tanto por las instituciones comunitarias como los países responsables de su reconocimiento. Su exportabilidad o su compensación mediante reintegros económicos de los esfuerzos practicados por los interesados, merecerían otras consideraciones por parte de la Unión Europea, que de esta forma cumpliría un papel profundamente humanitario y tutelante, más allá de la mera ubicación geográfica de los refugiados, operación desarrollada con desigual éxito.

# XXIV. LA IMPORTANCIA DE LA CLASE MEDIA EN LOS ACTUALES SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA Y LOS PELIGROS DE SU DESAPARICIÓN

ANTONINO IMBESI

*Doctorando en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Huelva*

## 1. INTRODUCCIÓN

A partir del 2008 estamos asistiendo a un fenómeno que la clase ejecutiva y mayoría de la clase política fatiga a entender, subestimando sus repercusiones sociales y económicas. El deterioro y el empobrecimiento de la clase media en un proceso continuo de desgaste, si aún no hacen predecir su desaparición, sí pero nos dan la idea de su erosión.

La reciente crisis ha detenido los mecanismos correctivos, de protección y de construcción de la equidad social. Las políticas de austeridad sostenidas por Alemania<sup>1</sup> y apoyada por el bloque de los países nórdicos, no parecen haber surtido los efectos esperados. Sin embargo han tenido la conraindicación de haber exacerbado la vulnerabilidad socioeconómica de una larga parte de la población de Europa y haber conseguido un empeoramiento de sus condiciones de vida, aumentando la desigualdad social, generando mayor pobreza, creando riesgo de desempleo a largo plazo y exclusión social<sup>2</sup>.

El derecho del trabajo va necesariamente acompañado por diversas formas de protección, como aquellas prestaciones que en su mayoría, se relacionan con la generación de derechos sociales en el período en que se trabaja<sup>3</sup>. Por lo tanto, los periodos de crisis, generan situaciones de incertidumbre y alargan las diferencias entre las diferentes clases sociales. Está claro que la seguridad y la protección social, están estrictamente ligadas al trabajo.

La capitalización realizada a través de las cotizaciones, concurre y permite de sostener a lo largo de la vida laboral prestaciones por desempleo, pensiones, formación, sanidad, etc.; eliminando situaciones de riesgo e inseguridad ante la pérdida del puesto de trabajo. No obstante la clase media no es la única víctima de esta crisis. Las

---

<sup>1</sup> “Alemania es aún memore y históricamente esclava del recuerdo del desastre económico en la época de la Republica de Weimar, con un nivel de inflación demasiado alto para poder ser controlado y la consecuente subida de Hitler al poder. La población sufrió las repercusiones de la alta deuda de guerra que tenía que pagar (sobre todo a franceses y americanos) y que la crisis del 1929 empeoro. Los acreedores no quisieron renegociar la deuda y alargar los plazos del pago, condenando a la pobreza y empeorando la condición social de millones de alemanes”.

<sup>2</sup> GAMBINO, S.: *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive, Collana collegata alla rivista DPCE*, Torino, Ed. Giappichelli, 2015.

<sup>3</sup> PALOMEQUE, C.: *Un compañero de viaje histórico del Derecho del trabajo: la crisis económica*, *Revista de Política Social* n.º 134, Madrid, 1984.

condiciones de vida de esta clase, tanto de la mano de obra cualificada como no cualificada, han sufrido un mayor ataque y deterioro que en cualquier otro momento histórico con la excepción de la crisis del 1929. El impacto de la crisis como hecho coyuntural y pasajero, no es suficiente explicación para la quiebra y el hundimiento que está sufriendo la clase media y las causas son mucho más complejas y alarmantes<sup>4</sup>.

La desaparición de la clase media puede dar origen a varias dificultades de distintas naturaleza. Las complicaciones pueden ser las de: sostenibilidad económica de un sistema de Seguridad Social siempre más oneroso; políticos con incertidumbre ingobernabilidad y aumentos de los gobiernos autoritarios; sociales con un aumento generalizado de pobreza, hasta llegar en los casos peores en conflictos entre distintas clases o en el mismo grupo social, para el reparto de los escasos recursos económicos.

## 2. LA CLASE MEDIA Y LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

### 2.1. CÓMO SURGIÓ LA CLASE MEDIA Y PORQUÉ ES IMPRESCINDIBLE

*¿Pero que entendemos por clase media, como surgió y cual son las dinámicas sociales que la hacen tan imprescindible?*

La clase media empieza originariamente a asomarse al desafío de la historia siguiendo el florecer de otra clase: la burguesía, que empezó a ver la luz a partir de la creación de pequeños emprendedores terratenientes y con sus acumulación de capitales. Las revoluciones liberales que ocurrieron en Inglaterra en el siglo XVII dieron manera a la burguesía de sobresalir por su éxito en la industria, las profesiones liberales y el comercio. Las consecuencias políticas inmediatas fueron que logró entrar en el Parlamento y progresivamente hacerse con una importante parcela de poder. Desde el Parlamento la nueva burguesía empezó a promover una serie de reformas económicas y sociales que terminaron por favorecer su consolidación final. La industrialización de los países, finalizará su proceso de consolidación, justo con el surgimiento de la clase media, hecha por obreros y trabajadores asalariados. En el resto de Europa, la clase media empezaría su desarrollo a partir de la Revolución Industrial, a comienzos del siglo XIX. Las progresivas mejoras y el progreso económico la fueron ampliando por personas de un nivel educativo más alto y que desarrollaban oficios no manuales.

Weber y Marx, con sus teorías, nos han explicado de forma más clara, las dinámicas sociales, que han hecho de la clase media uno de los pilares, en que se han apoyado la segunda y la tercera época de la industrialización, creando las bases de un crecimiento económico continuo y compartido por números países, y permitiendo la creación y el desarrollo del Estado del Bienestar. Max Weber se centra en la interacción de las variables de “riqueza, poder y prestigio”<sup>5</sup>. Para él la sociedad se estratifica como un

<sup>4</sup> GORELLI HERNANDEZ, J.: *Critica a la flexiseguridad*, Revista Latinoamericana de Derecho Social n.º16 Enero-Junio, Ciudad de Mexico, 2013.

<sup>5</sup> “Para Weber la comprensión de la dinámica de clases nos centraremos en la dimensión económica. La mayor diferencia entre las clases se concentra en el volumen y la estructura del capital que se dispone. La clase media no disponiendo de suficiente capital, como para dedicarse simplemente a recibir el interés que produce, deberá implicarse activamente como empresaria en la gestión de éste, como comerciante, profesional o pequeño industrial, utilizando sus habilidades para generar más capital. La situación de clase es entonces delimitada por una determinada posición en un mercado y en las posibilidades de acceder a determinados bienes y oportunidades que circulan en éste. La posesión de determinados tipos de bienes define la posibilidad de actuar en determinados mercados, y recibir en ellos determinados (...)”

continuo a lo largo de tres dimensiones paralelas: la económica, la política y la social. En la teoría marxista, las clases, no se definen por su posición en escalas lineales de poder, prestigio o riqueza, sino, son las relaciones de producción económicas que definen la estructura social<sup>6</sup>. Las dos teorías aun distintas nos hacen perfectamente entender las estrictas conexiones entre economía y sociedad, entre elites de poder y gobierno de los fenómenos sociales de masa y nos hablan, con bases teóricas-científicas por primera vez de la existencia de una nueva clase social.

Pero esta, descrita por estos importantes teóricos de las ciencias sociales, no es la clase media que conocemos nosotros. La clase media moderna, así como la entendemos hoy en día, solo surge en el siglo XX en la época de la segunda revolución industrial. Con Ford, las industrias como la del automóvil, comenzaron a aplicar novedosas técnicas de producción (taylorismo, producción en línea, estandarización del producto, automatización), que permitían reducir sobremedida los costes de los productos, posibilitando el pago de salarios mayores a los obreros. Fue justo el aumentar del nivel adquisitivo a permitir acceder a nuevos bienes y servicios, ampliando el mercado potencial de los productos industriales en un crecimiento que hasta la crisis del 2008 parecía infinito. Los profesionales que ya integraban la clase obrera: médicos, ingenieros, abogados, etc., empezaron a formar el núcleo principal de la clase media, generando una nueva dinámica económica de enriquecimiento de la población y tratando en una mejora de sus condiciones de vida. Se afirmaba una clase bastante amplia capaz de absorber la oferta productos y permitir un desarrollo industrial imponente. La clase media se consolida políticamente después de la segunda guerra mundial, cuando la confrontación con las fuerzas comunistas del mundo hacen del capitalismo el modelo político más aceptable asegurando ciertas garantías mínimas del bienestar. Tras la Crisis del 1929 y el acabar de la Segunda guerra mundial las teorías económicas keynesianas juntas a las nuevas políticas orientadas hacia la clase media crearon no solo el concepto de estado del bienestar, sino también las estructuras de la seguridad social, hoy en día amenazadas por otra crisis sistémica y mundial.

---

beneficios, que a su vez constriñen los conjuntos futuros de posibilidades vitales. Los diferentes mercados de capital: industrial, comercial, educativo, etc. definen las diferentes inversiones a las que puede aplicarse este capital y recaudan la existencia de las distinciones en el seno de la clase media”.

<sup>6</sup> “Lo que define la clase no es simplemente la posesión de los medios de producción, sino, la actividad en la que la persona se ocupa. El esquema marxista, la estructura capitalista se divide simplemente entre proletarios u obreros y capitalistas o burgueses. Otras clases como la clase media en el sentido marxista son un residuo de épocas anteriores, que subsisten temporalmente en el sistema capitalista. Marx a diferencia de Weber no consideraba los pequeños burgueses como clase media. Para él era una anomalía destinada desaparecer, siendo los más exitosos de sus miembros absorbidos en la alta burguesía mientras que la mayoría de los mismos se proletarizaría. Muchos análisis intentaron demostrar que, de acuerdo con las previsiones de Marx, la clase estaba en efecto desapareciendo y el radical incremento de la diferencia entre los extremos superior e inferior de ingresos hoy en día parece confirmar tal hipótesis. Según la teoría marxista, podríamos definir a la clase media como aquel sector social de trabajadores dueños de los medios de producción, cuya fortuna no da para contratar obreros y que disfrutan del producto de su trabajo”.

## 2.2. LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

*Bien pero ¿Cuándo han surgido los sistema de seguridad social y porque son importantes?*

El primer sistema de seguros sociales público es del siglo XIX en 1883 en la Prusia por Otto Von Bismarck, que diseñó un seguro social para que las personas pudieran cubrir sus necesidades durante su vejez. Años después de la implantación del sistema público de pensiones en la Prusia el 10 de junio de 1941 el gobierno inglés creó una Comisión Interdepartamental para la Seguridad Social y Servicios Afines, a cargo de sir William Beveridge. El Informe Beveridge<sup>7</sup> (1942), surgido por esa comisión se considera el primer sistema unificado de seguridad social. El modelo de Bismarck es un modelo contributivo y cerrado, de manera que los partícipes del modelo son los únicos que pueden beneficiarse del mismo, excluyendo del mismo a todas las personas que quedan fuera del mismo. El modelo Beveridge es un modelo no contributivo. Los recursos de los que se nutre este sistema provienen de los impuestos generales, que se recaudan en un país o en un territorio, mientras que en la fijación de los beneficiarios rige el principio de la universalidad, es decir, los habitantes de ese país o territorio. Este modelo representa la base en la que se han desarrollado los actuales sistemas de seguridad de las mayorías de los países industrializados.

El Estado del Bienestar empieza sus primeros pasos ya que los estados, y sobre todo sus elites, se dan cuenta que el tener un ingreso constante y continuo en el tiempo, permite mantener altos niveles de consumo y que el consumo favorece la producción y así sucesivamente en un círculo virtuoso que puede ingenuamente parecer infinito. Todo esto necesita una clase social bastante amplia. Su definitiva consagración es cuando en 1945 la Asamblea General de las Naciones Unidas elige el adoptar en la declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>8</sup>, su Art. 22 que establece que: “*toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social*”. Posteriormente, la OIT en 1952, instituirá unas normas mínimas recogidas en el Convenio sobre la Seguridad Social, y en 2001 se pondrá en marcha una Campaña Mundial en materia de Seguridad Social y cobertura para todos<sup>9</sup>. La mayoría de los países hoy tienen un sistema de seguridad social que cubre en la totalidad o en parte como seguro publico los riesgos laborales, sociales, la jubilación, la cobertura sanitaria básica y otras prestaciones.

La pregunta que nos podríamos hacernos, después de las reducciones de los recursos económicos destinados a la seguridad social, frente a la crisis económica, es si los sistemas de seguridad siguen siendo sostenibles sin una clase media, y si no lo son, como encontrar los recursos económicos para su sostenibilidad. Cuando analizamos la viabilidad del Sistema de seguridad social no sólo debemos focalizar nuestra atención en el número de trabajadores ocupados, sino también en la evolución de la productividad de la economía, ya que esta está estrechamente relacionada con el hecho

<sup>7</sup> BEVERIDGE, W.: *Seguridad social y servicios afines. Informe presentado al Parlamento de Gran Bretaña el 22 de noviembre de 1942*, Buenos Aires, Losada, 1943, págs.13 y 14.

<sup>8</sup> COSTA, P.: *Dai diritti del cittadino ai diritti dell'uomo: alle origini della Dichiarazione Onu del 1948*, Torino, Ed. Giappichelli, 2010.

<sup>9</sup> “El origen de la Seguridad Social en España data de 1883, aprobada por la denominada Comisión de Reformas Sociales, aunque fue realmente en el año 1900 cuando se crea el primer seguro social, con la aprobación de la Ley de Accidentes de Trabajo”.

que un aumento de la productividad, implica también un incremento del bienestar social de un país. Ambas, productividad y bienestar social, ayudan a conseguir una Seguridad Social más sólida o consolidada. La reducción de la productividad fomentada en muchos países por la crisis y por problemas estructurales propios, nos hace reflexionar sobre la necesidad de encontrar nuevos instrumentos y recursos económicos para la sostenibilidad del sistema de seguridad.

### 2.3. REPERCUSIONES POLÍTICAS DE LA DESAPARICIÓN DE LA CLASE MEDIA

*¿Qué repercusiones tiene la quiebra de la clase media en los sistemas políticos?*

La aparición de un nuevo modelo social alejado de la equidad, junto a la justicia social, y dirigido a cubrir las nuevas necesidades de la economía global<sup>10</sup>, está reconfigurando las relaciones de clase media por la lucha por los recursos, la capacidad de influencia, de autonomía, de empoderamiento o el mero bienestar. Las estrategias de importantes sectores de las élites se están distanciando de las necesidades y objetivos de las clases medias y trabajadoras. El deterioro de la clase media se sitúa en un contexto de defensa de modelos sociales enfrentados: uno, basado en las ideas de ciudadanía, equidad y calidad democrática; otro, cuyo objetivo es la maximización del desarrollo y la acumulación de recursos por parte de determinadas élites a costa de la desigualdad<sup>11</sup>, dejando en situación de carencia material a amplios sectores de población con acceso precario a los sistemas de bienestar. Las elites que detienen los capitales consideran en este momento aumentar la competitividad a través de salarios bajos, des-localizando las actividades productivas y de los servicios, en los lugares que garantizan mejores condiciones, con costes muy bajos de los trabajadores y reducidas tasas sobre las ganancias. Analizando las políticas de los países de primera industrialización y más ricos, parece que la relación entre el sector público estatal, la sociedad civil y el sector privado o empresarial se ha modificado a medida que los estados parecen haber ido defendiendo más los intereses del sector económico-financiero y de determinadas élites, correspondientes a las clases denominadas altas y a la clase corporativa global, más que la clase media. El fracaso al que podría verse abocada nuestra construcción democrática es que el aparato estatal no comparta el poder público con los ciudadanos, sino con grupos y élites privados, convirtiendo el interés privado de las clases dominantes en interés público y general de toda la ciudadanía. Esta preocupación ha favorecido el surgir in Europa de partidos de inspiración populistas y un presidente americano que desintegra todos los esquemas conocidos de la geopolítica americana. El concepto populismo se podría condensar rápidamente en dos términos: imprecisión y ambivalencia. Lo que aparece evidente es que se han creados estos movimientos, porque los ciudadanos buscan soluciones a sus incertidumbres sociales como desempleo y inmigración. Dificultades que los partidos de sistema parecen ignorar. En el pasado hechos como estos, han favorecido el nacimiento y el desarrollo de regímenes que de populistas se han transformado en autoritarios, hasta llegar a dictaduras antidemocráticas que han supuesto la continua violación de los derechos humanos fundamentales. Ya hemos subestimado “*la Primavera Árabe*” y estamos pagando todavía sus repercusiones geopolíticas y económicas. Hoy el fenómeno parece repetirse y países de importancia fundamental en la geopolítica han cogido derivas autoritarias. El peligro que una paz

<sup>10</sup> WOLF, M.: *Why Globalization Works*, Yale, University Press, 2004.

<sup>11</sup> FACCHI A.: *Breve storia dei diritti umani*. Bologna, Il Mulino, 2013.

mundial difundida y duradera, que nos acompaña (con excepciones históricamente dramáticas) desde hace más de cincuenta años, haya llegado a su última parada no es más una quimera.

#### 2.4. CLASE MEDIA Y GLOBALIZACIÓN

*¿Cómo influye la globalización en la clase media y en sus cambios?*

Hay quien como Massimo Gaggi y Edoardo Narduzzi dice que la clase media va a ser substituida por la clase de las masas<sup>12</sup>. Para Narduzzi y Gaggi la clase media, como la hemos conocido en el siglo pasado, ya no existe<sup>13</sup>. Para ellos esta clase se ha transformado en la clase “a bajo costo”. La industria proporciona el acceso a los bienes y a los servicios una vez reservados para clases más influyentes: muchos consumidores con un bajo costo para los bienes y servicios que en el pasado eran accesibles solamente a las clases más ricas. Los fenómenos demográficos y sociales están focalizando el interés de los grandes grupos industriales en el aumento que los salarios que se han generado en las economías emergentes y en el millardo de chinos y otro millardo de habitantes de India con capacidad de gasto. La gente, sin embargo, en los países de más antigua industrialización, no está contenta con esta transición de la clase media a la clase “Low Cost” (Bajo Costo). La incertidumbre y la insatisfacción son las características de esta clase de masa: una época en la que la vieja clase media ya no puede contar con las viejas garantías, pero a compensación tiene en su lugar y a su lado el poder del consumidor. Esto también se refleja en la política; por ejemplo, implica la preferencia por el alivio fiscal en comparación con las operaciones fiscales tradicionales, aunque éstas dan algún beneficio en términos de bienestar. Debido a que la evaluación de la calidad de lo que se adquiere frente a los pagos de impuestos, no es considerado apropiado para las necesidades. En los Estados Unidos, frente a una política de trabajo que deja una gran libertad a las empresas para contratar y despedir, se gasta mucho dinero en políticas sociales. La clase media estadounidense desde hace años está luchando para pagar por un seguro médico aceptable. Y sin el seguro sólo existe la red social para los más pobres, y para ciertas enfermedades está aún por debajo de lo esencial. Estamos en un terreno nuevo. Los efectos de la globalización están actuando en forma de permitir la creación de una clase media en los países de nuevo desarrollo mientras que la misma va hundiéndose en los países de primera industrialización<sup>14</sup>. Las elites industriales y productivas solo ven los exterminados mercados de Asia, Rusia, China Brasil, Turquía y solo un poco más allá en el tiempo, lo de África. La perfecta y aparentemente inoxidable unión con la industria nuevos productos capaces de satisfacer necesidades a veces reales, a veces sólo latentes, ofrecidas a los voracidad de la clase media se han desintegrado. Esta época hizo disponible gran parte de la acumulo de capital necesario a la industria material para poder ampliar la oferta, y por otro lado, creo la conciencia de identidad de la clase media.

<sup>12</sup> “La sociedad de bajo coste: un "magma social, un universo humano flexible deseoso de ensanchar al máximo las posibilidades de consumo. Así la definen Narduzzi y Gaggi”.

<sup>13</sup> GAGGI, M., NARDUZZI, E.: *La fine del ceto medio e la nascita della società low cost*, Torino, Einaudi 2006.

<sup>14</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F.: *El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del derecho constitucional nacional*, in Estudios em Homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho, Coimbra Editora, 2012.

La globalización y las tecnologías informáticas han transformado las normas económicas tradicionales poniéndolas al revés, y han inaugurado un fenómeno de "aproximación" imparable a todos los niveles, aplanando, desestructurando, simplificando lo que hasta hace unos años era inimaginable, así como geográficamente y conceptualmente inaccesible<sup>15</sup>; han creado una nueva realidad que permite formas de colaboración totalmente innovadoras, en términos de trabajo e intercambio de información, en tiempo real, sin límites geográficos y, cada vez más, sin límites de lenguaje. Para Friedman el mayor efecto de estas grandes distorsiones es un "desorden de identidad múltiple", debido a la nueva identidad que, casi sin previo aviso, ha caído sobre los diferentes temas, distorsionando su papel y sus relaciones con los demás. A pesar de que sólo una persona de cada cuatro parece realmente hacer compras en Internet, una variación de precios de productos o servicios en una página web puede causar un cambio en el consumo en menos de un minuto. El cambio extraordinario de los saldos en favor de los llamados países emergentes, que hasta hace poco se consideraban tradicionalmente grandes cuencas de inagotable trabajo de bajo costo para los bienes que se consumen en el oeste, es uno de los principales catalizadores de esta revolución económica, productiva y social. Se estima<sup>16</sup> que los nuevos capitalistas serán 3.000.000.000 de rusos, chinos e indios y en diez años, por primera vez en la historia, el 80 % de los consumidores de nivel medio vivirá fuera del oeste<sup>17</sup>. El esquema social que conocemos, desde hace casi un siglo, se ha modificado enormemente y va ya desapareciendo. Lo cierto es que los fondos invertidos en seguridad social se han reducido drásticamente.

## 2.5. SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

*¿Es posible la sostenibilidad económica, de los sistemas actuales de Seguridad Social en los países de primera industrialización, sin efectuar reformas; y se si cómo?*

El sistema de la Seguridad Social constituye el pilar y la base de apoyo del Estado de Bienestar y permite limar las desigualdades económicas y desarrollar la cohesión social. La necesidad de garantizar la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social a través de un sistema de financiación es de fundamental importancia, ya que permite el funcionamiento de los sistemas económicos y reequilibra las distorsiones sociales y de los mercados de trabajo. La estructura del Estado de Bienestar, en línea de principio, opera para proteger a los, que como consecuencia de circunstancias desfavorables, se encuentran en una situación económica de "riesgos sociales," proporcionando prestaciones en dinero y e/o en especie, pero también la seguridad en el trabajo, la salud, la participación social y seguridad contra los daños, que puede causar una interrupción de relación del sujeto dañado, con su entorno social y natural<sup>18</sup>.

El Sistema de Seguridad Social, de los países desarrollados basado en el método de reparto, puede enfrentarse en un futuro no muy lejano a un problema de sostenibilidad

---

<sup>15</sup> FRIEDMAN, T L.: *The World Is Flat*, New york, Farrar Strauss and Giroux, 2005.

<sup>16</sup> PRESTOWITZ, C.: *Three billion new capitalists: the great shift of wealth and power to the east*, New York, Basic Books, 2005.

<sup>17</sup> GAGGI, M., NARDUZZI, E.: *La fine del ceto medio e la nascita della società low cost*, Torino, Einaudi, 2006, pág. 60.

<sup>18</sup> VV. AA.: *Hacia un nuevo modelo de financiación de la Seguridad Social española*, RUESGA BENITO S. M. (DIR.), Madrid, 2013, págs. 25; 30; 33.

financiera. El envejecimiento de la población y las bajas tasas de natalidad afectan al sistema tanto por el lado del gasto como del ingreso. Esta conexión, sin embargo, no se establece de manera automática, sino que está mediada por una restricción que la hace posible. En los nuestros sistemas, basados en el reparto, el equilibrio financiero puede lograrse de manera automática aumentando las cotizaciones hasta conseguir que los ingresos del sistema se igualen los gastos.<sup>19</sup> La Seguridad Social actúa en primer lugar intentando prevenir los daños, que se producen en consecuencia de un hecho social desfavorable, auxiliando la recuperación rápida y completa y, en último lugar de forma subordinada, estableciendo una política de compensación de pérdida de ingresos pecuniarios, a través en una política de prevención del riesgo social y de reintroducción en un sistema virtuoso. Los daños humanos son bastante extensos para poderlo demarcar y incluyen, no sólo las pérdidas inmediatas de los ingresos directos sufridos por un empleado, sino también sus consecuencias a largo plazo, cuidando las implicaciones para su desarrollo social y aquellos tipos de consecuencias, que no pueden manifestarse en términos económicos. Todos estos servicios necesitan una inversión notable de recursos financieros<sup>20</sup> y hacen plantear el problema de sus escaseces. Para hacer frente al problema de sostenibilidad, los estudiosos han propuesto varias líneas de reforma<sup>21</sup>. Las soluciones que podemos plantearnos pueden ser varias; algunas temporales y otra con efectos más a largo plazos antes de una nueva evolución que haga otra vez necesario modificar los sistemas de Seguridad Social. Una primera solución temporal sería: mantener el sistema actual sin introducir reformas paramétricas y adecuar el crecimiento de los gastos a los ingresos y favoreciendo el ahorro individual voluntario. Se podría también actuar de una forma más radical, sustituyendo el sistema actual por un modelo basado en el ahorro individual obligatorio con la capitalización de las aportaciones. De forma más cauta se podría también actuar una combinación del actual método de reparto con el de capitalización. Otra solución temporal está representada por los inmigrantes. La incidencia de la población inmigrante en el sistema de pensiones es de doble dirección.<sup>22</sup>

La población inmigrante significa más población cotizante en el presente y, por lo tanto, más ingresos para el sistema. Es verdad que esta población genera derechos que se acabarán reflejando en pensiones futuras, pero es también un efecto real que los inmigrantes puedan terminar afincándose definitivamente o retornar a su país de origen en una determinada fecha. Los efectos de la inmigración sobre el sistema de pensiones son distintos en un caso que en otro<sup>23</sup>. Los trabajadores que llegan al país de acogida cotizan al sistema y, si cumplen los requisitos legales, acceden a la pensión una vez alcanzada la edad legal de jubilación. Si retornan a su país antes de cotizar los años necesarios, y existe convenio internacional, generan el derecho proporcional que le corresponde al país de acogida, en este caso a España. Los efectos de estos inmigrantes sobre el sistema al no dejar descendencia son únicos y no siguen sus efectos en el

<sup>19</sup> “El problema de la sostenibilidad es debido a los incentivos negativos que un aumento de las cotizaciones podrían tener sobre la oferta de trabajo y/o los costes de la mano de obra.”

<sup>20</sup> HOLMES, S., CASS SUSTEIN, R.: *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, Edizioni Il Mulino (collana saggi), 2000.

<sup>21</sup> SERRANO, F., FERREIRO, J.: Does an ageing population justify a radical reform of public pension systems in the European Union?, in MC COMBIE, J., RODRIGUEZ C (eds), *The European Union. Current Problems and Prospects*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2007, págs. 111-134.

<sup>22</sup> SERRANO PÉREZ, F.: *Sostenibilidad del Sistema español de Seguridad Social: posibles reformas paramétricas*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Nº Extra 1, Madrid, 2009.

<sup>23</sup> SERRANO PÉREZ, F.: *Sostenibilidad del Sistema español de Seguridad Social: posibles reformas paramétricas*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Nº Extra 1, Madrid, 2009, págs.140-150.

tiempo, aunque dejan un beneficio en el inmediato para el sistema. De contra la población inmigrante que permanece en el país de acogida, y que deja descendencia, crea beneficios inmediatos y alarga en el tiempo sus efectos sobre el sistema. Los hijos de los inmigrantes representan un flujo de aumento de población futura activa que va a compensar el bajo nivel de natalidad de las poblaciones autóctonas. ¿Pero que podríamos hacer para ganar tiempo útil y tener más claras las posibles soluciones?

Para empezar se podría poder actuar correctivos necesarios a modificar la diferencia entre las pensiones esperadas y las pensiones de equilibrio en corto plazo. Otra ayuda nos viene con los recursos acumulados en los Fondos de Reserva que existe mas o meno cada en país con un moderno sistema de seguridad social. Esto acompañado con pequeñas reformas como disminuir coeficiente de las pensiones derivadas, nos garantizaría cubrir al menos parcialmente el desequilibrio inicial. La conclusión que se puede traer de estas nuestras análisis son que importantes reformas paramétricas están necesarias. La inmigración no es la solución final a los problemas de sostenibilidad financiera, aunque nos proporciona una importante ayuda y garantiza un plazo más largo para actuar las reformas necesarias para crear un escenario distinto a los que se podrían enfrentar los Sistema de Seguridad Social como consecuencia del envejecimiento de la población<sup>24</sup>.

## 2.6. LAS POSIBLES SOLUCIONES

### *¿Qué Soluciones?*

Vamos entonces a analizar las soluciones de más largo plazo. Casi todas estas soluciones contemplan la necesidad de cambios sociales importantes, ya que antes o después sin efectuar significativas transformaciones, en nuestros sistemas de Seguridad Social, las prestaciones sociales sin suficientes recursos económicos, tendrían unas fuertes reducciones hasta llegar a desaparecer<sup>25</sup>.

Las prestaciones de la Seguridad Social desde su comienzo se han ido asimilando e identificando con la existencia de un “*Welfare State*”, que cubra las necesidades humanas desde el nacimiento hasta la muerte. El debate ideológico sobre el Estado del Bienestar ha condicionado fuertemente el contenido de la Seguridad Social y su financiación. Hasta la reciente crisis la problemática de la cobertura financiera, ha sido siempre secundaria, la determinación de cómo financiar u obtener recursos para la Seguridad Social ha sido en los últimos 60 años una materia auxiliar o funcional.

Los estados se limitaban a administrar los fondos atribuidos a la Seguridad Social, creando un ente encargado específicamente de gestionar y intermediar los fondos obtenidos y los derechos a su percepción. Solo en época moderna se puso de actualidad la externalización en manos privadas de determinadas prestaciones o servicios de la Seguridad Social, dejando al sector público el control general sobre la gestión. La crisis ha vuelto a poner de manifiesto el debate sobre la creación de modelos de Seguridad Social sostenibles. Hoy todos los estados y numerosos investigadores buscan la manera de cubrir las necesidades financieras del Estado de Bienestar sin recortar los derechos sociales.

<sup>24</sup> HOLMES, S., CASS SUSTEIN, R.: *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, Edizioni Il Mulino (collana saggi), 2000.

<sup>25</sup> GIUBBONI S.: *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge, University Press, 2006.

Una primera solución, que no necesitaría cambios estructurales podría ser la de impulsar un aumento demográfico de las poblaciones originarias. En este sentido actuar políticas de fomento, que favorezcan la natalidad, permitiría restablecer una relación positiva suficientemente grande a garantizar un flujo de capitalización bastante amplio a compensar la población inactiva. Para hacer esto es necesario impulsar los jóvenes a la independencia económica con ayudas iniciales y formación relacionada al ingreso en el mercado laboral invirtiendo una parte importante de los presupuestos estatales.

Una seguridad social que cubra todos los riesgos sociales necesita unos recursos siempre mayores que será difícil encontrar con la reducción de la natalidad y envejecimiento de la población. Un parte siempre más grande de población necesitara mayor asistencia sanitaria y de cuidado de las personas. El envejecimiento de la población y el incremento de la duración de la esperanza de vida, la nos hacen conscientes de la necesidad de alterar los sistemas financieros que suportan el actual sistema mayormente orientado hacia la “generación de los abuelos”. Si partimos del asunto que es imposible cubrir todos los riesgos de la vida humana, ya que tales riesgos evolucionan y son diferentes, según la sociedad y la cultura en los cuales inscribamos el propio concepto de riesgo; una forma más sistemática de proceder sería la de partir el asunto general en complicaciones más pequeñas. Esta solución sería estructural y contemplaría un cambio cultural substancial en la sociedad. Así que sería necesario lograr una delimitación consensuada de lo que significa la Seguridad Social y sus prestaciones. La clave consistiría en el separar sanidad<sup>26</sup>, protección social, y asistencia social de la Seguridad Social en sentido “*estricto*”<sup>27</sup>. La asistencia social podría ser dejada a aquellas asociaciones de voluntariado y grupos religiosos, como la iglesia católica, que tienen una experiencia considerable en la optimización de los recursos y de las ayudas. El estado limitaría su intervención en ayudas inherentes a la exención fiscal y en aportaciones financieras mínimas. Las prestaciones sociales serian totalmente en carga a los estados, que tendrían que cubrir a frente de las tasas otorgadas por empresas y trabajadores. Los costes más importantes son actualmente representados por la sanidad y por las pensiones. Ya que salarios, jubilaciones, sanidad y prestaciones sociales son estrictamente conectadas actuar solo en la sanidad no sería suficiente. Las pensiones y los salarios deberían fluctuar, aumentar o disminuir según el aumento o la disminución de los ingresos tributarios públicos y según la época de expansión o contracción económica, ascendente o menguante, en cambio, en períodos de ingresos decrecientes, de restituciones a la población a través de prestaciones sociales y servicios para niños y mayores. Se podría estimular los mayores que viven de forma más activa su vejez, que querrían seguir su actividad laboral y que necesitan rellenar sus horas diarias, a las acciones de voluntariado y de ayudas en el cuidado de personas desfavorecidas según sus pasadas competencias. Esto ayudaría a proporcionar mano de obra a las asociaciones de voluntariado y a aliviar el peso de las prestaciones sociales en carga al estado, manteniendo todavía activa y con más salud una parte importante de la población. Para realizar esto sería necesario un nuevo pacto social inter-generacional y mayor madurez social de los ciudadanos en el conocimiento de sus derechos y también de sus obligaciones hacia su propio país, y la importancia de los derechos humanos fundamentales. Para la sostenibilidad de la financiación en materia sanitaria, una recurso podría ser, el de incentivar las aportaciones individuales y empresariales a

<sup>26</sup> “Salud en sentido amplio (atención primaria, hospitalización, prestaciones farmacéuticas, etc.). Cuidados a largo plazo (dependencia, etc.)”.

<sup>27</sup> “Protección del desempleo, pensiones y incapacidad laboral (enfermedad, incapacidad laboral transitoria, etc.)”.

fondos privados que gestionen la asistencia sanitaria básica. Sin perjuicio de la atención médica esencial a la cobertura total para las personas más desfavorecidas y los sujetos a riesgo de exclusión social. A lado de estas medidas, sería de ayuda acoplar el compartir los gastos de investigación en sanidad a nivel supranacional, intentando alargar lo más posible la colaboración entre estados. Se crearía así un sistema sanitario mixto compartido entre empresas, privados y estado. Esto permitiría a cada estado de liberar más fondos públicos. Sería necesario acoplar a estas medidas la de actuar detracciones fiscales a las empresas que invierten en la seguridad social de sus trabajadores<sup>28</sup>. De contra sería deseable combatir los paraísos fiscales y ajustar la tasación de las actividades y de las ganancias de las empresas solo a los beneficios reales favoreciendo los emprendedores responsables y moralmente implicados en el crecimiento económico.

### 3. CONCLUSIONES

Las soluciones presentadas en este ensayo solo son algunas de las posibles, y se han concretado como premisas de potenciales temas, que sería necesario profundizar aún más. Estas mismas, también, tendrían que ser adecuadamente medidas, verificadas, y rápidamente adaptadas y modificadas en su actuación hasta llegar a su optimización. De seguro representan un embrión que forma parte del contexto social actual pero no son la panacea de la Seguridad Social.<sup>29</sup> Este escrito se mantiene en un plan general, sin entrar a enjuiciar las distintas medidas adoptadas en cada país y pretende sentar unas sencillas bases, con las que estimular un nuevo debate científico sobre las repercusiones de un sistema que ya es insostenible y sobre una economía que avanza rápidamente mientras que leyes y normas la siguen lentamente, aprobándose ya obsoletas.

En el mundo occidental las clases elites tienen intereses distintos de la clase media. Estos intereses se han vuelto globales. Ellos miran a una nueva y potencialmente exterminada clase media, que se va desarrollando en los países de nueva industrialización y se desinteresan de la que empieza a tener menor poder adquisitivo y un nivel de consumo reducido. También el mercado laboral se ha vuelto global. Es más simple encontrar trabajadores cualificados en países muy lejanos, y los idiomas no parecen más, ser barreras. Hoy, por ejemplo, un ingeniero informático de la India tiene las mismas competencias, o incluso más cualificación, que uno de Europa y hace el mismo trabajo a un precio más reducido. El salario, que se corresponde al trabajo hecho por el ingeniero, será un sueldo muy bajo en Europa, pero muy alto en India. No existen al momento reglas de comercio internacional que tengan en cuentas las diferencias entre distintos mercados laborales. En ausencia de una armonización de las distintas leyes en materia de derechos laborales y sociales, concordadas a nivel supranacional, las empresas des-localizarán las producciones y los servicios en países que ofrecen los costes y las tasas mas bajas. Los derechos tienen un coste y este coste se refleja también en los salarios, en los derechos fundamentales y en la Seguridad Social. En los años por venir nos esperan retos de significativa importancia, y entre ellos, por ejemplo, cómo encontrar un valido compromiso a la transformación en acto, que nos está haciendo transitar, de la edad de los derechos<sup>30</sup> a la de los costes<sup>31</sup> de los derechos.

---

<sup>28</sup> “Servicios médicos, dentistas, guardería, comedor, medios de trasportes, actividad deportiva, etc.”.

<sup>29</sup> “Entendida esta vez en el significado más amplio del termine y de su función”.

<sup>30</sup> BOBBIO N.: *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi editore, 1992.

<sup>31</sup> HOLMES, S., CASS SUSTEIN, R.: *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, Edizioni Il Mulino (collana saggi), 2000.



# XXV. LA JUBILACIÓN EN IBEROAMÉRICA: SITUACIÓN ACTUAL, PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

CARMEN MORENO DEL TORO  
*Profesora titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
*Universidad de Córdoba – España*

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ  
*Profesor titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
*Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima – Perú*

## 1. INTRODUCCIÓN

¿Qué es lo que ha cambiado en el tema de las pensiones en Iberoamérica en estas dos últimas décadas? El objetivo de la ponencia es responder a esa pregunta a través de un examen de la situación y de los desafíos que se presentan en la jubilación en Iberoamérica, que funcionan como sistemas diferentes en cuanto a incorporación, ámbito, aportes, financiamiento, administración y beneficios; pero interactuándose entre sí, con las finanzas públicas y con el mercado de capitales.

En estas líneas analizaremos la realidad previsional y el rol del Estado dentro de la región iberoamericana resaltando los problemas que, a pesar de la realidad y sus deficiencias, la necesidad de la Seguridad Social como sistema sigue vigente; especialmente, la pensión de jubilación que es tal vez el más característico de los derechos que identifican a la Seguridad Social. No podemos perder de vista que siendo uno de los más antiguos derechos reconocidos por la legislación previsional es necesario poner de manifiesto los resultados que se consideran más relevantes del estudio realizado.

Este contenido se organiza en tres partes, además de la introducción y las conclusiones: en la primera, se trata de explicar las razones para organizar un sistema de pensiones y la experiencia en Iberoamérica; en la segunda parte, se desarrolla los sistemas de jubilación que existen en general; finalmente, en la tercera, se describen las reformas de las pensiones en las dos últimas décadas analizando los modelos como efectos de dicha reforma.

Finalmente, y no por ello menos importante, es oportuno mencionar la importancia de este evento sobre el futuro del Derecho Social en la Unión Europea en momentos de cuestionamientos; asimismo, el desarrollo de esta ponencia entre dos profesores de la Universidad de Córdoba - España y de la Universidad de San Marcos de Lima - Perú, como el mejor testimonio de amistad y colaboración intelectual.

## 2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

En el presente capítulo se exponen algunas consideraciones teóricas con respecto a las razones para organizar un sistema de pensiones en general, específicamente las pensiones de jubilación<sup>1</sup> y la experiencia en Iberoamérica.

### 2.1. LA CONTINGENCIA PROTEGIDA

La jubilación determina una específica situación jurídica del trabajador que proyecta sus efectos tanto en el campo de la relación laboral, en cuanto implica, en la generalidad de los casos, la extinción del contrato de trabajo y el ingreso al campo protector del Derecho de la Seguridad Social, dado que se trata de una contingencia amparada por ella al alcanzar una determinada edad.

Propiamente es un mecanismo de previsión social frente a las necesidades que se presentan con la edad avanzada, la incapacidad permanente en el trabajo o la muerte del sostén del hogar. Gracias a la pensión, el trabajador que deja de laborar definitivamente, cuenta con un ingreso que tiene por propósito afrontar sus gastos y los de su familia en condiciones de dignidad. Es un derecho de primerísimo orden y de enorme trascendencia, pues en la mayoría de los casos constituye la única fuente de ingresos que tendrá el pensionista hasta su muerte.

Así la pensión de jubilación, en la medida en que condiciona el *modus vivendi* del que fue trabajador, constituye un eje central en materia de Seguridad Social, con las consiguientes repercusiones sociales de su regulación y de cualquier alteración de la misma; precisamente se caracteriza por su frecuencia como “término previsible y normal de la vida profesional”<sup>2</sup>.

En ese sentido, es fundamental la noción sobre la vejez. Podemos entenderla ya como ancianidad ya como senilidad, determinadas ambas, evidentemente, por la edad. La primera haría referencia al proceso final de la vida humana que ha de ser protegida por el derecho al descanso de la persona sin alusión a merma alguna de su capacidad; la segunda se protegería por la presunción de incapacidad física causada por la edad. La mejora de las condiciones del individuo en la sociedad actual hace que prevalezca hoy el primer concepto<sup>3</sup>; la jubilación, en tal caso, implica un nuevo tiempo para la realización de actividades vedadas al que hasta ahora han sido para el trabajador.

Y esa preocupación se ha reflejado en el Convenio 102 de 1952 y en la Recomendación 162 de la OIT del 23 de junio de 1982, respectivamente sobre el derecho a la pensión de jubilación y los trabajadores de edad; y, en el mismo sentido, en la Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas del 10 de diciembre de 1982.

---

<sup>1</sup> El término “jubilación” proviene del latín *iubilaesus* del hebreo *yobel* que significa “liberación de los esclavos, el retorno de las propiedades vendidas a los antiguos dueños, cada 50 años entre los antiguos israelitas. El vocablo pasó a la liberación del trabajo tras una larga vida dedicada a una actividad laboral” (CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1986, p. 12).

<sup>2</sup> ALONSO OLEA, M.: Instituciones de Seguridad Social, Ed. Civitas, Madrid, 18ª ed. 2002, p. 329.

<sup>3</sup> “la clase obrera... lucha... para que se construya un derecho a la jubilación asegurándole, en nombre del trabajo cumplido, no sólo el derecho a una existencia decente para sus días de vejez, sino también un derecho al descanso...” (GUILLEMARD, Anne-Marie: “Formation et crise d’une politique sociale: le cas de la politique de la vieillesse”. *Sociologie du Travail*, N° 82, 1986, p. 162).

## 2.2. ¿POR QUÉ ORGANIZAR EL SISTEMA DE PENSIONES DE JUBILACIÓN?

Las pensiones constituyen uno de los temas fundamentales de la Seguridad Social, aunque obviamente no la agotan. Su planteamiento trata de responder a la situación de riesgo de las personas en edad avanzada que pierden su empleo, que no pueden encontrar otro y que por tanto carecen de una fuente segura de ingresos. El riesgo como un hecho futuro e incierto constituye el núcleo de los seguros en general.

La Seguridad Social, en materia de pensiones, no es sólo un seguro, donde se corresponden aportaciones actuales y prestaciones futuras, sino que también cumple una función redistributiva, en tanto es socialmente equitativo que a los que están en peor situación se les apoye para completar su ahorro o reciban prestaciones relativamente mayores a lo que aportaron<sup>4</sup>. Incluso en contextos como el latinoamericano, se requiere considerar a todos los ciudadanos que no tienen acceso a ninguno de los sistemas por razones de informalidad y pobreza.

La evidencia disponible acerca del comportamiento de los trabajadores, muestra de manera típica un grado de “miopía”<sup>5</sup>, pues las personas libradas a su suerte, no hacen planes previsionales o no logran los niveles de ahorro suficientes como para financiar el período en el cual no pueden seguir laborando sea porque les es imposible o porque no consiguen empleo, careciendo entonces de un ingreso estable para ese periodo. Además, los “mercados privados” no generan una cantidad del bien “pensiones de jubilación” en el número y el monto que la sociedad considere como suficientes y adecuadas, en esas condiciones es que se puede identificar y señalar una falla de mercado<sup>6</sup>.

En la medida que las personas no son previsoras, se justifica que la sociedad encuentre conveniente que el Estado intervenga “obligando” a los trabajadores a tener comportamientos previsionales. En ese sentido, las pensiones de jubilación son un bien preferente, es decir, un bien que el propio Estado impone a los ciudadanos para su propio bienestar pero también teniendo en cuenta que una buena parte de los costos de que un individuo no haya comprado ese bien recae sobre los otros. Esta es una justificación para que exista un sistema de Seguridad Social, lo cual explica el derecho

<sup>4</sup> “La seguridad social es al mismo tiempo un programa de ahorro (forzoso) de cara a la jubilación, es decir un programa de seguros, y un programa de redistribución. (...) En este contexto cabría esperar que las que viven más o las que necesitan jubilarse antes recibirán más de lo que aportan, por lo tanto, para que haya justicia lo único que se exige es que las pensiones esperadas de cualquier individuo se correspondan con su contribución. Si, por otro lado, concebimos la seguridad social como un programa de redistribución, cabe suponer que la justicia dicta que reciban relativamente mayores pensiones los que se encuentran en peor situación; los pobres deberían recibir más de lo que hubieran aportado previamente”. (STIGLITZ, Joseph E.: *La Economía del Sector Público*, 2da Edición, Universitat Pompeu Fabra, Antoni Bosch Editor, 1998, p. 372).

<sup>5</sup> El Banco Mundial (“Envejecimiento sin crisis”, 1994) denomina “miopía” al hecho que es difícil que la gente joven pueda anticipar cuáles serán sus necesidades cuando sea mayor. Por ello, el BM argumenta la necesidad que el Estado intervenga en esa situación señalando que la dependencia de la población mayor de las transferencias familiares, de sus inversiones y ahorro no es siempre es confiable.

<sup>6</sup> Hay que recordar que la literatura sobre seguridad previsional, fundamenta la existencia del sistema de pensiones en una “falla del mercado” en el sentido que está demostrado con amplitud, que los individuos librados a su propia voluntad no consiguen el ahorro necesario para financiar una pensión de retiro y por tanto que puedan gozar de un período de retiro luego de su vida laboral.

del Estado a obligar a la gente a comprar un seguro (ahorrando) aunque ello no implique necesariamente obligarlos a comprárselo al propio Estado<sup>7</sup>.

### 2.3. LA EXPERIENCIA EN IBEROAMÉRICA

La Seguridad Social como instrumento de política social y redistribución del ingreso, ha sido promovida en Europa desde el siglo XIX, habiendo alcanzado su consolidación a lo largo del siglo XX<sup>8</sup>. La creación de la Oficina Internacional del Trabajo en 1919, constituyó un hito importante en el proceso de reconocimiento de los derechos sociales de los trabajadores. Además, con la industrialización se sentaron las bases de su desarrollo y las condiciones para que vastos sectores de trabajadores se organizaran y demandaran el respeto y promoción de mejores condiciones de trabajo y de vida. Así, el artículo 50 de la CE del 27 de diciembre de 1978 reconoce en los poderes públicos el deber de garantizar “la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad” “mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas”. Existe hoy una protección básica esencial que se complementa con otros instrumentos como los planes y fondos de pensiones cada vez más extendidos<sup>9</sup>.

El sistema de pensiones español es público y de reparto de prestación definida; es decir, las pensiones están financiadas con las cotizaciones de los trabajadores activos. Asimismo, dispone de una pensión asistencial no contributiva para mitigar la pobreza entre las personas mayores con escasos recursos y pensiones privadas donde el trabajador financia su pensión a través del ahorro privado, pero tiene escaso desarrollo<sup>10</sup>. Y el caso portugués es similar al español, con un sistema reparto de pensión y otro social complementario, aunque también existe el sistema de pensiones capitalizadas que es marginal.

En América Latina, desde hace más de 90 años, el sistema de pensiones es la de un continuo, sistemático y positivo intervencionismo del Estado en la creación y defensa de los seguros sociales para cautelar los derechos de los trabajadores frente a las contingencias de la vida. Antes pasó por etapas primarias de protección, como el ahorro personal, la mutualidad o el seguro privado, en un contexto político que recordaba la Alemania de Bismarck –impulsor de los seguros sociales en la Europa de fines del siglo XIX–, se creó el seguro social obligatorio que establecía la protección de los trabajadores respecto a enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte. Posteriormente, de forma paralela, se fueron creando otros regímenes y fondos para determinados trabajadores en base a la actividad económica que realizaban.

Sin embargo, más allá de las buenas intenciones, nunca se tuvo universalidad en materia de jubilación, más bien se suele encontrar que el “ahorro forzoso” está normalmente asociado a un tramo de los trabajadores dependientes y del sector formal<sup>11</sup>. En ese sentido, es un espejo del funcionamiento de los mercados laborales.

<sup>7</sup> STIGLITZ, Joseph E., ob.cit. p. 365.

<sup>8</sup> MARKEY, Laurence: Droit Social: cours de sécurité sociale, Université Louvain-la-Neuve, Bélgica, 2014.

<sup>9</sup> Al respecto ver MONTOYA MELGAR, Alfredo: Derecho del Trabajo, Trigésima quinta edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2014.

<sup>10</sup> MORENO DE TORO, Carmen: La Prestación de jubilación y sus vicisitudes, Ediciones Laborum, España, 2006.

<sup>11</sup> “A fines del decenio del 60 la Seguridad Social era un verdadero laberinto con más de 2,000 disposiciones legales y docenas de fondos con su propia legislación, financiamiento y prestaciones”  
(...)

Por tanto, se ve seriamente afectada la función redistributiva de la Seguridad Social, expresada como garantía constitucional universal, cuando busca transferir recursos en ejercicio solidario con aquellos que definitivamente no están en condiciones de ahorrar de alguna manera para su vejez, pero que igualmente avanzan hacia ella.

### 3. LOS SISTEMAS DE PENSIONES DE JUBILACIÓN EN IBEROAMÉRICA

Los sistemas de pensiones de jubilación más conocidos son los contributivos y no contributivos<sup>12</sup>; en el primer caso se financian con las aportaciones de los trabajadores que pueden ser de dos maneras distintas, de reparto o capitalización; y, en el segundo son parte de la Seguridad Social. También existen los planes ocupacionales privados que son fondos de pensiones usualmente promovidos por los empleadores y/o por los propios beneficiarios, a los que el Estado otorga una serie de incentivos tributarios<sup>13</sup>.

#### 3.1. EL SISTEMA DE REPARTO

El sistema de reparto en la Seguridad Social busca ser universal y obligatorio, tiene beneficios definidos no vinculados actuarialmente a las aportaciones de los asegurados. En efecto, el nacimiento de la Seguridad Social se basó en un “sistema de reparto” como solidaridad intergeneracional; es decir, que las aportaciones de quienes están trabajando hoy día sirven para pagar la planilla de los actuales pensionistas beneficiarios.

El reparto implica un pacto intergeneracional: los actuales trabajadores entregan sus aportaciones para ser repartidas entre quienes están jubilados, a cambio que la siguiente generación de trabajadores financie la pensión que ellos recibirán y que espera que en términos de poder de compra sea similar a lo que entregaron. Como es claro el pacto es solamente la forma como se organiza el sistema, pero no suprime la necesidad del ahorro para el futuro. Es decir, en este sistema, las pensiones se deben financiar con las contribuciones pagadas por los trabajadores activos.

Los beneficios se definen por la antigüedad o número de aportaciones a partir de una tasa de reemplazo de los últimos o mejores salarios de referencia, pero que sea de referencia no quiere decir que la tasa puede tener como resultado un ingreso igual o mayor a esos parámetros; los estudios actuariales resultan por ello extremadamente importantes, para determinar lo financieramente viable.

Por tanto, hay algunas condiciones a considerar para la viabilidad del pacto en el tiempo: una proporcionalidad para que los aportes financien las pensiones en cada periodo (recalculando cotizaciones y pensiones, si fuera el caso), una garantía de buena administración que haga posible el equilibrio en el tiempo (usando excedentes u otras

---

(MESA-LAGO, Carmelo: Manual de economía de la Seguridad Social, Edición CLAEH, Montevideo, 1998, p.162).

<sup>12</sup> En los sistemas no contributivos, las pensiones son parte de la seguridad social. Ver el caso de Bélgica en *La sécurité sociale en Belgique*, Ministère Federal des affaires sociales de la sante publique et de l'environnement, 2016. Igualmente, Nueva Zelanda es el ejemplo clásico de un sistema de pensiones no contributivo, de cobertura universal y que se financian con impuestos generales; entregan beneficios definidos, universales e iguales para todos; son de reparto (en el sentido de que se pagan con los impuestos de la actual generación); son de administración pública. No obstante, el sector privado cumple un rol fundamental, se encarga de un sistema de ahorro voluntario y complementario para quienes quieran tener un beneficio mayor al que entrega el Estado.

<sup>13</sup> Los casos más conocidos en el mundo son los fondos de planes ocupacionales de Holanda, Inglaterra, Estados Unidos y Canadá.

fuentes para cubrir los déficit); una estructura de edades que permita que los aportes de los activos puedan financiar razonablemente una planilla de jubilados, también razonablemente definida y una estructura de empleo amplia que facilite la recolección de los aportes (trabajadores con productividades medias significativas y en establecimientos formales donde la planilla sea un instrumento eficaz); y en respaldo del conjunto una cultura previsional en los ciudadanos y una institucionalidad adecuada que la retroalimente.

Cualquier cambio drástico en ellas, afecta el equilibrio del sistema, más aún cuando dichas variaciones no son “transitorias” sino “permanentes”. El Estado cumple un rol de garantía, sin embargo esta no puede ser ilimitada, pues un déficit estructural en un sistema previsional compromete gravemente las finanzas públicas y el conjunto de las obligaciones se ve comprometido.

### 3.2. EL SISTEMA DE CAPITALIZACIÓN

El sistema de capitalización surge en oposición y como crítica al sistema de reparto. Desde la década 80<sup>14</sup>, cuando el ritmo de las economías decayó a partir del incremento de los precios internacionales del petróleo, se empezó a cuestionar la seguridad social<sup>15</sup>.

Entonces se dio esta otra forma de organizar el ahorro, cuando las personas capitalizan aportaciones y rendimientos sobre ellas para financiar sus pensiones de jubilación, es lo que se llama un “sistema de capitalización”. En sentido estricto, la pensión que alguien percibe luego de una determinada edad, es resultado de lo que ha invertido (ahorrado), incluyendo los rendimientos capitalizados a lo largo de su vida.

En los sistemas de capitalización individual, se fijan las prestaciones sobre el saldo final disponible en la cuenta individual. El ejemplo emblemático es el de Chile, en donde se creó este sistema en 1981. La reforma tuvo dos elementos básicos: el primero, se reemplazó el sistema de reparto por un sistema de capitalización. Este paso fue obligatorio sólo para aquellas personas que entraban por primera vez a la fuerza de trabajo (básicamente jóvenes), mientras que era voluntario para aquellos que se encontraban en la fuerza de trabajo antes de llevarse a cabo la reforma. En segundo lugar, se eliminó la jubilación por años de antigüedad. Esta fue una reforma menor si se considera que en el sistema antiguo –antes de 1981– era bastante común jubilarse con 35 años de antigüedad. Esta posibilidad se eliminó en la reforma de 1981 para aquellos individuos que se mantuvieron en el sistema antiguo, fijando la jubilación a los 65 años.

<sup>14</sup> Durante los años 80, en los países desarrollados, se proponía la revisión del Estado de Bienestar. Así las victorias de Ronald Reagan y Margaret Thatcher, hicieron posible la consolidación del neoliberalismo, luego de varias décadas de aplicación de políticas Keynesianas.

<sup>15</sup> Se señaló que la Seguridad Social agravaba la crisis económica mundial, precisándose que es demasiado costosa y que por lo tanto incrementaba el gasto público y generaba desequilibrio en el presupuesto nacional, gestándose el alza de las tasas de interés y la disminución de las inversiones. De esta manera ocasionan que los trabajadores cuenten con menores ingresos para gastar y por ello demandan mejoras salariales, más allá de las realidades posibilidades de la economía, generándose presiones inflacionarias. De otro lado, en ese entonces se consideró que los costos de la Seguridad Social, elevaban los costos de la producción y no permitían a las empresas ser competitivas en los mercados internacionales. Se reprochó también, a la Seguridad Social, que quitaba incentivos para el trabajo, al abonar prestaciones tan generosas a quienes no trabajan, se trate de desempleados, viudas o inválidos.

Es decir, la reforma modificó totalmente las tasas de imposición y se extendió el horizonte de imposiciones para cada individuo. Y el Estado seguía cumpliendo su rol fundamental, pues sigue siendo responsable del funcionamiento del sistema, regula y supervisa a las administradoras de los ahorros, cumple papel re-distribuidor para quienes no alcanzan a ahorrar lo suficiente y tienen derecho a una pensión mínima.

#### 4. LA REFORMA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN IBEROAMÉRICA

Hace más de dos décadas se inició el cambio en la prestación de la pensión de jubilación, lo que significó un quiebre de tendencias, de principios y de modelo de funcionamiento. Se ha producido un cambio en las premisas que constituían la base y el sustento del anterior modelo con respecto al nuevo que se viene implementando.

##### 4.1. EL CONTEXTO ECONÓMICO E INSTITUCIONAL

Uno de los aspectos del nuevo escenario mundial abierto por el proceso de globalización es la flexibilización del sistema productivo e institucional. En ese sentido, se ha generado el concepto de la flexibilización como paradigma para explicar los fenómenos de una determinada realidad<sup>16</sup>. Autores como Benjamín Coriat y Robert Boyer<sup>17</sup> consideran que la flexibilización es producto de una crisis económica profunda del modelo fordista<sup>18</sup>. Y puede ser considerada como una nueva fase del proceso de acumulación capitalista: el tercer ciclo de la Revolución Tecnológica<sup>19</sup>.

La flexibilidad de la producción que tiene incidencia en los costos se debe básicamente a las nuevas tecnologías. Anteriormente, la automatización sólo se podía hacer con máquinas especializadas, rígidas, capaces de realizar una función única. Su ausencia en la producción era una limitación que pesaba sobre la productividad. Entonces, la flexibilidad de un sistema productivo puede ser definida como la capacidad de respuesta y de adaptación de la producción frente al medio cambiante<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Aunque es lo suficientemente impreciso como para poder resolver muchos problemas, pese a que existen tantas teorías al respecto como sus aplicaciones. "Durante la década de los 80 el término flexibilidad ha hecho fortuna en oposición a la noción de rigidez. Ya desde finales de las década de los 60 se atribuía una excesiva rigidez al modelo basado en la producción en serie de las empresas industriales para adaptarse a una situación de incertidumbre y de fluctuaciones en la demanda en un contexto de crisis económica" (MARTÍN ARTELES, A.: Flexibilidad y relaciones laborales: estrategias empresariales y acción sindical, Madrid, CES, 1995, p. 41).

<sup>17</sup> Ambos pertenecen a la Escuela de la Regulación, que trata de construir una teoría general sobre el funcionamiento del sistema capitalista. De allí su explicación de la unidad existente entre el proceso de reproducción ampliado del capital y los procesos de crisis, y el intento de establecer una periodización del capitalismo entre la fase fordista y la postfordista. A esta Escuela también pertenecen: Michael Aglieta y Alain Lipietz. Al respecto, Boyer desarrolla opciones de flexibilidad de la producción y de la relación salarial en el interesante estudio dirigido por él. Para más información revisar BOYER, Robert: *La flexibilité du Travail en Europe*, Paris, Edition La Découverte, 1996.

<sup>18</sup> La crisis de los años 60 y 70 del fordismo fueron determinantes para el futuro de las relaciones capital-trabajo en el ámbito mundial. Al respecto ver LIPIETZ, Alain, *Trabajo y ecología*, Lima: Adec-ATC, 1995.

<sup>19</sup> CORIAT, Benjamín: "Los desafíos de la competitividad", en Seminario organizado por el PIETTE-COMICET-UBA, Buenos Aires, 22 al 24 de noviembre de 1994.

<sup>20</sup> Al respecto ver YÉPEZ DEL CASTILLO, Isabel: *Cambio tecnológico y flexibilidad en el mercado de trabajo*, Ed. Universidad Católica de Lovaina, 1989.

Como señala Castells "el proceso de producción incorpora componentes producidos en muchos emplazamientos diferentes por empresas distintas y mercados específicos en una nueva forma de producción y comercialización: una producción de elevado volumen, flexible y personalizado"<sup>21</sup>. En la descentralización productiva existen varias formas de flexibilidad: división de las empresas grandes en pequeñas y alternativas de organización de la producción<sup>22</sup>: En primer caso, tenemos como práctica de las empresas bajo el supuesto que las pequeñas son flexibles. Así las empresas pequeñas pueden producir en series cortas con lo cual se pueden adaptar más a las fluctuaciones del mercado. Sobre todo ofrecen bajos costos salariales y menos participación de la organización sindical. En el segundo caso, son expresiones culturales en donde participan elementos de la región o costumbres regionales, que son conocidas también como modelos o escuelas.

En cuanto a la flexibilización de las instituciones<sup>23</sup> la globalización de la economía provocó la crisis de algunas, especialmente del Estado de bienestar y logró el ascenso de otras como del neoliberalismo. La crisis o cuestionamiento del Estado de Bienestar debe entenderse como la redefinición de las relaciones entre la oferta y la demanda, el control y un modelo de regulación que permita la recuperación económica y la autonomía política de los trabajadores y la intervención del Estado como un organizador del proceso.

El modelo en cuestión fue concebido como un mecanismo anticrisis: el objetivo era garantizar un bienestar mínimo a todos los ciudadanos. Su promotor fue Keynes<sup>24</sup>, quien era un ferviente partidario de la intervención del Estado en el desarrollo de las actividades económicas, especialmente cuando el empleo y los gastos empiezan a descender. De esta manera consideraba que era posible encontrar un nuevo equilibrio económico relativamente estable en la redefinición de las relaciones entre Estado y Economía<sup>25</sup>. En efecto, se logró superar la crisis, se dio un mejoramiento salarial y éste se ató a la productividad. Entonces el Estado benefactor o asistencial o Estado Social de Derecho, sobre todo después de la segunda guerra mundial, creció y se multiplicó en los países industrializados.

Sin embargo, ese modelo que permitió recuperar al capitalismo de su grave crisis, empezó a ser cuestionado a partir de la crisis del petróleo en los años setenta y acentuada en los años ochenta; es decir, del Estado que se hizo cargo de diversos aspectos de la economía como de la gestión directa de la fuerza de trabajo a través de la

<sup>21</sup> CASTELLS, Manuel.: La era de la información, Tomo I, Alianza editorial, Madrid, 1998, p. 120.

<sup>22</sup> BECK, U.: La Sociedad del riesgo, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.

<sup>23</sup> Como reglas de juego en una sociedad, y como toda regla impone límites al comportamiento de las personas, dando forma a la interacción humana (DOUGLAS, Nort, Instituciones, cambio institucional y desempeño económico, Capítulos I y VIII, México, Fondo de Cultura Económica, 1993).

<sup>24</sup> Jhon Maynard Keynes (1883-1946), su obra más importante, en la cual detalla la esencia de su doctrina, es *Teoría general del empleo, el interés y el dinero*. Obra que tuvo su origen en la depresión económica de los años 30 y cuyos planteamientos cambiaron el pensamiento económico en el siglo XX.

<sup>25</sup> Solo así es posible entender el Estado Keynesiano y la Social democracia en los países Europeos que conforman la UE.

fijación del marco jurídico y legal; de la inversión en el control de los sindicatos y de las organizaciones sociales<sup>26</sup>.

De esta manera, se planteó como el medio idóneo para la solución de la crisis socioeconómica y el crecimiento a largo plazo, la restitución de los supuestos equilibrios básicos y la oferta y demanda<sup>27</sup>. Se enarboló el principio del individualismo y la negación absoluta de lo social, se planteó el mercado como articulador de la vida social, la estabilidad monetaria y de los precios: el restablecimiento de la responsabilidad individual. Es decir, no se considera el bien común sólo el bien propio. Esta transformación del Estado se expresó con claridad, en cuanto a los derechos sociales como los previsionales, en América Latina<sup>28</sup>. Así se buscó la reducción de la intervención del Estado en cuanto se refiere a la producción de normas protectoras de los derechos de los trabajadores<sup>29</sup>. Así se planteó en nuevos términos, el debate entre liberalismo y proteccionismo<sup>30</sup>: pero, en el fondo va más allá, entre mercado y planificación, que se viene discutiendo desde la década de los ochenta<sup>31</sup>.

#### 4.2. LAS CAUSAS DE LA REFORMA

La ideología inspiradora de la reforma de la Seguridad Social en el mundo y especialmente en América Latina se basa en las medidas adoptadas en el Consenso de Washington (CW)<sup>32</sup>. Así se aplicó en los países en desarrollo que salían de la crisis de la deuda externa y del período de industrialización por sustitución de importaciones (ISI)<sup>33</sup>.

El CW es conocido como un paquete de 10 instrumentos de política pública cuya aplicación por los países de Latinoamérica les permitiría ajustar sus economías en crisis y reanudar el crecimiento. Se aprobó entre los organismos financieros internacionales (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Banco Internacional de Desarrollo), el Ejecutivo de Estados Unidos y los miembros del Congreso que tomaron un especial interés en Latinoamérica. A quienes se sumaron la Reserva Federal –FED– que en su tiempo representaba también el Ejecutivo estadounidense, el Tesoro de Estados Unidos,

<sup>26</sup> VV.AA.: Sindicalismo y cambios sociales, BUNEL, Jean: El Sindicalismo sometido a la de la flexibilidad, Madrid, Consejo Económico y Social, 1994, p. 39.

<sup>27</sup> El Fondo Monetario Internacional (FMI) es partidario del proceso de globalización de la economía dentro de la tradición neoclásica de la teoría pura del comercio internacional, considerando que el comercio internacional libre es la mejor opción para una correcta asignación de recursos a nivel internacional, y es lo que permitiría a las naciones llegar a altos niveles de desarrollo.

<sup>28</sup> Ver el libro VV.AA.: Estado y Políticas Sociales en América Latina, Ed. Fiocruz-ENSP-Universidad Autónoma Xochimilco, 1992. También el libro de VV.AA.: Estado y políticas sociales después del ajuste: debates y alternativas, México, Universidad Nacional Autónoma, 1995.

<sup>29</sup> Al respecto ver el libro de MARTÍN ARTILES, Antonio: Flexibilidad y relaciones laborales, Madrid, Consejo Económico y Social, 1995.

<sup>30</sup> Ver VV.AA.: Los actores sociales en el nuevo orden laboral, Santiago de Chile, Dolmen-OIT, 1993.

<sup>31</sup> Revista de Economía Política, Pensamiento Iberoamericano, el tema especial sobre la Crisis y Vigencia de la Planificación, Madrid: N° 2, julio-diciembre 1982.

<sup>32</sup> El Consenso de Washington (CW) es el nombre puesto por el economista Jhon Williamson a lo que él considera ser una idea consensual en el ámbito institucional de Washington, en lo que se refiere a las causas de la crisis económica de los años 90.

<sup>33</sup> La estrategia de la ISI nace en los años 50 como reacción frente a la caída de la demanda por los países industrializados de los productos primarios latinoamericanos, después de la segunda Guerra Mundial, y al consecuente deterioro de los términos de intercambio. Se diagnostica la importancia de crear industrias manufactureras para promover el empleo y crear así un auge de la demanda interna, y para no ser más dependientes de la demanda externa de productos primarios.

los ministros de Hacienda de los países del G-7 y los presidentes de los veinte bancos comerciales más importantes<sup>34</sup>.

Samuel Fisher<sup>35</sup>, resume el contenido concreto del CW en cuatro principios de base: unos parámetros macroeconómicos sanos y estables, un Estado pequeño y eficiente, un sector privado muy eficiente y que se agrande cada vez más y énfasis en las políticas de reducción de la pobreza, área privilegiada de intervención estatal. Medidas que buscan acabar con los rasgos de las políticas desarrollistas en los países de América Latina e instaurar la soberanía de la economía de mercado. Sin embargo, es discutible su aplicación<sup>36</sup>.

Por ello, se planteó reducir al Estado a su mínima expresión, entregando la producción, circulación y distribución de bienes y servicios al “libre mercado”. No obstante, los países desarrollados han preferido proseguir con medidas proteccionistas para proteger áreas específicas de su producción o mantener acuerdos que abarquen zonas geográficas para el libre comercio, a diferencia de los países de América Latina que indiscriminadamente han abierto sus fronteras al intercambio comercial<sup>37</sup>.

La privatización ha tenido desarrollo disímil en los países de la región, pero en todos se ha reducido la participación de las empresas públicas en el PBI. Específicamente la privatización de las pensiones, vía capitalización de aporte individual administrado por sociedades anónimas, es el hecho más relevante en la región en la última década. De acuerdo a la recaudación obtenida por la transferencia de activos públicos hacia el sector privado como porcentaje de la inversión pública, el Perú se ubica en el segundo lugar de América Latina. Comparte los primeros lugares en el ranking privatizador con Bolivia, Brasil, Argentina y El Salvador.

En ese contexto, los organismos financieros internacionales presionaron a los gobiernos para que incluyan como parte de las reformas económicas, en proceso de ejecución, la imperiosa e impostergable necesidad de reformar la seguridad social<sup>38</sup>.

#### 4.3. LOS MODELOS DESPUÉS DE LA REFORMA

En España, como en varios países europeos, se mantiene un modelo previsional basado en los pilares de un Estado social. Sin embargo, con las nuevas condiciones económicas y políticas se reformó la jubilación a través de la Ley 27/2011. En ella se señala que existen dos principales modificaciones: la primera es la ampliación del periodo de cómputo que pasó de ser de 15 a 25 años; en segundo lugar, el retraso de la edad de jubilación hasta los 67 años.

<sup>34</sup> BRESSEL PEREYRA, Luis Carlos: *Las Reformas Económicas en las Nuevas Democracias: Un enfoque social demócrata*, Madrid: Alianza Editorial, 1995, p. 32.

<sup>35</sup> VV.AA.: *Latin America Adjustment: How has happened?*, FISHERS, Samuel, *Latin America Adjustment: How has happened?*, Washington DC, Institution for International Economics, 1990, p. 26.

<sup>36</sup> JAVED BURKI, Shahid y PERRY, Guillermo E.: *Más allá del consenso de Washington: la hora de la reforma institucional*, Estudios del Banco Mundial sobre América Latina y el Caribe, Washington DC, 1998.

<sup>37</sup> Ver CEPAL, *Transformación productiva con Equidad: un enfoque integrado*, Chile, 1992.

<sup>38</sup> Sin embargo, según informe de la OIT en la 91 Conferencia del 2003, se verificaron éxitos en mejora de la cobertura en pensiones en Brasil y en salud en Costa Rica, en ambos casos, en base al sistema público.

Además, ahora la cuantía de la pensión se calcula sobre el historial de cotización de cada trabajador, que cobrará según lo aportado durante su vida laboral. Todos estos cambios se vienen realizando de forma gradual desde el 01 de enero del 2013 hasta su completa implementación en el 2027.

Como bien señala Zubiri “la reforma de las pensiones en España ha consistido en bajadas hasta que se igualen a los ingresos disponibles. Se ha bajado la pensión inicial y el número de años durante los que se cobra. También se ha introducido una regla automática de ajuste que hará bajar las pensiones (...) Estas reformas, además de presuponer que los pensionistas carecen de derechos y hacerles cargar con todo el costo del envejecimiento. Acabarán conduciendo a una sociedad envejecida y empobrecida”<sup>39</sup>.

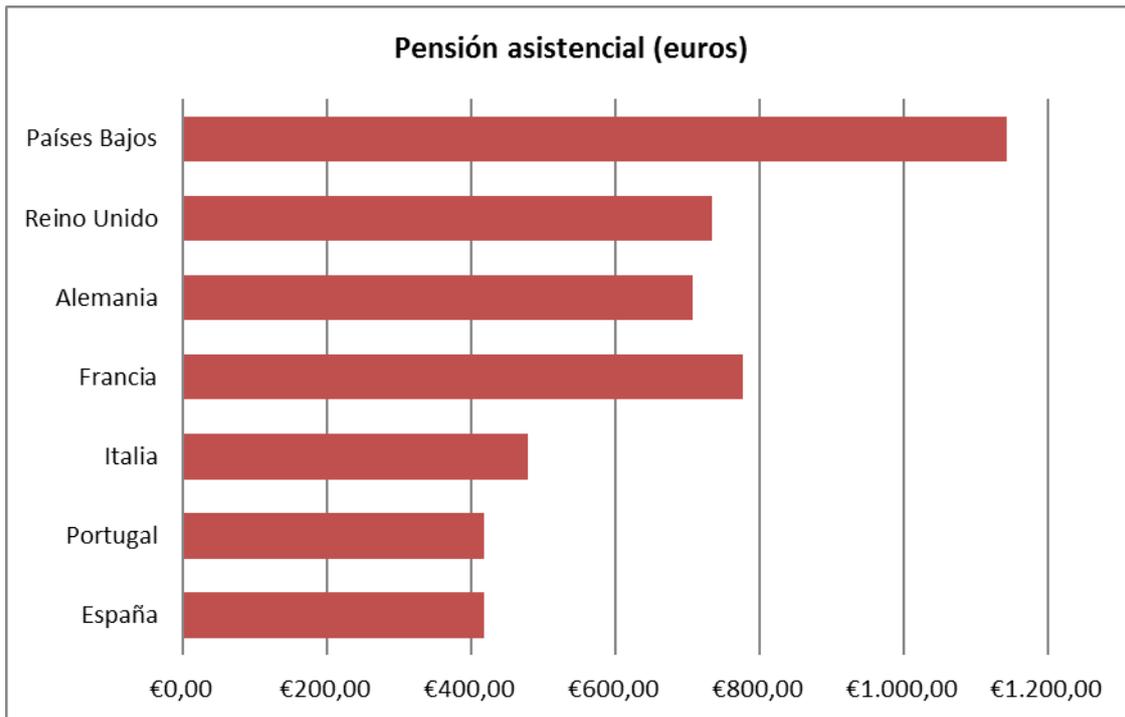
Por otro lado, con estas modificaciones se podrá acceder a la jubilación anticipada desde los 63 años de edad y con 33 años de cotizaciones. La referida reforma fue fruto de un largo proceso de negociación entre el gobierno, el parlamento y los sindicatos, los cuales llegaron a diversos consensos en cuanto a la norma. Cabe señalar, que el Banco de España en febrero de este año, ha señalado que se debe retrasar la edad de jubilación hasta los 70 años. Esta afirmación ha despertado las críticas por parte de las centrales sindicales más importantes. Lo cierto es, que no se avizora ningún cambio a la legislación actual, lo que no quiere decir que en el futuro por factores como el avance tecnológico y el aumento de la longevidad en la sociedad española fuercen a ajustar estas regulaciones.

Por otro lado, a diferencia de los países latinoamericanos, en Europa en general y específicamente en España, existe una pensión asistencial social que varía por país en cuanto al monto de entrega<sup>40</sup>, como puede observarse en el siguiente cuadro.

---

<sup>39</sup> ZUBIRI, Ignacio, Las pensiones en España: situación y alternativas de reforma, en Gasto Público en España, Presente y futuro, Papeles de Economía Española, N° 147, 2016, p.167.

<sup>40</sup> Vid. GARRIDO MEDINA L. y CHULIA RODRIGO E.: Ocupación, formación y el futuro de la jubilación en España, CES, Colección Estudios, Madrid, 2004, p. 36 y ss.



Fuente: Elaboración propia, OECD.Stat, "Pensions at a glance", website: <http://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=PAG#>

En América Latina, en casi todos los países, los desequilibrios macroeconómicos de la década 80 motivaron el diseño y la puesta en práctica de programas de estabilización y ajuste estructural. Una vez lograda la estabilidad macroeconómica en el corto plazo, era necesario proceder a poner en marcha las reformas estructurales y en particular las reformas de las instituciones del Estado adoptando una perspectiva de mediano y largo plazo. De tal manera que la reforma de la pensión de jubilación en América Latina incorporó el sistema de capitalización individual en reemplazo total o parcial de los de reparto, comenzando por Chile en 1981, seguido por el Perú en 1992, Argentina y Colombia en 1994, Uruguay en 1996, Bolivia y México en 1997, El Salvador en 1998, Costa Rica en 2001 y República Dominicana en 2003 como podemos observar en el cuadro<sup>41</sup>.

País	Legislación Base	Año
Argentina	Ley 4241	1993
Bolivia	Ley 1732	1996
Chile	Decreto Ley 3500	1980
Costa Rica	Ley 7983	2000
El Salvador	Decreto 927	1997
México	Ley SAR	1996
Perú	Decreto de Ley 25897	1992
R. Dominicana	Ley 87-01	2001
Uruguay	Ley 16713	1995

Fuente: AIDS 2004.

<sup>41</sup> BOLETÍN ESTADÍSTICO DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE ORGANISMOS DE SUPERVISIÓN DE FONDO DE PENSIONES, Los regímenes de capitalización individual en América Latina, N° 11, junio de 2004, p. 2.

Estas experiencias se pueden clasificar en tres modelos o perspectivas más o menos definidas como lo sugiere Mesa-Lago:

a) El modelo sustituto

Cuando el sistema público de reparto es cerrado y reemplazado con el régimen único de capitalización individual administrado por empresas privadas<sup>42</sup>, existe cotización fija (prima de equilibrio de largo plazo) a una cuenta cuyos recursos se invierten y los rendimientos se capitalizan. La pensión es variable y depende del monto acumulado; la libertad de elección entre administradoras de fondos debe garantizar la competencia entre ellas. Los riesgos de la rentabilidad los asume el afiliado y el Estado asume el riesgo de que los afiliados que cumplen con requisitos de jubilación no alcancen a completar lo necesario para una pensión mínima.

El Estado asume con el presupuesto público, a los jubilados anteriormente y de quienes permanecen; también el complemento necesario de quienes no acumulen fondos individuales suficientes como para financiar una pensión mínima, emite bonos para reconocer aportes realizados al sistema anterior, garantiza rendimientos mínimos en caso de quiebra y finalmente financia pensiones asistenciales para indigentes. Regula y supervisa el sistema privado.

Chile, Bolivia, México y El Salvador, son ejemplos; en estos dos últimos países, el asegurado puede elegir entre la pensión calculada según el sistema preexistente y la que se deriva del monto acumulado en su cuenta individual. También en el 2003 se reformó el sistema previsional en la República Dominicana optando por el modelo sustituto<sup>43</sup>.

b) El modelo paralelo o dual

Se mantiene el sistema anterior pero ya no es la única alternativa, el sistema público es reformado gradualmente o al inicio, en parte o en todo, pudiendo contener capitalización colectiva parcial. El afiliado puede elegir entre los dos regímenes y los que están en el sistema de capitalización pueden cambiar libremente de administradora de fondos. Las preferencias entre uno u otro régimen, e incluso entre distintas administradoras dentro del mismo régimen, deben ponderar riesgos políticos y financieros en el tiempo, también valorar la calidad de la gestión; así mismo, en la elección pesan los incentivos propios al diseño institucional, que definen la movilidad. Perú y Colombia son los casos típicos<sup>44</sup>.

Como ambos sistemas compiten, la regulación y supervisión puede estar a cargo de una superintendencia en un contexto de autorregulación o en el marco de los reguladores públicos existentes para la banca y seguros.

No obstante, en el Perú se aprobó la Ley 30425 del 15 de abril del 2016 que modifica la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, a fin que el afiliado al cumplir los 65 años de edad pueda elegir entre recibir la pensión que le

<sup>42</sup> Excepto en México en donde las empresas públicas o mixtas también pueden participar.

<sup>43</sup> Igualmente es el caso de Nicaragua, en donde se aprobó la reforma, por un modelo único, pero aún no implementado.

<sup>44</sup> El Perú fue el segundo país en la región, después de Chile, en crear un sistema privado de pensiones en 1992.

corresponda o solicitar la entrega del 95.5 % del total del fondo disponible en su cuenta individual de capitalización en una sola armada, perdiendo éste el derecho a pensión<sup>45</sup>.

c) El modelo mixto

Implica la reforma del sistema público y pasa a ser un componente que se combina con la del régimen de capitalización plena e individual. El sistema público reconoce una pensión básica (prestación definida) bajo un sistema de reparto y el de capitalización otorga un monto adicional sobre sus aportes voluntarios. Es decir, tiene dos componentes: un sistema público de reparto y beneficios definidos, y un sistema privado de capitalización individual, sobre el cual se paga una pensión complementaria.

Una parte de la cotización va al régimen público de reparto, que puede solventar una pensión básica y universal a los contribuyentes, la otra parte se incorpora a la cuenta individual una pensión complementaria.

Argentina<sup>46</sup>, Uruguay, Costa Rica y Ecuador son el ejemplo. En estos casos se puede elegir por un sistema público integrado (con pensión complementaria pública por sistema de reparto) o por uno mixto (pensión complementaria fruto de la capitalización individual). En los dos primeros países, el Estado paga pensión asistencial en caso de indigencia y supervisa el sistema privado.

Se pueden señalar algunas constataciones<sup>47</sup> de la viabilidad de un modelo mixto, tales como la cobertura global no parece haber aumentado, sigue acotada a los trabajadores dependientes del sector formal; más aún con mercados laborales volátiles e informalizados crecientemente<sup>48</sup>.

Sin embargo, en los últimos años en la denominada “década ganada”<sup>49</sup> que experimentó esta región se han elaborado modificaciones que van en la dirección contraria a lo que aconteció en los noventas. Ciertamente el sistema privado, en estos

<sup>45</sup> La Ley 30425 no sólo permite la desaparición del derecho a la pensión de los trabajadores afiliados al SPP con las catastróficas consecuencias de desprotección del jubilado, sino además es inconstitucional por ser contrario al reconocimiento del Perú como un Estado Social de Derecho y a la garantía que los fondos pensionarios sólo pueden ser usados para dar pensiones.

<sup>46</sup> En el caso argentino en 1991 comenzó los primeros intentos de la Reforma Previsional por parte del gobierno de Menem. La propuesta inicial era instaurar un régimen puramente de capitalización. Una intensa negociación en el Parlamento, que mostraba la resistencia dentro de la propia coalición menemista, sobre todo por parte de los sindicatos y de la oposición, darían lugar al régimen mixto vigente a partir de julio de 1994. En ese año entró en vigencia la Ley 24241, sancionada en setiembre de 1993 y dio lugar a la Reforma Previsional que instauró el hoy vigente Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, cuya característica principal es su condición de sistema mixto compuesto por un Régimen Previsional de Reparto y un Régimen Previsional de Capitalización. Es a partir de esta norma que se definen las características generales del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP): los distintos regímenes, las prestaciones que ofrecen, los requisitos para obtenerlas; las instituciones responsables, entre otros.

<sup>47</sup> Ver CEPAL, ob.cit., p.151.

<sup>48</sup> En la medida que la “planilla” como acreditadora de derechos sociales no es el mecanismo generalizado de contratación, existiendo el uso de diversas maneras para disponer de mano obra que no esté sujeta a beneficios sociales.

<sup>49</sup> Para un mayor análisis de este término revisar la Editorial de la Revista Nueva Sociedad 258, Julio - Agosto 2015

años, generó el máximo de ahorro de parte de los trabajadores<sup>50</sup>, pero no consolidó un sistema de Seguridad Social en pensiones.

De esta manera, tenemos como uno de los casos más emblemáticos lo sucedido en Argentina que en el 2008 eliminó el sistema mixto y creó a través de la Ley 26425 el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA).

Asimismo, en Bolivia se sancionó la Ley 065 que creó Sistema Integral de Pensiones de carácter público. En esta misma línea, Chile ha iniciado hace unos años un proceso de reforma en materia previsional que se encuentra a cargo del Consejo Consultivo Previsional<sup>51</sup>.

Pese a los cambios mencionados y otros intentos, la reforma aún no se ha concretizado. En el siguiente cuadro veremos los países que han realizado algunos cambios con respecto a la reforma de los 90.

País	Ley	Año	Características
Argentina	Ley 26425	2008	Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA).
Bolivia	Ley 065	2010	Sistema Integral de Pensiones
Perú	Ley 29792 D. S. 081 – 2011-PCM	2011	Creación del programa Pensión 65
Chile	Ley 20255	2008	Sistema de pensiones solidarias de vejez e invalidez “pilar solidario”.
Ecuador	Ley reformativa a la Ley de seguridad social	2010	Amplia la cobertura de protección del IESS.

## 5. CONCLUSIONES

Hemos reseñado los problemas centrales que enfrentan el sistema de pensiones, la experiencia y las insuficiencias de los sistemas de pensiones de jubilación en Iberoamérica.

En España, el problema del sostenimiento de las pensiones de jubilación tiene que ver directamente con el problema financiero de la Seguridad Social. Solo así se explican las últimas medidas que buscan desconocer los derechos de los pensionistas y trasladarles el costo que significa el envejecimiento. Para evitar ese problema se requiere una verdadera reforma que deshaga las medidas mencionadas y dotar de recursos adicionales a la Seguridad Social. Además, se debería enfrentar el problema

<sup>50</sup> En el Perú, a fines del 2001 la cartera administrada por las AFP había llegado a representar más de la cuarta parte del total de las obligaciones del sistema bancario con el sector privado (MORÓN, Eduardo y CARRANZA, Eliana: Diez años en el Sistema Privado de Pensiones: avances, retos y reformas, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 2003).

<sup>51</sup> Cabe resaltar que en el caso de Chile se produjo la firma por parte del gobierno en el 2014 para crear una AFP de propiedad estatal.

de la rentas<sup>52</sup> “con un incremento muy notable de las del capital y muy en particular del capital financiero a costa de una reducción de las rentas del trabajo”<sup>53</sup>.

En América Latina los intentos de un modelo paralelo o dual entre el Sistema público y el Sistema Privado han llevado a problemas sociales de insatisfacción de los afiliados y beneficiarios, simplemente porque dicho modelo no es adecuado en los términos como se viene implementando, especialmente por los problemas que hemos señalado. Se han buscado reformar el sistema público gradualmente estimulando la existencia paralelamente el sistema de capitalización individual. Sin embargo, la dinámica de estos años, especialmente por problemas de costos de transacción, ha frustrado tales intentos de mantener la existencia de un modelo de capitalización individual.

Finalmente, no obstante lo mencionado es importante el diseño de los mecanismos para el financiamiento de las pensiones; las fuentes habituales como hemos señalado son: el ahorro de los trabajadores, los impuestos o las primas de seguro para cubrir el riesgo de invalidez y muerte que protege a los dependientes del afectado<sup>54</sup>. “Si los sistemas no incluyen todos estos esquemas de financiamiento y de seguros, es muy probable que dejen a muchas personas sin protección alguna”<sup>55</sup>, lo cual se agudiza en la medida que solamente los trabajadores formales estén vinculados a ellos.

Creemos que de esta manera se puede avanzar en la construcción de una sociedad que haga viable la Seguridad Social<sup>56</sup>, haciendo compatible el desarrollo material con la equidad social y la democracia.

---

<sup>52</sup> PIKETTY, Thomas: *Le capital au XXI siècle*, Editions du Seul, 2013.

<sup>53</sup> VV.AA.: *Hay Alternativas*, propuestas para crear empleo y bienestar en España, Ed. Sequitur, Madrid, 2011, p. 30.

<sup>54</sup> Al respecto, ver RUIZ DURÁN, Clemente: *Sistemas de Seguridad Social en el siglo XXI*, Ed. Diana, México, 1997.

<sup>55</sup> UTHOFF, Andreas: *Mercados de Trabajo y Sistemas de Pensiones*, Revista CEPAL 78, p. 39

<sup>56</sup> El concepto de Seguridad Social recientemente empleado por la OIT es: “La noción de Seguridad Social (...) cubre todas las medidas de suministro de prestaciones a efectos de garantizar una protección frente a la falta de ingresos, acceso a la atención médica, pobreza y exclusión social” (*World Social Security Report 2010-11*, OIT, Ginebra, 2010, p.13-14).

# XXVI. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES EN ESPAÑA Y SU COORDINACIÓN EN EL REGLAMENTO CE 883/2004

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ  
*Profesor Titular de Universidad y Catedrático Acreditado*  
*Universidad de Granada*

## 1. LA FAMILIA Y SU PROTECCIÓN SOCIAL

El concepto de familia ha evolucionado y se ha adaptado a los cambios estructurales, sociológicos y culturales que han afectado a las relaciones entre padres e hijos, al tamaño y composición de las familias (evidenciando una tendencia a la reducción del tamaño medio de la familia y una disminución en el número de personas que integran las unidades convivenciales), al incremento de los hogares unipersonales y de las familias monoparentales, a las separaciones y divorcios (y en su caso, familias reconstituidas), al reconocimiento jurídico de las uniones matrimoniales homosexuales o a las nuevas formas de convivencia (uniones de hecho, con o sin reconocimiento civil). En cualquier caso, y aunque la familia tradicional (cónyuges y descendientes) sigue siendo el modelo familiar dominante a la hora de conformar el sistema de prestaciones familiares de la Seguridad Social, ya no es el único modelo de referencia normativa. Por ello, desde un planteamiento amplio, entendemos por “familia” toda unidad de convivencia integrada por personas unidas por lazos afectivos y de parentesco<sup>1</sup>. Ante esta situación de “pluralismo” familiar sería necesario que las técnicas de protección familiar alcanzaran a todas sus manifestaciones; especialmente, teniendo en cuenta que entre estas nuevas realidades familiares se encuentran algunas en graves situaciones de necesidad y en peligro de exclusión social (como por ejemplo puede ocurrir con familias monoparentales).

Además de otras referencias normativas internacionales<sup>2</sup>, nuestro fundamento constitucional específico de la protección a la familia se encuentra en el artículo 39 CE: “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la

---

<sup>1</sup> Sobre el concepto jurídico de familia y la diversidad de realidades familiares, así como sobre los fundamentos de la protección familiar, *vid.* ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., *La protección social de la familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, páginas 73 a 85; y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Prestaciones familiares en su modalidad no contributiva”, en VV.AA. (dir. por J.L. Monereo Pérez y G. Rodríguez Iniesta): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social, Tomo II*, Laborum, Murcia, 2017, páginas 305 a 311.

<sup>2</sup> Entre otras muchas, el artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 reconocen que “la familia es el elemento natural y fundamento de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; el artículo 9 de la Declaración de los Derechos de la Familia de la Unión Internacional de Organismos Familiares de 28 de julio de 1951; la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en el Ámbito Social, aprobada en 1969 por la Asamblea General de la ONU; y en particular, a nivel europeo, el punto 16 de la Parte I de la Carta Social Europea que reconoce que “la familia, como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo”.

familia”<sup>3</sup>. Tradicionalmente, las políticas de protección familiar han perseguido tres objetivos básicos: 1) la compensación por cargas familiares y redistribución de rentas; 2) el fomento de la natalidad y del equilibrio demográfico; y 3) la conciliación de la vida laboral, personal y familiar. Así, en primer lugar, las unidades familiares con hijos u otros familiares a cargo se encuentran en una situación de desequilibrio entre ingresos y gastos derivada no tanto de una pérdida de ingresos (que como veremos, también) sino por el incremento de gastos que conllevan las cargas familiares. Esta circunstancia desfavorable justifica que los poderes públicos “compensen” mediante algún tipo de beneficio o ayuda a estas familias que se pueden encontrar en situación de necesidad por esas cargas familiares, al tiempo que se cumple con un objetivo redistributivo de rentas. En segundo lugar, las políticas familiares pretenden influir en los comportamientos demográficos, incrementando la tasa de natalidad mediante la eliminación de las dificultades, trabas o condicionantes (principalmente económicos) que están presentes en la función reproductora de las familias (principio de continuidad demográfica). Y por último, hay que tener en cuenta que una política integral de protección a la familia debe incluir también medidas que permitiesen a sus miembros que la función reproductora y la función de criar, cuidar y educar a los hijos (y en su caso, otros miembros de la unidad familiar dependientes) no se convierta en un obstáculo insalvable para poder desarrollar al mismo tiempo su vida personal y su carrera laboral y profesional.

Las políticas de protección a la familia recurren a mecanismos e instrumentos de diversa naturaleza: desde las mismas políticas globales del Estado del Bienestar que redundan también en beneficio de las familias y de los individuos que las integran (Sanidad, Dependencia, Educación, Transporte, Vivienda, Empleo, etcétera) hasta medidas específicamente dirigidas a la familia. Sin perjuicio de otras vías de protección, como la civil (obligaciones paterno filiales y obligaciones de alimentos entre parientes) o como la penal (delitos contra los derechos y deberes familiares) la institución familiar es fundamentalmente objeto de protección por los poderes públicos a través de una doble vertiente<sup>4</sup>: la política fiscal y las prestaciones familiares encuadradas bien en la Seguridad Social bien en la llamada Asistencia Social y Servicios Sociales. En cualquier caso, tales medidas de protección a la familia no son sólo de naturaleza prestacional (de contenido monetario o no) sino también de promoción y fomento.

Actualmente, las prestaciones familiares de nuestro sistema de Seguridad Social son eminentemente de carácter no contributivo. Bajo esta calificación jurídica o nomen iuris de “prestaciones familiares en su modalidad no contributiva” (artículo 351 TRLGSS) encontramos, como detallaremos más adelante, tres tipos de prestaciones: 1) una asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, que, salvo en el caso de que el hijo tenga la consideración legal de discapacitado, exige acreditar la situación de necesidad en la que se encuentra la familia mediante la no superación de un determinado límite de ingresos familiares anuales; 2) una prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas,

<sup>3</sup> No obstante, existen otras referencias constitucionales, tanto desde el punto de vista de los *derechos*, como el artículo 18 que garantiza el derecho a la intimidad familiar o como el artículo 35.1 que reconoce el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, como desde la perspectiva de las *obligaciones*, como el artículo 50 que alude a las obligaciones familiares en relación con los ancianos.

<sup>4</sup> En este sentido, la STC 214/1994, de 14 de julio, admite que el legislador goza de libertad para articular las medidas que supongan ayudas a las familias mediante beneficios tributarios, mediante prestaciones sociales o mediante un sistema dual que combine ambas técnicas.

monoparentales y de madres con discapacidad, que también exige carencia de ingresos suficientes; y 3) una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples. En todos los casos se exige como requisito para ser beneficiario residencia legal en territorio español.

Casi marginalmente, nuestro sistema de prestaciones familiares contempla también determinados beneficios y ayudas familiares de la Seguridad Social de carácter contributivo, en particular, los períodos de cotización asimilados por parto (artículo 235 TRLGSS), los beneficios por cuidado de hijos o menores (artículo 236 TRLGSS), y especialmente la prestación familiar en su modalidad contributiva (artículo 237 TRLGSS), por la que se considera como períodos de cotización efectiva los de excedencia por cuidado de hijo, los de excedencia por cuidado de otros familiares y los de reducción de jornada de trabajo por determinados motivos familiares.

Pero también hay otras prestaciones que aunque no tengan expresamente la calificación de “prestaciones familiares”, inciden de alguna manera en la protección a la familia. Las encontramos tanto dentro del sistema de Seguridad Social (prestaciones por maternidad, por paternidad, por riesgo durante el embarazo, por riesgo durante la lactancia natural, por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, por muerte y supervivencia en favor de familiares, por orfandad, por viudedad, etcétera) como fuera de éste, a través de prestaciones asistenciales (en su mayor parte de carácter autonómico) o ayudas y beneficios fiscales en favor de la familia.

No obstante, nos vamos a centrar en el análisis del régimen jurídico de las prestaciones expresamente calificadas por nuestro sistema de Seguridad Social como “prestaciones familiares”.

## 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### 2.1. MODALIDAD NO CONTRIBUTIVA DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES

Como ya se había adelantado, nuestro sistema de Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, cuenta con tres prestaciones familiares (artículo 351 TRLGSS)<sup>5</sup>: 1) una asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, 2) una prestación económica de pago único por nacimiento o adopción en determinados supuestos, y 3) una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

#### 2.1.1. LA ASIGNACIÓN ECONÓMICA POR HIJO O MENOR ACOGIDO A CARGO

Esta prestación por hijo o menor acogido a cargo constituye la prestación familiar “clásica” de nuestro sistema de Seguridad Social. De forma sucinta, su régimen jurídico es el siguiente.

a) Sujetos causantes: el hijo menor de 18 años, el hijo mayor de 18 años con grado discapacidad igual o superior al 65 por 100 y el menor acogido en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción. El TRLGSS no

<sup>5</sup> Sobre este tema, *vid.* ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Prestaciones familiares en su modalidad no contributiva”, *op. cit.*, páginas 311 a 319.

precisa a estos efectos qué entiende por “hijo o menor acogido a cargo”, pero sí lo hace el RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, cuando en su artículo 9 considera hijo o menor acogido a cargo a aquél que conviva y dependa económicamente del beneficiario<sup>6</sup>.

b) Sujetos beneficiarios: los progenitores, adoptantes y acogedores<sup>7</sup> que cumplan los requisitos exigidos por el artículo 352.1 TRLGSS<sup>8</sup>:

- Que residan legalmente en territorio español. En relación con esto hay que tener en cuenta que se considera cumplida esta condición en el supuesto de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, que se encuentren en situación asimilada a la de alta y coticen en el correspondiente régimen de Seguridad Social español. Igualmente, no se considerará interrumpida la residencia por las ausencias del territorio español inferiores a 90 días a lo largo de cada año natural, ni cuando la ausencia esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas. Respecto a la exigencia de residencia legal en España a los ciudadanos comunitarios de otros Estados miembros, hay que tener en cuenta que la STJUE de 14 de junio de 2016, *Comisión v. Reino Unido*, C-308/14, avala que el requisito “residencia legal” se interprete conforme a la Directiva 2004/38/CE, y por tanto, habría que tener en cuenta que el artículo 7 del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de la UE, que transpone dicha directiva, exige que para residir legalmente en España un ciudadano europeo

<sup>6</sup> Por tanto, la definición reglamentaria recurre a dos elementos: “convivencia” y “dependencia económica”. Se entiende, salvo prueba en contrario, que *existe dependencia económica* cuando el hijo o el menor acogido *conviva* con el beneficiario, matizándose que no rompe la convivencia la separación transitoria motivada por razón de estudios, trabajo de los progenitores, adoptantes o acogedores, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares. Igualmente, el causante no perderá la condición de hijo o de menor acogido a cargo por el mero hecho de realizar un trabajo lucrativo, por cuenta ajena o propia, siempre que continúe conviviendo con el beneficiario de la prestación y que los ingresos percibidos por aquél en concepto de rendimientos del trabajo no superen el 100 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) vigente en cada momento, en cómputo anual (para 2017, 9.906,40 €). En sentido contrario, se considera que el hijo o el menor acogido *no está a cargo* del beneficiario, tanto, obviamente, si las rentas percibidas por su trabajo o por una prestación sustitutiva del salario superan dicha cuantía anual del SMI, como cuando sea receptor de una pensión contributiva, a cargo de un régimen público de protección social español o extranjero (que no sea la pensión de orfandad o la pensión en favor de familiares de nietos y hermanos).

<sup>7</sup> Con carácter excepcional encontramos otros posibles sujetos beneficiarios (artículo 352.2 TRLGSS): 1) los *huérfanos de ambos progenitores o adoptantes* menores de 18 años o mayores con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100; 2) los menores de 18 años o mayores con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100 que, sin ser huérfanos, hayan sido *abandonados* por sus progenitores o adoptantes (siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción); y 3) los hijos con discapacidad mayores de 18 años que no hayan sido incapacitados judicialmente y conserven su capacidad de obrar (lo que se presume cuando no se acredite dicha incapacitación judicial). En todos estos supuestos especiales, sujeto causante y sujeto beneficiario coinciden. A los sujetos causantes se les reconoce el derecho a la asignación económica que precisamente, en razón de ellos mismos, hubiera correspondido a sus progenitores o adoptantes.

<sup>8</sup> Dada la naturaleza de asignación periódica que presenta esta prestación familiar, y respecto de estos requisitos exigidos para tener derecho a la misma, hay que recordar que, tal y como indica el artículo 355 TRLGSS, todo beneficiario está obligado a presentar ante el INSS, en el plazo de 30 días, contado desde la fecha en que se produzcan, comunicación debidamente acreditada de cuantas variaciones hubieran tenido lugar en su situación que puedan suponer la modificación o extinción del derecho a la prestación.

disponga, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no ser una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España. Por otro lado, este requisito de residencia en España también exigida al sujeto causante debe ser matizado, pues, tal y como veremos más adelante, el artículo 67 del Reglamento CE 883/2003, asimila a residencia legal en el Estado competente la residencia de los familiares en otro Estado miembro.

- Que tengan a su cargo hijos (menores de 18 años o mayores afectados por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento) o menores en régimen de acogimiento permanente o guarda con fines de adopción, que sean también residentes en territorio español. Se considera cumplido este requisito respecto de los hijos o menores acogidos que acompañen en sus desplazamientos a los trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio nacional.
- Que no perciban ingresos anuales de cualquier naturaleza superiores a 11.547,83 € (límite de ingresos anuales que se actualizará anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado)<sup>9</sup>. Con este requisito se prueba la situación de necesidad que justifica esta prestación familiar no contributiva. Para calcular la cuantía de tales ingresos anuales se tendrán en cuenta los obtenidos por los beneficiarios durante el ejercicio anterior a la fecha de presentación de la solicitud de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo (y puesto que se trata de una asignación periódica en la que debe comprobarse si se mantiene el requisito de la insuficiencia de recursos económicos, se tiene que presentar dentro del primer trimestre de cada año una declaración expresiva de los ingresos habidos durante el año anterior). No obstante, como excepción, no se exige límite de ingresos para el reconocimiento de la condición de beneficiario de la asignación por hijo o menor acogido a cargo con discapacidad. De este modo, la discapacidad del sujeto causante eximiría al sujeto beneficiario del cumplimiento de este requisito de no percibir ingresos anuales superiores al límite establecido.
- Que no tengan derecho a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social. Cuando los beneficiarios puedan tener derecho a la misma prestación por un mismo sujeto causante en varios regímenes públicos de protección social, deberán optar por uno de ellos.

En cualquier caso, solo un sujeto beneficiario tendría derecho a la asignación económica por un mismo hijo o menor acogido a cargo. Por ello para los supuestos en que en ambos progenitores o adoptantes (o en su caso quienes tuviesen acogido al menor) concurrieran los requisitos exigidos para ser beneficiario, están previstas unas

---

<sup>9</sup> Dicha cuantía se incrementa en un 15 por 100 por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, incluido éste. Para personas que forman parte de familias numerosas existen límites de ingresos anuales específicos. Por otro lado, con carácter excepcional, y tal y como se verá al referirnos a las cuantías de esta prestación, también podrían ser beneficiarios los progenitores, adoptantes o acogedores que perciban ingresos anuales que, aunque supere el correspondiente límite, sean inferiores a la cuantía que resulte de sumar a dicha cifra el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por hijo o menor acogido por el número de hijos o menores acogidos a cargo de los beneficiarios. Esta regla tiene por objeto “suavizar” el establecimiento de un estricto límite de ingresos en situaciones “fronterizas” y reconocer también la condición de beneficiario a aquellos que superan por poco dicho límite.

reglas específicas para la determinación del beneficiario al que efectivamente se le reconoce el derecho a la correspondiente prestación (artículo 11 RD 1335/2005).

c) Cuantías. La cuantía de la asignación por hijo o menor acogido a cargo va a ser mayor o menor según el caso en el que nos encontremos, en función de la edad del hijo o menor a cargo (que sea menor o mayor de 18 años) y en función de su condición o no de discapacitado, y en su caso, del grado de discapacidad. En particular, se distinguen cuatro cuantías según sea el sujeto causante (artículo 353 TRLGSS):

- Hijos o menores acogidos menores de 18 sin discapacidad: 291 € anuales (24,25 € mensuales). No obstante, como ya adelantamos, en el caso de que los ingresos del beneficiario sobrepasen “en poco” el límite de ingresos anuales establecido como requisito para tener derecho a la misma, se reconocería una “cuantía por diferencias” resultante de la reducción proporcional de la misma en lo que se excede de dicho límite de ingresos, obteniendo así una cuantía inferior y variable (vid. artículo 13 RD 1335/2005). La exigua cuantía de esta asignación económica por hijo menor de 18 años no discapacitado, con independencia de las críticas que haya podido recibir<sup>10</sup> o de los argumentos a favor justificados en base a la necesidad de recortar el gasto público, demuestra el carácter marginal, meramente testimonial, de esta asignación dentro del sistema de prestaciones familiares de carácter no contributivo.
- Hijos o menores acogidos menores de 18 años con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100: 1.000 € anuales por hijo (250 € trimestrales). De esta forma, la cuantía de la asignación por hijo o menor acogido a cargo menor de 18 años se “dignifica” algo cuando se introduce la variable “discapacidad”.
- Hijos mayores de 18 años y con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100: 4.414,80 € anuales por hijo (367,90 € mensuales)<sup>11</sup>.
- Hijos mayores de 18 años, con un grado de discapacidad igual o superior al 75 por 100, y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos vitales más elementales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (situación de dependencia): 6.622,80 € anuales por hijo (551,90 € mensuales). Especialmente en relación con este supuesto cabe plantearse si la situación protegida por esta asignación económica es verdaderamente una carga familiar o es más bien la situación de dependencia en la que se encuentra el sujeto causante por discapacidad, confundiendo las naturalezas de prestación familiar y prestación por dependencia.

En cualquier caso, hay que recordar que en los tres supuestos en los que el hijo a cargo tiene la condición de persona con discapacidad, al no exigirse en tal caso límite máximo de ingresos anuales, el beneficiario tiene derecho a la correspondiente asignación económica con independencia de su situación económica y de la suficiencia o no de recursos económicos

<sup>10</sup> Vid., ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., *La protección social de la familia, op. cit.*, páginas 380-383.

<sup>11</sup> Esta cuantía, al igual que sucede con la del siguiente supuesto, ha sido establecida por el TRLGSS, pero tiene prevista su actualización periódica a través de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

d) Dinámica de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo: la gestión y el reconocimiento del derecho a la asignación por hijo o menor acogido a cargo corresponden al INSS<sup>12</sup>. La asignación económica por hijo o menor acogido a cargo se extinguirá por fallecimiento del sujeto causante (en cambio, si el que fallece es el beneficiario, la titularidad del derecho pasaría al progenitor, adoptante o acogedor sobreviviente, si reúne todos los requisitos para ello); el cumplimiento de la edad de 18 años (obviamente, salvo cuando se trate de causante mayor de dicha edad afecto de una discapacidad igual o superior al 65 por 100); la desaparición o supresión de la discapacidad por mejoría del causante; el cese de la dependencia económica del causante respecto al beneficiario; y la superación, en el año anterior, de los límites de ingresos legalmente establecidos para el mantenimiento del derecho.

### 2.1.2. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR NACIMIENTO O ADOPCIÓN DE HIJO EN SUPUESTOS DE FAMILIAS NUMEROSAS, MONOPARENTALES Y DE MADRES CON DISCAPACIDAD

Esta prestación económica de pago único a tanto alzado, introducida por la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el IRPF y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento y adopción, sustitutiva de la anterior prestación económica por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos, está actualmente regulada en el artículo 357 TRLGSS y se reconoce por el nacimiento o adopción de hijo (no está prevista para supuestos de acogimiento) en tres casos: 1) en familias numerosas o que, con tal motivo, adquieran dicha condición<sup>13</sup>; 2) en familias monoparentales<sup>14</sup>; 3) y en los casos de madres con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100. Cuenta con el siguiente régimen jurídico.

a) Sujeto causante. Siendo la situación protegida el hecho individualizado del nacimiento o la adopción que tiene lugar en determinadas familias que acrediten insuficiencia de recursos económicos, sujetos causantes serán los hijos nacidos o

<sup>12</sup> El procedimiento se inicia previa presentación ante el INSS de la correspondiente solicitud, aportando los documentos necesarios para la acreditación de las circunstancias determinantes del derecho. El INSS dictará resolución expresa y la notificará al interesado en un plazo de 45 días. En caso de reconocimiento del derecho (y también en los supuestos de modificaciones en el contenido del derecho que supongan un aumento en la cuantía de la prestación), los efectos se producirán a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente al de la presentación de la solicitud.

<sup>13</sup> Para la consideración de *familia numerosa* se estará a lo establecido en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas (LPFN), cuyo artículo 2, con carácter general, entiende por familia numerosa a *la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes*. No obstante, se consideran igualmente familias numerosas las integradas, entre otros casos, y sin ánimo de ser exhaustivos, por uno o dos ascendientes con dos hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar; por dos ascendientes, cuando ambos fueran discapacitados, o al menos uno de ellos tuviera un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, o estuvieran incapacitados para trabajar, con dos hijos, sean o no comunes; o por el padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal. En cualquier caso, el artículo 2.4 de la LPFN (redactado conforme a la Disposición Final 5ª de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) establece que a efectos de calificación como familia numerosa, tendrán la misma consideración que los hijos las personas sometidas a tutela o acogimiento familiar permanente o preadoptivo legalmente constituido.

<sup>14</sup> Se entiende por *familia monoparental*, la constituida por un “sólo progenitor” con el que convive el hijo nacido o adoptado y que es el único sustentador de la familia.

adoptados en una familia numerosa o que, como decíamos, con tal motivo, adquiriera dicha condición, en una familia monoparental o en los supuestos de madres con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, siempre que, además de no superar el límite de ingresos anuales que se fije, el nacimiento se haya producido en territorio español o la adopción se haya constituido o reconocido por autoridad española competente.

b) Sujetos beneficiarios: los progenitores y adoptantes en caso de familias numerosas, monoparentales y de madres con discapacidad que cumplan los siguientes requisitos de entre los que exige el artículo 352.1 TRLGSS:

- Que residan legalmente en territorio español. Son aplicables aquí las mismas consideraciones que hacíamos respecto a este requisito en relación con la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo.
- Que no perciban ingresos anuales de cualquier naturaleza superiores a 11.547,83 € anuales (límite de ingresos anuales que se actualizarán mediante las Leyes de Presupuestos Generales del Estado), o los límites de ingresos anuales incrementados por cada hijo adicional o específicos para familias numerosas. Por tanto, es la carga económica que supone la incorporación de un nuevo miembro a la familia la que justifica esta prestación familiar. Hay determinadas casos (familia numerosa, familia monoparental, madre discapacitada) en los que por insuficiencia de recursos económicos nos podemos encontrar ante una situación de necesidad. Dado el carácter no contributivo de esta prestación, la prestación exige que el beneficiario acredite la insuficiencia de recursos económicos. No obstante, y tal y como ya se comentó también respecto de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, en este caso se admite excepcionalmente el reconocimiento de la prestación a progenitores o adoptantes que perciban ingresos anuales “ligeramente” superiores al límite de ingresos establecido como requisito para ser beneficiario (eso sí, siempre y cuando sean inferiores a la cuantía resultante de sumar a dicha cifra el importe de esta prestación de pago único por nacimiento o adopción de hijo, como veremos, de 1.000 €). Por ello, se puede decir que este límite de ingresos anuales exigido para poder ser beneficiario es hasta cierto punto flexible.
- Que no tengan derecho a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social. En cambio, esta prestación económica por nacimiento o adopción de hijos en los supuestos de familia numerosa, familia monoparental y madre discapacitada son compatibles con otras prestaciones y ayudas económicas, como la prestación por parto o adopción múltiple y el correspondiente subsidio especial de maternidad por parto múltiple que pudiera causar el mismo sujeto, las asignaciones económicas por hijo o menor acogido a cargo, la pensión de orfandad y a favor de nietos y hermanos que en su caso pudieran corresponder, y otras ayudas económicas análogas que pudieran conceder administraciones autonómicas o locales.

Puesto que sólo puede haber un beneficiario por hijo causante, están previstas reglas específicas (artículo 21 del RD 1335/2005) para determinar el beneficiario cuando concurran en ambos progenitores o adoptantes las circunstancias necesarias para tener la

condición de beneficiarios<sup>15</sup>. Así, el derecho a percibir la prestación sólo podrá ser reconocido en favor de uno de ellos.

c) Cuantía: un pago único de 1.000 €. No obstante, y de forma idéntica a lo que ocurre con la asignación por hijo o menor acogido a cargo, existe la posibilidad de que la cuantía resultante de esta prestación sea una cuantía inferior si los ingresos anuales percibidos por el beneficiario superan el límite establecido pero son inferiores al importe conjunto que resulte de sumar a dicho límite el importe de la prestación. En tal caso la cuantía a abonar sería igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y el indicado importe conjunto (“cuantía por diferencias”).

d) Dinámica de la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo. Como regla general, la gestión y reconocimiento de esta prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo corresponde al INSS conforme a las mismas reglas que la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo. No obstante, el aplicar el mismo procedimiento a prestaciones que tienen distinta naturaleza (pues una es una prestación económica de pago periódico y la otra una prestación económica de pago único), genera ciertas disfuncionalidades, tanto respecto del nacimiento del derecho<sup>16</sup> como respecto de las reglas sobre modificación y extinción del derecho a esta prestación, pues tratándose ahora de una prestación de pago único carecen de sentido las mismas, siendo igualmente irrelevantes posteriores variaciones de los ingresos anuales computables.

### 2.1.3. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR PARTO O ADOPCIÓN MÚLTIPLE

Esta prestación, que es regulada en el artículo 359 TRLGSS, tiene por finalidad compensar por el exceso de gastos que supone en una familia un nacimiento o adopción múltiple (tampoco aquí se tienen en cuenta los supuestos de acogimiento). Al menos en el caso de parto múltiple, se trata de un acontecimiento que depende del azar, y por tanto, en el que poco o nada interviene la voluntad de los padres. De ahí que difícilmente se le pueda reconocer que tenga como finalidad incentivar la natalidad; mas bien tiene una naturaleza compensatoria por los gastos extraordinarios que supone.

a) Sujetos causantes: los hijos nacidos o adoptados en caso de parto o adopción múltiples (considerando tales los casos en los que el número de nacidos o adoptados sea igual o superior a dos), que hayan tenido lugar en España<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Conforme a tales reglas, la determinación del sujeto beneficiario es mucho más sencilla en los supuestos de *familias monoparentales* (será beneficiario el progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado) y de *madres con discapacidad* (será beneficiaria la misma, siempre que acredite una discapacidad igual o superior al 65 por 100).

<sup>16</sup> Así, la naturaleza periódica de la asignación por hijo o menor acogido a cargo justifica que no esté previsto un plazo concreto de solicitud, surtiendo, simplemente, efecto las prestaciones a partir del día primero del trimestre natural en que se presenta la solicitud. Pero en cambio provoca ciertos problemas en el caso de la prestación por nacimiento o adopción de hijo. Como solución, se recurre al plazo general de prescripción del reconocimiento de prestaciones del artículo 53.1 TRLGSS, conforme al cual el derecho al reconocimiento de la prestación prescribe a los 5 años contados desde el día siguiente a aquel en que se produce el hecho causante, en este caso, el nacimiento o adopción de hijo.

<sup>17</sup> Sin embargo, esta regla general de territorialidad admite una excepción (artículo 24 RD 1335/2005): podrán dar derecho a la misma los nacimientos múltiples producidos en el extranjero o las (...)

b) Sujetos beneficiarios: las personas, padre o madre o, en su defecto, quien reglamentariamente se establezca (cosa que no hace el RD 1335/2005), que cumplan únicamente dos de los requisitos que exige el artículo 352 TRLGSS: (1) residencia legal en territorio español y (2) que no tengan derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier régimen público de protección social. En relación con esto último, hay que destacar la compatibilidad de esta prestación, además de con las otras dos prestaciones familiares no contributivas, con el subsidio especial por parto múltiple, previsto como complemento a la prestación económica por maternidad cuando tiene lugar un nacimiento múltiple. Por otro lado también es de subrayar que esta prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples no está supeditada a un límite máximo de ingresos de los beneficiarios: el no exigirse una situación de necesidad derivada de la insuficiencia de recursos económicos la convierte en la única de las prestaciones familiares no contributivas de la Seguridad Social de carácter “universal”<sup>18</sup>.

c) Cuantía. Depende del número de hijos nacidos o adoptados en el parto o adopción múltiples (artículo 360 TRLGSS): en caso de 2 hijos se percibe una cantidad equivalente a 4 veces la cuantía del SMI vigente (en cómputo mensual); en caso de 3 hijos, 8 veces el SMI; y en caso de 4 o más hijos nacidos, 12 veces el SMI. Recurrir a una regla de determinación de la cuantía de la prestación que toma como referencia el SMI mensual vigente facilita la revisión y actualización de las cuantías.

d) Dinámica de la prestación: la misma que las anteriores prestaciones familiares no contributivas. Por tanto, la gestión y reconocimiento de esta prestación económica de pago único por parto o adopción múltiple corresponde al INSS. Ahora son también predicables las consideraciones que hacíamos respecto de la prestación por nacimiento o adopción de hijo sobre las dificultades que encontramos para aplicar las reglas comunes establecidas para el nacimiento, modificación y extinción de prestaciones familiares no contributivas a una prestación de pago único.

## 2.2. MODALIDAD CONTRIBUTIVA DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES

En su modalidad contributiva, y bajo la rúbrica “Protección a la familia”<sup>19</sup>, contempla nuestro sistema de Seguridad Social unas medidas protectoras que, a diferencia de las prestaciones familiares no contributivas que sí que tienen por objeto compensar por los gastos generados a la familia (por las “cargas familiares” en sentido

---

adopciones formalizadas en el extranjero, cuando se acredite que los hijos se han integrado “de manera inmediata en un núcleo familiar con residencia en territorio español”.

<sup>18</sup> En principio no hay nada que objetar, todo lo contrario. Pero sí que, como defendíamos en ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: *La protección social de la familia, op. cit.*, páginas 185 y 187 a 188, hubiera sido conveniente al menos diferenciar las cuantías de la prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples en función del nivel de renta de la familia.

<sup>19</sup> La nomenclatura de este capítulo ha sido criticada por pretender una regulación completa e integral de todas las medidas de protección a la familia que contempla el sistema de Seguridad Social, cuando realmente no es así. En este sentido, LUJÁN ALCARÁZ, J.: “Prestaciones familiares en su modalidad contributiva”, en VV.AA. (dirs. J.L. Monereo Pérez y G. Rodríguez Iniesta): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social, Tomo II*, Laborum, Murcia, 2017, página 179, considera su contenido de carácter limitado y residual, puesto que además de las mismas prestaciones familiares no contributivas quedan fuera de dicho capítulo titulado “protección a la familia” otras prestaciones de naturaleza, finalidad y contenido análogos a los de las prestaciones sí cobijadas bajo su rúbrica, como sucede, por ejemplo, con la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (artículos 190 a 192 TRLGSS).

estricto), consisten básicamente en una ficción jurídica con la que se pretende que la carrera de seguro del beneficiario no se vea perjudicada por la atención de responsabilidades familiares, y en concreto, mediante la consideración como efectivamente cotizados de ciertos períodos de tiempo en los que la relación de aseguramiento no existe o ha quedado suspendida o en los que la cotización se ha visto disminuida, por tres circunstancias que afectan a la relación laboral o funcional<sup>20</sup>: (1) parto, (2) cuidado de hijos o menores, y (3) excedencias o reducciones de jornada por motivos familiares.

### 2.2.1. CÓMPUTO DE PERÍODOS DE COTIZACIÓN ASIMILADOS POR PARTO

Un escueto artículo 235 TRLGSS reconoce el derecho de la mujer trabajadora que solicita pensión de jubilación o de incapacidad permanente a añadir al total de días efectivamente cotizados un número adicional de días completos de cotización: 112 días por parto (y en caso de parto múltiple, 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido). Con ello, desde una óptica también natalista, se pretende facilitar la propia función procreadora y la conciliación de la vida familiar y laboral de la “trabajadora-madre” al compensarle con días adicionales de cotización a los efectivamente cotizados a efectos de jubilación o incapacidad permanente.

### 2.2.2. BENEFICIOS POR CUIDADO DE HIJOS O MENORES

Con la misma finalidad que la anterior medida de protección familiar, el artículo 236 TRLGSS considera como periodo cotizado a todos los efectos (excepto para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido) los períodos de interrupción real de la cotización a causa de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo cuando tales circunstancias se hayan producido entre los 9 meses anteriores al nacimiento o los 3 meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. No obstante, el período computable como cotizado será como máximo de 270 días por hijo o menor adoptado o acogido, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización. Tales beneficios por cuidado de hijos o menores solo se reconocerán a uno de los progenitores, siendo preferente la madre en caso de controversia.

### 2.2.3. CONSIDERACIÓN DE SITUACIONES DE EXCEDENCIA Y REDUCCIÓN DE JORNADA POR CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES COMO PERÍODO DE COTIZACIÓN

Por último, el artículo 237 TRLGSS, bajo una única denominación de “prestación familiar en su modalidad contributiva” regula determinados supuestos que, siguiendo la técnica de la ficción jurídica, considera como períodos de cotización efectiva determinadas situaciones de excedencia y reducción de jornada por circunstancias familiares “a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por

<sup>20</sup> *Ibid.*, página 179, matiza que en cuanto a la subordinación de las prestaciones de protección familiar a la regulación laboral o funcional del supuesto de hecho “debe quedar claro que la contingencia protegida no es un indeterminado estado de necesidad de la familia, sino unas concretas y ciertas situaciones de riesgo para la carrera de seguro de los trabajadores consecuencia, en la mayoría de ellos, de la novación de su relación de trabajo, privada o pública, en orden a la conciliación de su vida personal, familiar y laboral”.

jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad”<sup>21</sup>.

a) Excedencia por cuidado de hijos

Los períodos de hasta tres años de excedencia por cuidado de hijos que para los trabajadores reconoce el artículo 46.3 TRET en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción (teniendo como efecto la suspensión del contrato de trabajo durante la misma). Ante la posibilidad de que estos períodos de excedencia por cuidado de hijos hubieran estado precedidos por una reducción de jornada por motivos familiares (a la que nos referiremos a continuación), el artículo 237.4 TRLGSS reconoce que a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante el período previo de reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo<sup>22</sup>.

b) Excedencia por cuidado de familiares

El primer año del período de excedencia por cuidado de familiares, igualmente reconocido para los trabajadores por el artículo 46.3 TRET en razón del cuidado de otros familiares (hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad) que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos (y siempre y cuando no desempeñen una actividad retribuida). Por otro lado, y del mismo modo que sucede en el caso de la excedencia por cuidado de hijos, el artículo 237.4 TRLGSS también reconoce que, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia por cuidado de familiares, en el caso de que la misma hubiera estado precedida por una previa reducción de jornada las cotizaciones realizadas se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada de trabajo sin dicha reducción.

c) Reducciones de jornada por motivos familiares

Esta prestación familiar en su modalidad contributiva adquiere naturaleza de “complemento de cotización”, hasta alcanzar el 100 por 100, que se añade a la “cotización reducida” correspondiente a los supuestos en los que el trabajador reduzca su jornada de trabajo por las siguientes circunstancias familiares:

<sup>21</sup> El artículo 6 del RD 1335/2005 (“Alcance de la consideración como período de cotización efectiva”) aclara que la consideración como período de cotización efectiva surtirá efectos “tanto para cobertura del período mínimo de cotización como para la determinación de la base reguladora y del porcentaje aplicable, en su caso, para el cálculo de la cuantía de aquellas”. Además, los beneficiarios se consideraran en situación de alta y mantendrán el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

<sup>22</sup> La importancia de esta previsión adicional para el supuesto de excedencia por cuidado de hijo (y también para el siguiente, excedencia por cuidado de familiares) es aún más patente si tenemos en cuenta que el artículo 7 RD 2335/2005 recuerda que la base de cotización a considerar durante ese período de cotización efectiva “estará constituida por el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los 6 meses inmediatamente anteriores al inicio del período de excedencia”. Y si el beneficiario no tuviera acreditados tales meses de cotización “se computará el promedio de las bases de cotización correspondientes al período inmediatamente anterior al inicio de la excedencia, que resulten acreditadas”.

- Reducción de jornada por razones de guarda legal para el cuidado directo de menor de 12 años o persona con discapacidad (artículo 37.6 TRET, apartado 1º).
- Reducción de jornada por cuidado directo de familiar que no pueda valerse por sí mismo por razones de edad, accidente o enfermedad (artículo 37.6 TRET, apartado 2º).
- Reducción de jornada por cuidado de menor a cargo con cáncer o enfermedad grave durante su hospitalización y tratamiento continuado (artículo 37.6 TRET, apartado 3º).

De este modo, en tales situaciones de reducción de jornada la cotización se computará incrementada hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada de trabajo sin dicha reducción, aunque en estos casos, además de a los consabidos efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, se añade también a efectos de las prestaciones por “riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal”.

### 3. LA COORDINACIÓN DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES EN LA UE: EL REGLAMENTO CE 883/2004 Y SU PROPUESTA DE REFORMA<sup>23</sup>

#### 3.1. LA COORDINACIÓN DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES EN EL REGLAMENTO CE 883/2004

Con nuestro estudio pretendemos también contextualizar el régimen jurídico de las prestaciones familiares de la Seguridad Social en España en el marco de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social desde la perspectiva del pilar europeo de derechos sociales, lo que exige el análisis específico de las normas de coordinación de las prestaciones familiares de la seguridad social que contienen el Reglamento CE 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento CE 987/2009, por el que se adoptan sus normas de aplicación.

##### 3.1.1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO “PRESTACIÓN FAMILIAR”

El Reglamento CE 883/2004, suprime la anterior distinción entre subsidios familiares (family allowances) y prestaciones familiares (family benefits) y aporta una definición unitaria, conjunta y amplia de “prestación familiar”, que incluye tanto prestaciones que protegen situaciones que se podrían calificar de clásicas como otras que se caracterizan por su especificidad (vid. su Considerando 34). En particular, el artículo 1.z del Reglamento CE 883/2004 entiende por prestaciones familiares “todas las prestaciones en especie o en metálico destinadas a hacer frente a los gastos familiares”, pero con expresa exclusión de las pensiones alimenticias<sup>24</sup> y los subsidios

<sup>23</sup> ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “La reforma de la coordinación de las prestaciones familiares de seguridad social como respuesta a los cambios políticos y económicos de la UE”, pendiente de publicación en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2017.

<sup>24</sup> El propio Reglamento CE 883/2004 (Considerando 36) lo justifica por el hecho de que los anticipos de pensiones alimenticias “son anticipos recuperables destinados a compensar la omisión de alguno de los padres de cumplir su obligación legal de sustento del propio hijo, obligación que emana del Derecho de familia” y por consiguiente “tales anticipos no deben considerarse una prestación directa procedente del apoyo colectivo en favor de la protección de las familias”. Habida cuenta de estas (...)

especiales de natalidad y adopción<sup>25</sup> (el Anexo I especifica para cada Estado miembro cuáles son tales prestaciones excluidas, y a las que por tanto, no se les aplica las normas de coordinación)<sup>26</sup>. Por tanto, la clave de esta definición de prestación familiar se encuentra en su finalidad, “hacer frente a los gastos familiares”, que ha sido interpretada por el TJUE en el sentido de tratarse de una contribución pública al presupuesto familiar “destinada a aligerar las cargas derivadas de la manutención de los hijos”<sup>27</sup>.

Dicha definición evidencia una gran amplitud y flexibilidad a la hora de considerar como prestación familiar de seguridad social, con independencia de su concreto nomen iuris, a toda prestación destinada a hacer frente a los gastos familiares. En este sentido hay que recordar cómo el TJUE considera que la distinción entre prestaciones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento CE 883/2004 y prestaciones incluidas en él “se basa esencialmente en los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla, y no en el hecho de que una prestación sea o no calificada como prestación de seguridad social por una legislación nacional”<sup>28</sup>.

Por tanto, cualquier prestación que se conceda automáticamente a las familias, que responda a ciertos criterios objetivos, en particular, relativos al número de sus miembros, sus ingresos y sus recursos patrimoniales, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, y que estén destinadas a compensar cargas familiares deben tener la consideración de prestaciones familiares de Seguridad Social<sup>29</sup>, y consiguientemente serle de aplicación las normas de coordinación

peculiaridades manifiesta que “no se aplican las normas de coordinación a estas pensiones alimenticias”. Por el contrario, el TJUE se había pronunciado a favor de su consideración como “prestación familiar” objeto de coordinación, con independencia del *nomen iuris* nacional con el que se la califique (STJUE de 15 de marzo de 2001, asunto *Offermanns*, C-85/99).

<sup>25</sup> La exclusión de los “subsidios especiales de natalidad” tal vez obedezca a la finalidad de “mantener en el exclusivo marco territorial nacional ciertas políticas demográficas o natalistas que defienden intereses exclusivamente internos” (CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Iustel*, núm. 32, 2012).

<sup>26</sup> De este modo, España en dicho Anexo I (Anticipos de pensiones alimenticias y subsidios especiales de natalidad y adopción) excluye de la aplicación del Reglamento CE 883/2004, tanto los anticipos de pago de alimentos con arreglo al Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, como las “asignaciones” (sic) económicas de pago único por nacimiento o adopción. En cambio se entenderían como expresamente coordinadas el resto de prestaciones familiares no contributivas de nuestro sistema de seguridad social, que no han sido calificadas como prestaciones especiales y no están incluidas en el Anexo X.

<sup>27</sup> STJUE de 21 de junio de 2017, asunto *Martínez Silva*, C449/16, apartado 23. En la misma línea interpretativa, interpretando la expresión “compensar las cargas familiares”, la STJUE de 19 de septiembre de 2013, asuntos *Hliddal y Vornand*, C-216/12 y C-217/12, apartado 55; la STJUE de 15 marzo de 2001, asunto *Offermanns*, C-85/99, apartado 41; y la STJUE de 7 de noviembre de 2002, asunto *Maaheimo*, C-333/00, apartado 25).

<sup>28</sup> STJUE de 21 de junio de 2017, asunto *Martínez Silva*, C449/16, apartado 20. En el mismo sentido, Sentencias del TJUE de 16 de julio de 1992, asunto *Hughes*, C-78/91, apartado 14; de 20 de enero de 2005, asunto *Noteboom*, C-101/04, apartado 24; y de 24 de octubre de 2013, asunto *Lachheb*, C-177/12, apartado 28).

<sup>29</sup> En este sentido, *vid.* sentencias del TJUE de 16 de julio de 1992, asunto *Hughes*, C-78/91 (apartado 22) y de 10 de octubre de 1996, asuntos *Hoever y Zachow*, C-245/94 y C-312/94 (apartado 27). En particular, la reciente STJUE de 21 de junio de 2017, asunto *Martínez Silva*, C449/16, apartados 20 y 22, tras afirmar que una prestación puede considerarse como prestación de seguridad social si se concede a sus beneficiarios “al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales”, aclara que “el hecho de que una prestación se conceda o deniegue en función de los ingresos y del número de hijos no implica que su concesión dependa de una (...)”

del Reglamento CE 883/2004. De este modo, para determinar que se tratan de prestaciones de Seguridad Social y no de Asistencia Social<sup>30</sup>, el TJUE considera decisorio no el criterio de la fuente de financiación, sino el constituir un auténtico derecho subjetivo del solicitante que cumple determinados requisitos objetivos<sup>31</sup>.

### 3.1.2. REGLAS DE COORDINACIÓN DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

#### a) Principios generales

El Reglamento CE 883/2004 establece unas normas de coordinación de los sistemas de seguridad social basadas en seis principios generales que tienen por objeto garantizar la libre circulación, y que lógicamente afectan también a las prestaciones familiares, aunque todos ellos formulados con la reserva de que hubiera disposición en contrario del mismo Reglamento:

- Principio de igualdad de trato (artículo 4). Se prohíbe la discriminación directa e indirecta por razón de la nacionalidad en el acceso a beneficios y también en relación con las obligaciones derivadas. Por tanto, se reconoce que cualquier ciudadano europeo tiene derecho a acceder a prestaciones familiares en las

---

apreciación individual de las necesidades personales del solicitante, característica de la asistencia social, en la medida en que trata de criterios objetivos y legalmente definidos, que, tan pronto como concurren, hacen que nazca el derecho a la referida prestación”.

<sup>30</sup> La cuestión de la consideración de la ayuda familiar como prestación de seguridad social o prestación de asistencia social no es irrelevante, pues como señalábamos en ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Libre circulación, derecho de residencia y acceso a prestaciones de Seguridad Social”, en XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales: *Libre circulación de trabajadores en la UE. 30 años en la Unión*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 2016, por un lado, el artículo 7.b de la Directiva 2004/38/CE condiciona el derecho de residencia a no constituir “una carga para la asistencia social”, mientras que nada dice respecto de la Seguridad Social; y por otro la doctrina del propio TJUE (destacando especialmente la STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto *Brey*, C-140/12) que, basándose en el artículo 24 de la misma Directiva 2004/38/CE, ha admitido que las prestaciones de asistencia social (prestaciones especiales en metálico no contributivas) pueden denegarse si no se cumple con los requisitos para tener reconocido el derecho de residencia.

<sup>31</sup> Muy claramente, la STJUE de 21 de junio de 2017, asunto *Martínez Silva*, C449/16, apartados 21 y 24, considera que “el modo de financiación de una prestación y, en particular, el hecho de que su concesión o esté sujeta a ninguna obligación de cotizar carecen de importancia a efectos de su calificación como prestación de seguridad social”. Lo relevante es que “la prestación se conceda al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales del solicitante, en función de una situación legalmente definida”. En este mismo sentido, *vid.* la STJUE de 14 de junio de 2016, *Comisión v. Reino Unido*, C-308/14. Por su parte, la ficha informativa de la Comisión Europea de 13 de diciembre de 2016 *Question and Answer on the revision of social security coordination rules*, insiste en que la diferencia básica entre Seguridad Social y Asistencia Social es que el derecho a percibir las prestaciones de Seguridad Social (tanto contributivas como no contributivas) es reconocido legalmente a los ciudadanos que cumplen determinados requisitos, con independencia de cuál sea su situación económica, mientras que las prestaciones de Asistencia Social (que tiene como objetivo la lucha contra la pobreza y garantizar unos medios mínimos de subsistencia) se reconocen tras un examen individual del estado de necesidad del solicitante, y su cuantía depende de la situación económica y social del Estado y de su sostenibilidad financiera y presupuestaria.

mismas condiciones que los nacionales de cualquier Estado miembro. Sin embargo, el TJUE ha admitido la posibilidad de discriminaciones justificadas<sup>32</sup>.

- Principio de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos (artículo 5), según el cual para determinar los efectos jurídicos que atribuye la legislación de un Estado miembro tanto al disfrute de prestaciones de seguridad social o de otros ingresos como a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, se tendrán también en cuenta los adquiridos u ocurridos en virtud de la legislación de otro Estado, como si hubieran sido adquiridos u ocurridos en su propio territorio<sup>33</sup>. No obstante, en ningún caso supondría una excepción al principio de unicidad de legislación aplicable ni justificaría la acumulación de prestaciones<sup>34</sup>, sino que solo un Estado miembro abonaría la correspondiente prestación, aunque se cumplieran los requisitos para tener derecho a ello en más de uno.
- Principio de totalización de los períodos de cotización, empleo, actividad por cuenta propia o residencia (artículo 6), por el que cuando tales períodos han sido cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro también se tendrán en cuenta para el reconocimiento de la prestación y cálculo de su cuantía<sup>35</sup>. En realidad, se trataría de un supuesto especial de asimilación.

<sup>32</sup> La STJUE de 14 de junio de 2016, *Comisión v. Reino Unido*, C-308/14, considera que cuando la legislación británica exige el requisito de la residencia legal para tener acceso a unas determinadas prestaciones familiares genera una desigualdad de trato entre sus propios nacionales y los nacionales de los restantes Estados miembro, introduciendo una *discriminación indirecta*, entendida ésta como aquella que por su propia naturaleza puede afectar en mayor medida a los nacionales de otros Estados miembro que a los propios nacionales (*vid.* STJUE de 13 de abril de 2010, asunto *Bressol* y otros, C-73/08, apartado 41). Pero entiende dicha discriminación como *justificada*, en la medida en que, siguiendo jurisprudencia anterior (STJUE de 20 de junio de 2013, asunto *Giersch* y otros, C-20/12, apartado 46), es adecuada para garantizar la consecución de un objetivo legítimo y no va más allá de lo que es necesario para alcanzar ese objetivo. Y precisamente, el *objetivo legítimo* es la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida, especialmente como argumenta el TJUE en el caso de las personas procedentes de otros Estados miembros que no ejercen actividades económicas, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado.

<sup>33</sup> En este sentido, afirma CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009”, *op. cit.*, página 9, que se trata de una técnica jurídica que permite, para el cumplimiento de las condiciones establecidas en una norma nacional, la asimilación de aquellas condiciones análogas que hayan tenido lugar en el marco de un sistema legal o en un territorio foráneos, creando “la ficción jurídica” de que todos ellos tuvieron lugar en el territorio del Estado cuya legislación nacional resulta aplicable.

<sup>34</sup> Por ello, como precaución, el propio Reglamento CE 883/2004 precisa que la asimilación de hechos o acontecimientos que ocurran en un Estado miembro no puede en ningún caso otorgar competencia a otro Estado miembro o hacer que se aplique su legislación (Considerando 11). Así, teniendo en cuenta la proporcionalidad, debe procurarse que el principio de asimilación de hechos o acontecimientos no conduzca a resultados objetivamente injustificados ni a la acumulación de prestaciones del mismo tipo para un mismo período.

<sup>35</sup> Así, mediante la ficción de que tales períodos se han cumplido en el marco del sistema cuya legislación se está aplicando, que los computa como si fueran propios, se protegen los derechos en curso de adquisición de quien por el ejercicio de la libre circulación posee una carrera de seguro o residencia fraccionada (CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009”, *op. cit.*, páginas 10 y 11).

- Principio de exportabilidad de prestaciones en metálico (artículo 7, titulado Supresión de las cláusulas de residencia), conforme al cual tales prestaciones no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel. De este modo, cuando hay cambio de residencia se permite “exportar” y recibir sus prestaciones en efectivo en ese otro Estado miembro. No obstante, y respecto de las prestaciones familiares, hay casos en los que el cambio de residencia puede conllevar un cambio de la legislación aplicable al considerarse como legislación prioritaria la de otro Estado miembro que asumiría el abono de las mismas<sup>36</sup>.
- Principio de no acumulación de prestaciones (artículo 10), por el que no se podrá disfrutar de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo período de seguro obligatorio. Así, más que garantizar el principio de libre circulación lo que evita es la concurrencia injustificada de una pluralidad de prestaciones. Como veremos más adelante, la propuesta de reforma de los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, en materia de prestaciones familiares, introduce una excepción a este principio de no acumulación de prestaciones en relación con la categoría especial de prestaciones familiares en metálico sustitutivas de los ingresos durante el período de cuidado de hijo.
- Principio de unicidad de la legislación aplicable (artículo 11.1). En el mismo sentido que el anterior principio, las personas estarán sometidas a la legislación de un único estado miembro, evitando así la aplicación simultánea de varias normas<sup>37</sup>. Por ello, el Reglamento CE 883/2004 recurre a la técnica de la norma de conflicto para determinar la legislación aplicable, teniendo en cuenta que su finalidad no es solo evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales, sino también impedir que las personas se puedan ver privadas de protección en materia de Seguridad Social a falta de legislación que les resulte aplicable, cosa que condicionaría el ejercicio de la libre circulación<sup>38</sup>.

## b) Reglas específicas

<sup>36</sup> Vid. STJUE de 21 de febrero de 2008, asunto *Klöppel*, C-507/06.

<sup>37</sup> El Reglamento de coordinación se decanta como criterio determinante por el de la *lex loci laboris*, siendo el criterio del lugar de la residencia de los sujetos protegidos utilizado con carácter residual. No obstante, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Iustel*, núm. 32, 2012, página 16, sostiene que en relación con las prestaciones familiares dicho principio de unicidad de la legislación aplicable sufre una importante quiebra puesto que el capítulo 8 del Reglamento CE 883/2004 “contempla supuestos en los que las prestaciones familiares pueden ser reconocidas al amparo de más de una legislación”.

<sup>38</sup> En este sentido, *vid.* la STJUE de 14 de junio de 2016, *Comisión v. Reino Unido*, C-308/14 (apartados 65 y 67); la STJUE de 19 de septiembre de 2003, asunto *Brey*, C-140/12 (apartado 41) y STJUE de 11 de noviembre de 2014, asunto *Dano*, C-333/13 (apartado 89), que recuerdan que el Reglamento CE 883/2004, como norma de conflicto, no tiene por objeto determinar los requisitos materiales para que exista el derecho a las prestaciones de Seguridad Social, cosa que en principio corresponde a la legislación nacional aplicable. Por ello, no instituye un régimen común de Seguridad Social, sino que deja subsistir los distintos regímenes nacionales y su único objetivo es articular la coordinación entre éstos a fin de garantizar el ejercicio efectivo de la libre circulación de personas.

El Capítulo 8 del Reglamento CE 883/2004 contempla unas disposiciones específicas para la coordinación de las prestaciones familiares y para la determinación de cuál es el Estado miembro competente<sup>39</sup> para su reconocimiento y abono.

b.1) Asimilación de la residencia de los familiares en otro Estado miembro

El artículo 67 (Miembros de la familia residentes en otro Estado miembro) singulariza y concreta para las prestaciones familiares el principio general de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos del artículo 5 al que ya nos hemos referido (vid. supra), al reconocer que cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente con independencia de que los familiares causantes de las mismas residan en otro Estado miembro. De este modo, a efectos del reconocimiento y cálculo de las prestaciones familiares se asimila la residencia de algún miembro de la familia en otro Estado miembro a la residencia en el Estado miembro competente, impidiendo, en aras a garantizar el principio de libre circulación, que se pueda hacer depender la concesión o la cuantía de las prestaciones familiares del requisito de la residencia de los miembros de la familia del trabajador en el Estado que las reconoce y abona<sup>40</sup>.

b.2) Normas de prioridad en caso de acumulación de prestaciones

Las normas generales sobre legislación aplicable (Título II del Reglamento CE 883/2004) reconocen la preeminencia aplicativa de la ley del lugar de trabajo (*lex loci laboris*)<sup>41</sup>. Pero el principio de unicidad de la legislación aplicable garantiza también la

<sup>39</sup> Se entiende por “Estado miembro competente” el Estado miembro en el que se encuentra la “institución competente”, esto es, la institución a la cual el interesado esté afiliado en el momento de la solicitud de prestaciones, de la cual tenga derecho a obtener prestaciones por residencia en el Estado miembro donde se encuentra la prestación, o simplemente la designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate (vid. artículos 1.q y 1.s del Reglamento CE 883/2004).

<sup>40</sup> En cualquier caso, esta equiparación o asimilación no constituye un supuesto de exportabilidad. En este sentido, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?”, *op. cit.*, página 8, advierte que aunque el Estado competente haya de abonar prestaciones familiares por hijos residentes en otros Estados miembros cuando proceda, no estamos ante un supuesto de exportación de prestación en sentido estricto, previsto para los casos en los que el sujeto causante de la prestación traslada su residencia a otro Estado miembro, debiendo el Estado competente seguir abonándole en el extranjero la prestación que había causado conforme a la legislación nacional.

<sup>41</sup> Esto supone que si existe una relación laboral y una vinculación jurídica a un sistema de Seguridad Social por tal causa, normalmente esa *lex loci laboris* determina la legislación aplicable o competente para abonar, en su caso, prestaciones familiares. No obstante, CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009”, *op. cit.*, página 23, recuerda que se trata de una conexión que responde a una visión tradicional, profesional y contributiva de la Seguridad Social, que choca con el carácter no contributivo y universalista de muchas de las prestaciones familiares en juego. De ahí que se hicieran propuestas para vincular a la *lex loci laboris* al reconocimiento de prestaciones contributivas cuya cuantía pretende reemplazar ingresos profesionales, debiéndose hacer cargo la ley del lugar de residencia (*lex loci domicilii*) de prestaciones que tienden a compensar gastos extras o cargas familiares desconectadas de la posible actividad profesional del beneficiario (como ocurre con la mayoría de las prestaciones familiares). Pero tales propuestas no han prosperado, manteniéndose el lugar de residencia del beneficiario como un criterio residual y de los familiares como un criterio subsidiario de determinación de la ley aplicable, puesto que los Estados miembros se resisten a hacerse cargo de prestaciones sin haber percibido previamente las cotizaciones del beneficiario.

no acumulación de prestaciones familiares. No obstante, hay veces que concurren “potencialmente” legislaciones de varios Estados miembros, y por ello, para determinar la ley nacional aplicable en el caso de las prestaciones familiares es necesario recurrir a las reglas de prioridad que establece el artículo 68, operando como auténtica norma de conflicto<sup>42</sup>.

Estas reglas de prioridad en caso de acumulación están previstas para los casos en los que “dentro del mismo período” y para “los mismos miembros de la familia” se prevean prestaciones familiares con arreglo a la legislación de más de un Estado miembro, distinguiendo si ello se produce “por conceptos diferentes” (esto es, bien por actividad profesional, bien por tener derecho a una pensión o bien por residencia) o “por el mismo concepto” (por ejemplo, en el caso de concurrencia de prestaciones familiares únicamente por el desempeño de una actividad profesional)<sup>43</sup>.

En el supuesto de que las prestaciones familiares debidas por más de un Estado miembro sean por conceptos diferentes el orden de prioridad establecido por el artículo 68.1.a será el siguiente:

- 1) Los derechos adquiridos por una actividad profesional, esto es por el desempeño de una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia. No obstante, a estos efectos se han asimilado a actividad profesional los períodos de interrupción o suspensión de la misma. En concreto, la Decisión F1 de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (CACSSS) de 21 de junio de 2009, relativa a la interpretación del artículo 68 del Reglamento CE 883/2004, sobre normas de prioridad en caso de acumulación de prestaciones familiares (DOCE de 24 de abril de 2010), aclara expresamente que se consideraran derechos adquiridos con motivo de una actividad por cuenta ajena o propia también los adquiridos durante cualquier período de suspensión temporal de dicha actividad por enfermedad, maternidad, accidente laboral, enfermedad profesional o desempleo (siempre que por estos conceptos se perciban salarios o prestaciones, excluidas las pensiones); por permiso retribuido, huelga o cierre patronal; y por permiso no retribuido para la educación de los hijos<sup>44</sup>. De este modo, se pone de manifiesto cómo las normas

<sup>42</sup> En caso de concurrencia de derechos a prestaciones familiares, el propio Reglamento CE 883/2004 justifica la necesidad de normas que establezcan la prioridad aplicativa (Considerando 36): con objeto de evitar la acumulación injustificada de prestaciones, es preciso establecer normas de prioridad en caso de concurrencia de derechos a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente y con arreglo a la legislación del Estado miembro de residencia de los miembros de la familia.

<sup>43</sup> Se ha criticado la redacción de este artículo 68 del Reglamento CE 883/2004 por confusa y oscura, lo que sin duda provoca problemas aplicativos de estas normas *anticúmulo* (como también han sido denominadas por la doctrina). Así, por ejemplo, la misma distinción entre “conceptos diferentes” y “mismo concepto” es problemática y requiere una interpretación adicional. Como recuerda SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “La coordinación de las prestaciones familiares en el nuevo Reglamento 883/2004”, en VV.AA. (dir. C. Sánchez-Rodas Navarro): *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2010, páginas 340 y 341, dicha distinción no puede estar referida a las características o naturaleza de la prestación nacional en litigio (por nacimiento, adopción, orfandad, discapacidad, número de hijos...), sino por razón del desarrollo de una actividad profesional, de su consideración como pensionista o de su residencia.

<sup>44</sup> Para la mencionada Decisión F1 de la CACSSS es importante saber qué otros períodos cuentan como actividad por cuenta ajena o propia para establecer el orden de prioridad en caso de acumulación. En este sentido, advertiría cómo las legislaciones de algunos Estados miembros (...)

de coordinación premian la contributividad y consideran que el Estado donde trabaja y normalmente cotiza el trabajador debe hacerse cargo prioritariamente de estas prestaciones familiares<sup>45</sup>.

- 2) Los derechos adquiridos con motivo del cobro de una pensión. Regla secundaria en la que también se prima el esfuerzo contributivo, pues el cobro de una pensión refleja normalmente una cotización previa.
- 3) Los derechos adquiridos por razón de la residencia. Al interpretar esta regla conforme lo previsto en el artículo 67, se entiende que se refiere a la residencia del beneficiario, que no ha de ser necesariamente la misma que la de los hijos.

Por otro lado, si se trata de prestaciones familiares debidas por más de un Estado miembro por el mismo concepto, lógicamente ya no sirven las reglas de prioridad anteriores, por lo que se recurren a reglas adicionales en las que como norma general prevalece el lugar de residencia de los hijos para determinar qué Estado miembro abonará la correspondiente prestación. No obstante el artículo 68.1.b precisa cuales son las reglas específicas de prioridad, distinguiendo por “conceptos”.

- En primer lugar, en el caso de concurrencia de derechos adquiridos en varios Estados miembros con motivo de una actividad profesional (por cuenta ajena o por cuenta propia, o durante los períodos de suspensión e interrupción asimilados), será prioritario:

- 1) El del lugar de residencia de los hijos; lógicamente, siempre y cuando sea también el lugar donde se realiza una actividad profesional.
- 2) Subsidiariamente, cuando por ejemplo los hijos no residan en ningún Estado miembro donde desempeñan su actividad profesional los progenitores, el que reconozca el importe superior de las prestaciones familiares previstas por las legislaciones en conflicto<sup>46</sup>.

---

disponían que los períodos de suspensión o interrupción de la actividad real por cuenta ajena o propia por vacaciones, desempleo, incapacidad laboral transitoria, huelga o cierre patronal sean tratados como períodos de actividad por cuenta ajena o propia para causar derecho a prestaciones familiares, o bien a períodos de inactividad que den lugar, cuando proceda, como tales o como resultado de una actividad previa por cuenta ajena o propia, al pago de prestaciones familiares (*vid. Considerando 1 y 2*).

<sup>45</sup> *Vid. CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009”, op. cit., página 33, para quien hubiera sido más sencillo hablar del “Estado de aseguramiento a un sistema de Seguridad Social de quien realiza una actividad profesional”.*

<sup>46</sup> Tanto en este supuesto en el que los hijos no residan en un Estado miembro donde los progenitores realicen una actividad profesional, como en el supuesto, que a continuación veremos, en el que los hijos no residan en un Estado miembro del que se cobra la pensión, el artículo 58 del Reglamento CE 987/2009 ofrece una regla interpretativa. En concreto, dispone que cuando la residencia de los hijos no permita determinar el orden de prioridad: 1) cada Estado miembro interesado calculará el importe de las prestaciones incluyendo a los hijos que no residan en su territorio; 2) la institución del Estado miembro cuya legislación disponga el importe de las prestaciones más elevado concederá este importe íntegro; y 3) la institución competente del otro Estado miembro reembolsará la mitad de dicho importe, dentro del límite del importe previsto por la legislación de este último Estado miembro. Respecto de esta última regla, la de que otro estado miembro abone la mitad del importe, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “La coordinación de las prestaciones familiares en el nuevo (...)”

- En segundo lugar, en el caso de concurrencia de derechos adquiridos en varios Estados miembros con motivo del cobro de pensiones, será prioritario:

- 1) El del lugar de residencia de los hijos, aunque de forma análoga a lo que sucedía en el anterior supuesto, “a condición de que exista pensión pagadera con arreglo a dicha legislación”.
- 2) Subsidiariamente, si procede, el más largo de los períodos de seguro o de residencia previstos por las legislaciones en conflicto.

- Y por último, en el caso de concurrencia de derechos adquiridos en varios Estados miembros por residencia, la legislación aplicable prioritaria será la del lugar de residencia de los hijos.

### b.3) El complemento diferencial

El artículo 68.2 del Reglamento CE 883/2004, tras admitir la posibilidad de concurrencia de derechos a más de una prestación familiar, reitera que solo se concederá efectivamente la prestación familiar con arreglo a la legislación que, conforme a las anteriores reglas, haya sido determinada como prioritaria. Como consecuencia quedará suspendido el derecho a prestaciones familiares en virtud de cualquier otra legislación concurrente hasta el importe previsto en la primera legislación, estableciendo que cuando sea necesario se otorgará un complemento diferencial correspondiente a la cuantía que supere dicho importe<sup>47</sup>. De este modo, aunque la identificación de la legislación prioritaria implica la suspensión de la aplicación de las restantes legislaciones, dicha suspensión puede ser total o parcial en función de la cuantía de las prestaciones concurrentes<sup>48</sup>. Así, este complemento diferencial, que también fue reconocido jurisprudencialmente<sup>49</sup>, implica que la persona beneficiaria de prestaciones familiares tendrá derecho del Estado cuya legislación también le sea aplicable, pero no con carácter prioritario, a que le abone la diferencia entre la prestación reconocida por la legislación prioritaria y la que le hubiera correspondido de haberle sido aplicable únicamente la legislación no prioritaria<sup>50</sup>.

---

Reglamento 883/2004”, *op. cit.*, página 343, subraya cómo choca en principio frontalmente con el reconocimiento del derecho a un complemento diferencial a cargo de la legislación que siendo aplicable no sea preferente.

<sup>47</sup> No obstante, no será obligatorio otorgar este complemento diferencial para los hijos que residan en otro Estado miembro cuando el derecho a la prestación de que se trate se funde exclusivamente en la residencia.

<sup>48</sup> La suspensión no será total, sino parcial, cuando la prestación suspendida posea una cuantía superior a la reconocida por la legislación no prioritaria, pues en ese caso, se prevé que la legislación no prioritaria abone ese complemento por la diferencia. El problema estriba en que, como recuerda CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009”, *op. cit.*, páginas 39 y 40, si las prestaciones familiares fueran idénticas la comparación sería bien sencilla, pero sin embargo los Estados miembros siguen esquemas muy diversos de protección, lo que introduce una gran complejidad.

<sup>49</sup> STJUE de 19 de febrero de 1981, asunto *Beck*, 104/80; STJUE de 10 de julio de 1986, asunto *Luijten*, 60/85; STJUE de 8 de noviembre de 1990, asunto *Dammer*, C-168/88; y STJUE de 7 de julio de 2005, asunto *Weide*, C-153/03.

<sup>50</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?”, *op. cit.*, página 15.

#### b.4) Procedimiento de tramitación por el Estado miembro no prioritario

El artículo 68.3 establece el procedimiento específico para tramitar las prestaciones familiares que sean solicitadas a la institución competente de un Estado miembro cuya legislación sea aplicable pero no prioritaria: 1) trasladará la solicitud sin dilación a la institución competente del Estado miembro cuya legislación sea aplicable y prioritaria; 2) informará de ello al interesado; 3) otorgará, si fuere necesario el complemento diferencial; y 4) la institución del Estado miembro cuya legislación sea aplicable y prioritaria tramitará la solicitud como si le hubiera sido presentada directamente. Este procedimiento de tramitación es regulado por el artículo 60 del Reglamento CE 987/2009.

#### b.5) Abono a persona distinta del beneficiario

Con una clara finalidad tuitiva y buscando que las prestaciones se destinen efectivamente a la protección familiar, el artículo 68.bis dispone que si la persona a la que deben abonarse las prestaciones familiares (el beneficiario) no las destina al mantenimiento de los miembros de la familia, la institución competente las abonará (con efecto liberatorio) a la “persona física o jurídica que tenga efectivamente a su cargo a los miembros de la familia” a instancia y por mediación de la institución competente.

#### b.6) Prestaciones familiares complementarias y prestaciones especiales de orfandad

Cuando no se haya adquirido derecho a prestaciones familiares complementarias o prestaciones especiales de orfandad conforme a la legislación aplicable según las reglas del artículo 68, tales prestaciones serán concedidas por defecto y como complemento a otras prestaciones familiares adquiridas con arreglo a la legislación aplicable, por “la legislación del Estado miembro a la que el trabajador fallecido hubiera estado sujeto durante más tiempo, en la medida en que hubiere adquirido el derecho con arreglo a dicha legislación”, y si no existiese “se examinarán las condiciones de adquisición de tal derecho en virtud de las legislaciones de los demás Estados miembros y se concederán prestaciones en orden decreciente de duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos con arreglo a la legislación de dichos Estados”.

### 3.1.3. PROBLEMAS Y DISFUNCIONALIDADES

Con el Reglamento CE 883/2004 no se alcanzaron todos los objetivos esperados de simplificación y racionalización de la coordinación de las prestaciones familiares de seguridad social<sup>51</sup>. Se constata la complejidad de las normas de coordinación de las prestaciones familiares y las dificultades aplicativas que encuentran. Los servicios de la Comisión Europea elaboraron un documento de trabajo<sup>52</sup> que acompañaba la propuesta de reforma para evaluar el impacto de su aplicación, el Impact Assessment Report, SWD (2015) 460 final, de 13 de diciembre de 2016: Iniciativa para la revisión parcial del Reglamento CE 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación

<sup>51</sup> Esta es una de las conclusiones de SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?”, *op. cit.*, páginas 25 y 26, para quien quizás sea ya el momento de comenzar a plantear de *lege ferenda* la necesidad de superar la coordinación y buscar nuevas bases jurídicas sobre las que sustentar una futura e hipotética armonización.

<sup>52</sup> Disponible en el enlace (fecha de consulta: 04/05/2017): [https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXV/EU/12/69/EU\\_126984/imfname\\_10680897.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXV/EU/12/69/EU_126984/imfname_10680897.pdf)

de los sistemas de seguridad social y su Reglamento de aplicación CE 987/2009, en el que se evaluaba la situación actual de los sistemas de coordinación y, en particular, se identificaban algunos problemas derivados del actual sistema de coordinación de las prestaciones familiares de la seguridad social. Los principales problemas detectados eran<sup>53</sup>:

- La falta de correlación entre la cuantía de las prestaciones exportadas y los costes ocasionados por la crianza de un hijo en el Estado de residencia del menor.
- El riesgo de que las normas que tienen por objeto impedir la acumulación de prestaciones familiares desincentiven el que, cuando ambos progenitores son “económicamente activos” (trabajadores), sean tanto el padre como la madre los que compartan las responsabilidades de la crianza de los hijos (corresponsabilidad familiar). Como veremos, el principal problema es que las prestaciones familiares vinculadas a una actividad profesional son prestaciones más “centradas en los progenitores” que en la unidad familiar.
- Retrasos en el trámite de las solicitudes de prestaciones familiares.

En la identificación de los problemas aplicativos del Reglamento CE 883/2004 hay que destacar los resultados que ofrece el estudio Analytical Report 2015: Assessment of the impact of amendments to the EU social security coordination rules on export of family benefits, realizado en el seno de la Red de Expertos Jurídicos (FreSsco)<sup>54</sup>. De esta manera se ponen de relieve las siguientes disfuncionalidades.

#### a) Heterogeneidad de las prestaciones familiares en metálico

Dejando a un lado las prestaciones familiares en especie, nos encontramos con diversos y muy diferentes tipos de prestaciones familiares en metálico. Incluso algunos

<sup>53</sup> *European Commission impact assessment*, SWD(2016)460. Vid. también el Informe del Parlamento Europeo “Coordinación de los sistemas de Seguridad Social” (serie *Implementation Appraisals*) de enero de 2017, páginas 4 y 5. Previamente, la Comisión Europea había llevado a cabo entre julio y octubre de 2015 una *consulta pública* sobre la coordinación de la seguridad social de la UE. Esta consulta se basó en la revisión del Reglamento 883/2004 y el Reglamento 987/2009 y se utilizó para recopilar datos sobre el funcionamiento de las normas comunitarias para la coordinación, entre otras, de las prestaciones familiares. Dicha encuesta reveló que: 1) mostraban satisfacción con las reglas actuales de coordinación un 37 por 100 de respuestas individuales y un 51 por 100 de las respuestas de organizaciones consultadas; 2) consideraban necesario mejorar la aplicación práctica de las normas de coordinación un 60 por 100 de las respuestas individuales y un 64 por 100 de las respuestas de las organizaciones consultadas; y 3) consideraban que era suficiente con aclaraciones y una mejor explicación de la aplicación práctica de las reglas el 62 por 100 de las respuestas individuales y el 79 por 100 de las respuestas de las organizaciones consultadas (*vid. European Commission public consultation summary*, 2015). Los resultados de dicha consulta pública mostraron también, en lo que respecta a las prestaciones familiares, algunas propuestas de mejora que hacían los encuestados, como por ejemplo, el facilitar la comunicación entre las autoridades nacionales, una mayor claridad y sencillez de las disposiciones legales y la introducción de un número único europeo de seguridad social.

<sup>54</sup> SPIEGEL, B. (ed.), CARRASCOSA BERMEJO, D., HENBERG, A. and STRBAN, G.: *Assessment of the impact of amendments to the EU social security coordination rules on export of family benefits*, Analytical Report 2015, Free Movement of Work and Social Security Coordination (FreSsco), Comisión Europea, junio 2015. Disponible en el enlace de FreSsco (fecha de consulta: 04/05/2017): <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=1098>

tienen la consideración de prestaciones de Seguridad Social mientras que otras son calificadas como prestaciones de Asistencia Social. Pues bien, la misma jurisprudencia del TJUE (vid. supra, 3.1.1) no sólo ha considerado como “prestaciones familiares” incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento CE 883/2004 (artículo 3.1) a las prestaciones familiares tradicionales sino también otras ayudas, beneficios y prestaciones que tienen como finalidad compensar por los gastos que conlleva formar una familia o por la pérdida de ingresos derivados. Esto incluye a una serie de beneficios y prestaciones que tienen pocos elementos en común pero que tienen como objetivo principal el compensar (aunque sea parcialmente) por los gastos familiares. Entre éstas se pueden destacar: 1) las prestaciones por crianza o cuidado de hijo que tienen como beneficiario a la persona que se dedica al cuidado del hijo para compensarle así por los ingresos que deja de percibir durante dicho período<sup>55</sup>; 2) las prestaciones familiares en forma de bonificaciones fiscales<sup>56</sup>; 3) una ayuda por cuidado de hijo en el hogar cuando no dispone de guarderías o jardines de infancia públicos<sup>57</sup>; o también 4) los anticipos de las pensiones alimenticias<sup>58</sup> y las prestaciones económicas por nacimiento o adopción de hijo<sup>59</sup> (actualmente, ambas prestaciones están expresamente excluidas de la definición de “prestación familiar” que contempla el artículo 1.º del Reglamento CE 883/2004, y por tanto, fuera de su ámbito de aplicación). En cualquier caso, esta diversidad y heterogeneidad de prestaciones familiares dificulta enormemente el conocimiento exacto de las prestaciones que deben coordinarse y de las que escapan al ámbito de aplicación material del Reglamento.

b) Universalización: la extensión del campo de aplicación personal con la inclusión de los “económicamente no activos”

Con el Reglamento CE 883/2004 se concluye la extensión del campo subjetivo de aplicación a todas las personas aseguradas, al incluir también a las personas no activas. Sin embargo las normas de coordinación de las prestaciones familiares siguen en muchos casos respondiendo a la antigua lógica, dando prioridad a la situación de las personas activas. Así, por ejemplo, la *lex loci laboris* no puede ser aplicable a las personas no activas, por lo que tanto los principios generales como la aplicación de los mismos, pueden tener un desarrollo dual y no uniforme según se trate de personas

<sup>55</sup> Vid. STJUE de 10 de octubre de 1996, asunto *Hoever y Zachow*, asuntos C-245/94 y C-312/94; STJUE de 11 de junio de 1998, asunto *Kuusijärvi*, C-275/96; STJUE de 7 de julio de 2005, asunto *Weide*, C-153/03; STJUE de 7 de junio de 2005, asunto *Dodl y Oberhollenzer*, C-543/03; y STJUE de 8 de mayo de 2014, asunto *Wiering*, C-347/12.

<sup>56</sup> STJUE de 24 de octubre de 2013, asunto *Lachheb*, C-177/12, que reconoce como determinados beneficios fiscales constituyen al mismo tiempo prestaciones de Seguridad Social, o la misma STJUE de 14 de junio de 2016, *Comisión v. Reino Unido*, C-308/14, que igualmente considera prestación familiar de Seguridad Social un crédito fiscal por hijo a cargo (*child tax credit*) regulado por *Tax Credit Act* de 2002. Sobre las prestaciones familiares de naturaleza fiscal, vid. SPIEGEL, B (ed), DAXKOBLE, K., STRBAN G. y VAN DER MEI, A.P.: *Analytical report 2014: The relationship between social security coordination and taxation law*, FreSsco, Comisión Europea, enero, 2015.

<sup>57</sup> STJUE de 7 de noviembre de 2002, asunto *Maaheimo*, C-333/00.

<sup>58</sup> STJUE de 15 de marzo de 2001, asunto *Offermans*, C-85/99; STJUE de 5 de febrero de 2002, asunto *Humer*, C-255/99; y STJUE de 20 de enero de 2005, asunto *Effing*, C-302/02.

<sup>59</sup> Vid. STJUE de 31 de mayo de 2001, asunto *Leclere y Deaconescu*, C-43/99, que reconoce que este tipo de prestación familiar por nacimiento o adopción de hijo hubiera estado incluida en el ámbito del anterior Reglamento CEE 1408/71 si Luxemburgo no lo hubiese excluido expresamente.

activas o no activas<sup>60</sup>. Esto puede causar cierta tensión entre derechos de la ciudadanía europea y derechos de las personas económicamente activas.

#### c) Cálculo del complemento diferencial

En los casos de acumulación de derechos se plantean numerosas dudas. En particular, el principal problema reside en si este complemento diferencial ha de calcularse para (1) el total de las prestaciones familiares en conjunto o (2) sólo para prestaciones por el mismo concepto. El TJUE se ha pronunciado a favor de esta segunda alternativa<sup>61</sup>. Otro problema aún sin resolver es si este cálculo del complemento diferencial debe hacerse por familia o por hijo (lo que podría también conducir a resultados totalmente diferentes).

#### d) Dudas sobre las prestaciones familiares en especie

El artículo 1.z del Reglamento CE 883/2004 incluye también dentro del concepto de “prestación familiar” a las prestaciones en especie. Sin embargo la aplicación de las normas de coordinación a las mismas no son lo suficientemente claras. En principio se le aplican las reglas generales de coordinación de las prestaciones familiares. No obstante, hay situaciones en las que se plantean dudas, como las referidas a la exportabilidad de las prestaciones familiares en especie (pues el artículo 7 del Reglamento CE 883/2004 solo reconoce expresamente la exportabilidad respecto de las prestaciones en metálico). Es cierto que es difícil imaginar la exportación de ayudas familiares en especie (como por ejemplo, libros escolares, comedores escolares o servicio de transporte escolar gratuitos) a otros Estados miembros, pero sí que se podría plantear la posibilidad de una obligación de reembolso de los gastos realizados por tales motivos fuera del Estado miembro competente.

#### e) Dudas sobre los miembros que componen la unidad familiar

En sus orígenes, las prestaciones familiares se reconocían exclusivamente a la familia tradicional compuesta por los padres y los hijos, que conformaban el núcleo de imputación normativa de tales derechos. Los cambios en las estructuras familiares ha modificado radicalmente esta situación. En determinadas ocasiones es muy complicado decidir quiénes tienen la consideración de miembros de la familia. El TJUE ha ido incorporando nuevas situaciones familiares que también dan derecho a prestaciones familiares (por ejemplo, en los casos de padres divorciados<sup>62</sup>). De esta forma se amplía el ámbito subjetivo de las prestaciones familiares al incluir a otros miembros. Sin embargo, hay dudas sobre si la definición de “miembro de la familia” que aporta el artículo 1.i del Reglamento CE 883/2004 es lo suficientemente clara<sup>63</sup>. De este modo, se

<sup>60</sup> GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C.: “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2004, página 55, aunque admite que esa inclusión en los Reglamentos de las personas no activas dinamita la vinculación laboral de las normas de coordinación y abre nuevas opciones dirigidas, fundamentalmente, a la protección del ciudadano como tal (y no como trabajador).

<sup>61</sup> STJUE de 8 de mayo de 2014, asunto *Wiering*, C-347/12.

<sup>62</sup> STJUE de 26 de noviembre de 2009, asunto *Slanina*, C-363/08.

<sup>63</sup> Como regla general, y sin perjuicio de que la legislación de un Estado miembro pueda distinguir entre miembro de la familia y otras personas designadas como miembro del hogar, se considera como miembros de la familia: “el cónyuge, los hijos menores de edad y los hijos mayores de edad a cargo”.

plantea el problema de si la definición actual incluye nuevas formas de familia que sólo son reconocidas por las legislaciones de algunos Estados miembros (como por ejemplo, los matrimonios homosexuales).

f) Problemas políticos y económicos. La desigual carga financiera que soportan los Estados miembros

Es evidente que las cuantías de las prestaciones familiares pueden diferir notablemente de unos Estados miembros a otros y que la estricta aplicación del principio de libre circulación puede acarrear consecuencias económicas y financieras negativas para algunos de ellos. Surge el debate de la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social y de si es justo el modelo de reparto de las cargas. De este modo, en un contexto generalizado de crisis económica y financiera que afecta a los Estados miembros de la UE se constata una tendencia hacia la contención de los sistemas de protección social, y en particular de la Seguridad Social, por lo que los sistemas nacionales aplican medidas específicas para restringir el acceso a prestaciones sociales, en particular a ciudadanos de otro Estado miembro. Paralelamente, la jurisprudencia del TJUE ha ido evolucionando hacia una interpretación restrictiva a la hora de reconocer el derecho de acceso a determinadas prestaciones sociales cuando suponga una carga excesiva para un Estado miembro, inicialmente para el sistema de asistencia social<sup>64</sup>, pero a partir de la STJUE de 14 de junio de 2016, *Comisión v. Reino Unido*, C-308/14, también en relación con prestaciones familiares de Seguridad Social<sup>65</sup>. A nivel político, era evidente la incomodidad que la aplicación del principio de libre circulación provocaba en algunos Estados miembros, como el Reino Unido, que finalmente optó por el Brexit. Pero con anterioridad a su salida ya se habían tomado decisiones que intentarían solucionar esos problemas. Son de destacar las Conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo en la reunión del 18 y 19 de febrero de 2016, que entre otras, incluían una Declaración de la Comisión sobre cuestiones relacionadas con el abuso del derecho de libre circulación de personas (Anexo VII) y una Decisión del Consejo Europeo relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido (Anexo I) que incluía un apartado específico sobre Prestaciones sociales y libre circulación (Sección D) en el que se manifestaba que “los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros, que el Derecho de la Unión coordina pero no armoniza, están estructurados de manera diversa, y esto puede por sí mismo atraer a trabajadores de determinados Estados miembros”, por lo que “es legítimo tener en cuenta esta situación y contemplar, tanto a escala de la Unión como nacional, y sin crear discriminaciones directas o indirectas injustificadas, medidas que limiten los flujos de trabajadores de una escala tal que generen efectos negativos tanto para los Estados miembros de origen como para los de destino”. La

<sup>64</sup> Entre otras, STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto *Brey*, C-140/12; STJUE de 11 de noviembre de 2014, asunto *Dano*, C-333/13; STJUE de 15 de septiembre de 2015, asunto *Alimanovic*, C-67/14; o STJUE de 25 de febrero de 2016, asunto *García-Nieto*, C-299/14. En todos estos casos se confirma que *el Estado miembro de acogida puede denegar prestaciones de asistencia social a nacionales de otros Estados miembro que no tengan derecho de residencia conforme a la Directiva 2004/38/CE*, y en particular, en relación con ciudadanos de la UE económicamente no activos, por constituir una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida en caso de estancias de menos de 3 meses (artículos 6 y 14.1), o si no disponen, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social, ni de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos, en caso de residencia de más de 3 meses (artículos 7.1.c y 14.2).

<sup>65</sup> *Vid.* ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Libre circulación, derecho de residencia y acceso a prestaciones de Seguridad Social”, *op. cit.*, 2016.

salida del Reino Unido de la Unión Europea ha dejado finalmente sin efecto tales medidas, pero es interesante señalar que expresamente estaba prevista una revisión del principio de libre circulación (artículo 45 del TFUE), en el sentido de reconocer que el mismo puede estar sujeto a limitaciones, además de por las consabidas razones de orden público, seguridad pública o salud pública, por imperiosas razones de interés general, tales como fomentar la contratación, reducir el desempleo, proteger a los trabajadores o la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social. En el mismo sentido, destacaba la estricta aplicación de la Directiva 2004/38/CE, condicionando el derecho de las personas económicamente no activas a residir en el Estado miembro de acogida a que dispongan para sí y los miembros de su familia de recursos suficientes para no convertirse en una carga para su sistema de asistencia social, y de que dispongan de un seguro de enfermedad con cobertura total. Si bien ya no por el Reino Unido, tales medidas pueden ser exigidas por otros Estados miembros de la Unión Europea que ven peligrar la sostenibilidad de sus sistemas de Seguridad Social.

g) Problema específico. La disfuncionalidad en la aplicación del principio de no acumulación a las prestaciones familiares vinculadas a una actividad profesional

La aplicación de las normas de coordinación en el caso de prestaciones familiares reconocidas con motivo de una actividad profesional puede dar lugar a situaciones problemáticas. Las reglas de prioridad establecidas por el artículo 68.1.b para el caso de concurrencia de legislaciones aplicables pueden conducir a resultados no deseados. El mencionado documento Analytical Report 2015 propone un ejemplo paradigmático para ilustrar los disfuncionalidades que pueden provocar las actuales reglas de prioridad, como norma de conflicto común a todas las prestaciones familiares, en el caso de determinadas prestaciones familiares vinculadas al trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia.

Ejemplo: los Estados miembros A y B reconocen a la persona que interrumpe su actividad profesional para dedicarse al cuidado de su hijo una “prestación familiar por crianza de hijo”. La cuantía de esa prestación por crianza de hijo es un 60 por 100 de los ingresos dejados de percibir en el Estado miembro A, mientras que es de un 80 por 100 en el Estado miembro B. Además el Estado miembro A reconoce una prestación familiar a tanto alzado para las personas no activas en el momento de iniciar el período de crianza del hijo. Una familia reside en el Estado miembro A. El padre trabaja en el Estado miembro A, mientras la madre trabaja en el Estado miembro B como trabajadora transfronteriza. La madre, después de disfrutar del correspondiente permiso por maternidad, es la que se dedica al cuidado del hijo.

Conforme a las reglas de prioridad que hemos analizado, se trataría de un supuesto de concurrencia de dos legislaciones aplicables para esa unidad familiar por el mismo concepto: actividad profesional. De este modo, el lugar de residencia del hijo determina que la legislación del Estado miembro A sea prioritaria (aunque quien efectivamente cuide al hijo sea la madre y por su actividad profesional haya estado sujeta a la legislación del Estado miembro B, la legislación de éste no sería prioritaria), y por tanto el Estado miembro A reconocería una prestación por crianza de hijo por una cuantía del 60 por 100 de los ingresos dejados de percibir, mientras que el Estado miembro B debería abonar un complemento diferencial del 20 por 100 para alcanzar el 80 por 100 previsto en su legislación. Nos encontramos así con situaciones paradójicas.

### 3.2. PROPUESTA DE REFORMA: LA INTRODUCCIÓN DE REGLAS DE COORDINACIÓN ESPECÍFICAS PARA PRESTACIONES ECONÓMICAS SUSTITUTIVAS DE INGRESOS DURANTE LOS PERÍODOS DE CUIDADO DE HIJOS

Tanto el Reglamento CE 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social; como el Reglamento CE 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento CE 883/2004, han sido objeto de una propuesta de modificación por parte de la Comisión Europea de 13 de diciembre de 2016.

El comunicado de prensa de la Comisión Europea de 2016 simultáneo a la presentación de la propuesta de modificación del Reglamento CE 883/2001, no cita expresamente entre los cuatro ámbitos que pretende actualizar el de las prestaciones familiares. Tales ámbitos eran (1) las prestaciones por desempleo, (2) las prestaciones asistenciales de duración determinada, (3) el acceso de ciudadanos económicamente inactivos a las prestaciones sociales y (4) la coordinación de la seguridad social en el caso de trabajadores desplazados. Respecto a las prestaciones familiares, únicamente se limita a precisar que la propuesta “no modifica las normas actualmente en vigor sobre la exportación de las prestaciones por hijo a cargo”, recordando que en la Unión Europea son menos del 1 por 100 las prestaciones por hijo a cargo que se exportan de un Estado miembro a otro. Igualmente señala que “no está previsto indexar las prestaciones por hijo a cargo”. Por ello, el país en el que trabajen los padres sigue siendo responsable del pago de dichas prestaciones, y su importe no se puede ajustar si el hijo reside en otro país.

Sin embargo, la propuesta de modificación de la Comisión Europea de 13 de diciembre de 2016, sí que manifiesta expresamente en su Exposición de Motivos que uno de los cuatro ámbitos de coordinación que es necesario mejorar es el de las prestaciones familiares (junto a los relativos al acceso de los ciudadanos que no ejercen actividad económica a las prestaciones sociales, las prestaciones por cuidados de larga duración y las prestaciones por desempleo), todo ello en un contexto de modernización de la coordinación de los sistemas de seguridad social que facilite el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al mismo tiempo que se garantiza “una distribución justa y equitativa de la carga financiera de los Estados miembros”.

En cualquier caso, dicha propuesta de reforma no afecta al núcleo de las disposiciones de coordinación de las prestaciones familiares, expresamente consideradas por la jurisprudencia del TJUE como “normas de conflicto”<sup>66</sup>. De este modo, el mismo concepto de prestación familiar a efectos de la coordinación de los sistemas de seguridad social permanece inalterado.

En concreto, en materia de prestaciones familiares la propuesta tan solo pretende incorporar una excepción a tales reglas mediante la inclusión de un nuevo artículo 68.ter al Reglamento CE 883/2004 que contemplara reglas específicas de coordinación para una categoría especial de prestaciones familiares: las denominadas “prestaciones familiares destinadas a sustituir a los ingresos durante los períodos de educación de los

<sup>66</sup> En este sentido, *vid.* la STJUE de 14 de junio de 2016, *Comisión v. Reino Unido*, C-308/14.

hijos”<sup>67</sup>, y que según un estudio que la propia Exposición de Motivos cita, están previstas por 22 Estados miembros<sup>68</sup>.

Este nuevo artículo 68.ter que se propone<sup>69</sup>, y cuya redacción no es precisamente un alarde de claridad, es de muy difícil comprensión e introduce numerosas dudas interpretativas. En concreto, dispone que las prestaciones familiares en metálico que están destinadas a sustituir a los ingresos durante los períodos de “educación” (sic) de los hijos (y que figurarían en la lista de la parte 1 del Anexo XIII, que también se propone incorporar la reforma) se concederán “exclusivamente a la persona sujeta a la legislación del Estado miembro competente” y no generarán ningún derecho derivado a tales prestaciones en especie para los miembros de su familia. Por tanto, el artículo 68.bis “no se aplicará a tales prestaciones ni exigirá a la institución competente que tome en consideración una solicitud presentada por el otro progenitor”. Por otro lado, en su apartado 2 se pretende introducir la posibilidad de exceptuar el reconocimiento del complemento diferencial, y así en caso de acumulación de derechos en virtud de otra u otras legislaciones concurrentes, un Estado miembro podría conceder en su totalidad a un beneficiario una de estas prestaciones familiares, con independencia del importe previsto en la primera legislación (los Estados miembros que optaran por aplicar esta excepción figurarían en la lista de la parte 2 del anteriormente mencionado Anexo XIII, identificándose la prestación familiar a la que se aplicaría).

En primer lugar, habría que delimitar a qué tipo de prestaciones se refiere la propuesta: ¿qué se entiende por prestaciones familiares por “educación”, por crianza o

<sup>67</sup> En su versión inglesa original: *coordination of family benefits intended to replace income during child-raising periods*. Por ello, consideramos más adecuada la supresión de toda referencia al término “educación”, que provoca cierta desorientación, y traducirlas simplemente como prestaciones compensatorias por la pérdida de ingresos durante los períodos de crianza o cuidado de hijos.

<sup>68</sup> DE CONINCK J: *Reply to an ad hoc request for comparative analysis: salary-related child raising benefits*, (Respuesta a una solicitud *ad hoc* de un análisis comparativo: prestaciones por educación de los hijos vinculadas al salario), FreSsco (Free movement of workers and Social security coordination), Comisión Europea, septiembre 2015, páginas 8 y 9, que forma parte, como Anexo XXV, del ya citado *Impact Assessment Report*, SWD (2015) 460 final, un documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea para la evaluación de impacto que acompaña a la propuesta de 13 de diciembre de 2016 de modificación del Reglamento CE 883/2004. Según dicho estudio, varios Estados miembros prevén prestaciones diferenciadas en relación con la crianza de los hijos. Así, Austria, Croacia, Alemania, Estonia, Finlandia, Italia, Rumania y España distinguen claramente las prestaciones sustitutivas del salario durante el período de crianza de hijos de las prestaciones de maternidad y paternidad. En cambio, Bulgaria, Dinamarca, Finlandia, Hungría, Portugal, Eslovenia y Suecia incluyen este tipo de prestación entre las prestaciones de maternidad y paternidad. En cuanto a Letonia y Lituania, parece que estas prestaciones no están explícitamente calificadas como prestaciones de maternidad o paternidad ni como prestaciones familiares. Por ello destaca el documento que la delimitación de lo que constituye una prestación sustitutiva del salario durante el período de cuidado de hijo no está tan clara en las legislaciones nacionales (a veces se configuran como prestaciones familiares y otras como prestaciones por maternidad/paternidad), incluso hay Estados miembros que las han previsto como prestaciones “independientes”. Por otra parte, algunos Estados miembros no prevén tales prestaciones sustitutivas del salario durante el período de crianza de los hijos, pero eso no implica necesariamente que no existan prestaciones de tal naturaleza. Por ejemplo, en Bélgica, la República Checa, Francia, Luxemburgo, Noruega y Polonia encontramos prestaciones estándar para la crianza de los hijos. Finalmente, sí que hay también Estados, como es el caso de Chipre, Islandia, Irlanda, Liechtenstein, Malta, Países Bajos, Eslovaquia, Suiza y Reino Unido, en los que tales prestaciones simplemente no existen.

<sup>69</sup> Que, como recuerda la Comisión Europea sobre la propuesta de reforma en su conjunto, entendemos que también respecto del mismo se ha llevado a cabo una evaluación del impacto de las posibles opciones políticas, en las que se han valorado su eficacia económica, social, reglamentaria y general, así como su coherencia con los objetivos generales de la Unión Europea.

cuidado de hijo? La propuesta, y al margen de las dudas interpretativas lingüísticas, ya apuntadas, recurre a un concepto amplio y flexible de tales prestaciones, que toma como base la definición que aporta el estudio Analytical Report 2015: Assessment of the impact of amendments to the EU social security coordination rules on export of family benefits, que considera como prestaciones por crianza vinculadas a una actividad profesional a “aquellas previstas en la legislación nacional para las personas que ejercen una actividad lucrativa que interrumpen o que reducen con el único propósito de criar a un niño” (página 28). Por tanto, mientras que las prestaciones familiares, en general, compensan por los gastos genéricos derivados de formar una familia, esta categoría especial de prestaciones familiares compensan a quien asume el cuidado del hijo por la pérdida de ingresos que ello le supone.

En segundo lugar, ¿cuál sería el objetivo de esta propuesta de reforma? Antes que nada, lo más evidente nos lo recuerda el propio Considerando 11 de la propuesta de modificación del Reglamento, que las prestaciones familiares destinadas a sustituir a los ingresos durante los períodos de “educación” de los hijos están destinadas a satisfacer las necesidades individuales y personales del progenitor sujeto a la legislación del Estado miembro competente y, por lo tanto, se distinguen de otras prestaciones familiares en que “están destinadas a compensar a un progenitor por la pérdida de ingresos o de un sueldo durante el tiempo dedicado a la educación de un hijo, y no meramente a cubrir los gastos generales de la familia”. Así, por un lado, se refuerza la *lex loci laboris* en relación con el beneficiario que individual y personalmente solicita la prestación, al estar vinculada a una actividad profesional y ser él el que precisamente la suspende para atender al hijo. Por otro lado, parece que lo que pretende la propuesta de reforma respecto de las prestaciones familiares vinculadas a una actividad profesional que tienen por objeto compensar por la pérdida de ingresos que supone el cuidado de un hijo es prescindir de la unidad familiar como sujeto de derecho, pasando a serlo exclusivamente el progenitor que sufre la pérdida de ingresos. Por eso no es posible el abono a otro beneficiario distinto (no se aplicaría el 68.bis). Lo que sí es posible es la concurrencia de tales derechos individuales, y que cualquiera de los progenitores, cada uno en relación con la suspensión de su propia actividad, solicitara individualmente la correspondiente prestación familiar sustitutiva de los ingresos dejados de percibir (facilitando también así la corresponsabilidad de los padres en la atención y cuidado de los hijos). Por tanto, y como ha entendido la propia Comisión Europea<sup>70</sup>, las actuales normas impiden que más de un Estado miembro pague prestaciones familiares del mismo tipo para una misma familia y durante el mismo período, pero con la nueva propuesta, sí que se podría dar lugar a que dos Estados miembros pagasen en su totalidad este tipo de prestación familiar, por su naturaleza individual, cada uno de ellos, respectivamente, al progenitor que se ausente temporalmente de su actividad profesional durante los períodos de crianza del hijo.

Por último, y en relación con nuestro sistema de Seguridad Social: ¿cuáles serían las prestaciones familiares españolas que se incluirían bajo esta categoría y a las que les resultaría aplicables las nuevas reglas de coordinación? Conforme a la información que se proporciona en el mencionado estudio Reply to an ad hoc request for comparative analysis: salary-related child raising benefits que justifica la propuesta de reforma del

<sup>70</sup> *Information Note*, Com (2016) 815 final, de 17 de enero de 2017, página 5. La Comisión Europea sintetiza los objetivos de esta propuesta de artículo 68.ter en: 1) garantizar la vinculación entre los beneficiarios y el Estado miembro que concede las prestaciones familiares; 2) promover la conciliación de la vida familiar y laboral; y 3) facilitar el procedimiento y tramitación de la prestación.

Reglamento CE 883/2004, la prestación que sitúa a España entre los Estados miembros que tienen previsto este tipo de prestaciones es la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave que requiera ingreso hospitalario de larga duración (artículos 190 a 192 TRLGSS), que técnicamente no es considerada como prestación familiar, que tiene naturaleza contributiva y que exige los mismos requisitos para ser beneficiario que la prestación por maternidad; pero que sin embargo, a juicio del informe, encaja en este tipo de prestaciones por crianza o cuidado de hijos. Esta prestación que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico en 2011 consiste en una prestación en metálico, un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, proporcional a la reducción de la jornada del trabajador o trabajadora (de al menos el 50 por 100 de la misma) que tiene por objeto atender al hijo menor hospitalizado por cáncer o enfermedad grave.

Pero dicho esto, con amparo en la misma jurisprudencia del TJUE<sup>71</sup>, también se podría interpretar que es posible el encuadramiento en este tipo de prestaciones familiares vinculadas a una actividad profesional de la prestación familiar en su modalidad contributiva<sup>72</sup> (artículo 237 TRLGSS) prevista precisamente para los períodos de excedencia por cuidado de hijo, así como de excedencia por cuidado de otros familiares y otros supuestos de reducción de jornada por motivos familiares (entre los que, dicho sea de paso, también se incluye la reducción de jornada para atender a un menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave). Como ya hemos tenido ocasión de analizar (vid. supra, 2.2.3), se trata una prestación (anteriormente calificada de forma expresa por la norma como “no económica”) consistente en la consideración como período de cotización efectiva de tales períodos de excedencia por cuidado de hijo a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Así, aunque no es en sentido estricto una prestación familiar “en metálico”, como exige la propuesta de artículo 68.ter para aplicárseles las nuevas reglas especiales de coordinación, sino que se trata de una ficción jurídica por la que se tiene por efectivamente cotizado un período en el que realmente no se ha producido cotización, lo cierto es que tiene una innegable traducción

<sup>71</sup> Entre otras, STJUE de 30 de junio de 1966, asunto *Vaassen-Gobbels*, C. 61/66, o STJUE de 8 de julio de 2004, asuntos *Gaumain-Cerri y Barth*, C-502/01 y C-31/02. De este modo, aunque referidas al seguro de dependencia, el TJUE considera que aunque el reembolso de los gastos como consecuencia de un tratamiento o servicio médico sea calificada como una prestación en especie puede admitirse la existencia de una prestación económica aunque no se conceda en sustitución de ingresos. Sobre este asunto, vid. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C.: “El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del derecho comunitario en el seguro español”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 77, Derecho social internacional y comunitario, 2008, páginas 52, 58 y 64.

<sup>72</sup> En cambio, la doctrina se mostraba contraria a aplicar las normas de coordinación a las prestaciones familiares contributivas, si bien es verdad que con anterioridad a la propuesta de reforma del Reglamento CE 883/2004 por la que se pretende incluir entre las prestaciones familiares coordinables esta nueva categoría: la de prestaciones económicas sustitutivas de los ingresos durante el período de cuidado del hijo. Así, CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009”, *op. cit.*, página 4, afirmaba que “parece por tanto que quedan al margen de la coordinación, por su falta de contenido económico efectivo y por no ser tampoco prestaciones en especie, las prestaciones familiares españolas contributivas consistentes en la atribución de un derecho que entronca directamente con el fomento de la conciliación de la vida familiar y profesional”, pues en efecto, el beneficiario (por ejemplo en supuestos de excedencia por cuidado de hijo) “obtiene un derecho a cotizaciones ficticias que pueden repercutir positivamente en el reconocimiento y cálculo de ciertas pensiones futuras”.

económica. Constituye en todo caso una ventaja económica que tiene naturaleza contributiva, y por tanto vinculada con la actividad profesional del beneficiario.

Sea como fuere, todo está todavía por ver. Primero, hay que esperar a si realmente sale adelante esta propuesta de modificación del Reglamento CE 883/2004, cosa que se da casi como cierta. Y segundo, hay que ver qué prestaciones específicas incluye cada Estado miembro en el también propuesto Anexo XIII, Parte I: “Prestaciones familiares en metálico destinadas a sustituir a los ingresos durante los períodos de educación de los hijos”.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

A lo largo de este estudio se ha puesto de relieve la fuerte heterogeneidad que presentan las prestaciones familiares: las hay de seguridad social (constituyendo precisamente el análisis de su régimen jurídico el objeto principal del mismo), de asistencia social, de carácter fiscal, así como integradas en otras políticas sociales (vivienda, educación, transportes, etcétera); las hay en especie y en metálico; de naturaleza contributiva y de naturaleza no contributiva; con distintas finalidades (proteger frente a los estados de necesidad de las familias, compensar por las cargas familiares, facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar; incentivar la natalidad, proteger al menor, etcétera); con diferencias en cuanto a las estructuras familiares y los miembros que integran la unidad familiar; con distintas situaciones protegidas; con distintos sujetos causantes y beneficiarios; con diferentes requisitos de acceso a ellas; y, por supuesto, con diferentes cuantías económicas. Esta heterogeneidad se acentúa aún más si se trata de Estados miembros con diferentes modelos de seguridad social y de protección social; con contextos productivos, migratorios, económicos, políticos, financieros, presupuestarios, sociológicos, culturales y jurídicos muy distintos; y con diferencias evidentes en cuanto a los niveles de vida de los Estados miembros. Ya de por sí, esta diversidad en la concepción y definición de las prestaciones familiares dificulta su propia coordinación<sup>73</sup>. Pero además, es que ante la variedad y diversidad de prestaciones familiares, como hemos visto no siempre encuadradas en una misma categoría, con diferentes naturalezas y finalidades, y sobre todo, de muy diferentes cuantías, nos encontramos en cambio con unas reglas de coordinación uniformes y comunes a todas esas prestaciones familiares. Tal vez por ello, la propuesta de reforma ha considerado conveniente diversificar hasta cierto punto también su tratamiento y las disposiciones específicas para su coordinación, identificando una categoría especial de prestaciones familiares con unas reglas de coordinación diferentes, recogidas en el propuesto artículo 68ter y que tiene como objetivo determinar un vínculo más estrecho entre el beneficiario de la prestación familiar y el Estado miembro competente para su reconocimiento y abono, para lo cual pretende reconocer el carácter individual y personal de las prestaciones familiares económicas especialmente vinculadas a la actividad profesional del beneficiario, como son las prestaciones sustitutivas de ingresos durante el período de crianza o cuidado de un hijo.

<sup>73</sup> Como ha destacado CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009”, *op. cit.*, páginas 6 y 7, es lógico que “cuanto más parecida sea la cobertura entre Estados miembros más sencillo será tender puentes que faciliten, en el marco de la legislación nacional aplicable, la asimilación de condiciones foráneas equiparables”, tal y como plantea el artículo 5 del Reglamento CE 883/2004. Por ello, “se echa en falta la tan improbable armonización de partida”. En realidad, *armonización y coordinación* no deberían contemplarse “como técnicas jurídicas antagónicas sino complementarias, pues resulta evidente que la coordinación precisa un mínimo de armonización y similitud entre sistemas para poder alcanzar sus objetivos”.

# XXVII. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN POR CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE: CUESTIONES DE POLÍTICA DEL DERECHO

LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ

*Profesor Contratado Doctor (Acreditado a Titular de Universidad)*

*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Granada*

## 1. ANTECEDENTES INMEDIATOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA Y PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

Por valor y trascendencia formal para la efectiva materialización del pilar europeo de derechos sociales<sup>1</sup>, constituye un elemento esencial la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Se considera que la protección y promoción de una serie de principios fundamentales que realiza, es esencial para el modelo social europeo. Sus disposiciones se dirigen a instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea –en el marco de la observación del principio de subsidiariedad– y a los Estados miembro que apliquen el Derecho de la Unión. Así expresamente se declara en el preámbulo de la “Propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales”, COM (2017) 251 final, Bruselas, de 26 de abril de 2017<sup>2</sup>.

De conformidad con este marco jurídico-político, particularmente para el colectivo de menores, en el capítulo de aquélla dedicado a los derechos inspirados y asentados en el valor de la igualdad, establece el artículo 24 que éstos *tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar*. Queda reconocido, de esta forma, un derecho social fundamental por antonomasia para los mismos. Con el marcado carácter tuitivo que lo impregna, pretende garantizar a sus integrantes una igualdad que sea aseguradora, en última instancia, de un estándar mínimo de calidad de vida, omnicomprendivamente entendida. Queda incluida, por tanto, la protección y cuidados ante coyunturales estados de salud delicados que requieran atención especial, precisamente, para su propio bienestar.

La protección y cuidados establecidos como contenido esencial del derecho subjetivo perfecto reconocido gozan de la singularidad de que tienen como responsables directos de su realización a los progenitores de los menores o, en su caso, a las personas adoptantes y acogedoras de carácter familiar preadoptivo o permanente de aquéllos. En esencia, los sujetos fundadores de la institución social de la familia. Esto posibilita el

---

<sup>1</sup> *Vid.*, expresamente, al respecto, RAMOS QUINTANA, M. I.: “El pilar europeo de derechos sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista Derecho Social*, núm. 77, 2017, págs. 19 y ss.

<sup>2</sup> Asimismo, en la Comunicación “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2017) 250 final, de 26 de abril de 2017, se recoge que el pilar reafirma los derechos ya presentes en la Unión Europea y el acervo jurídico internacional, complementándolos para tener en cuenta las nuevas realidades.

hecho de que a éstos últimos, a la par que a los menores, les sean reconocidos derechos garantizadores de aquél. En lógica consecuencia, las medidas jurídico-políticas orientadas al efecto, no sólo van a tener como destinatarios a los integrantes del colectivo de menores, sino también a los fundadores de la familia.

En la misma dirección, en sus diferentes preceptos en forma de principios, se orienta transversalmente la Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en 1992. Pero con un plus adicional: la solicitud a los diferentes Estados miembro de su adhesión, sin reservas ni condicionantes, a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Ésta, se ha de recordar que fue el primer instrumento de derecho internacional que reconoció derechos para los menores con sus correspondientes mecanismos protectores. Queda anudada así al derecho internacional, reforzando su sentido y alcance conjuntamente.

Teniendo en consideración esta técnica jurídica, en el seno de la Unión Europea y de sus Estados miembro, el derecho central en cuestión aludido ha de ser observado y regulado tanto en las normas fundamentales de los Estados, como en los textos jurídico-legales implementadores de las políticas sociales de la protección social –con carácter general– y de seguridad social –con carácter particular– de las personas.

Pese a ello, resulta paradójico que sobre ambos y en relación a la materia en cuestión desde la perspectiva particular con la que aquí se afronta, las diferentes directivas de la Unión Europea en materia de protección social no se han pronunciado con contundencia y, por ende, no han generado obligaciones de transposición directa. Ilustra esta circunstancia la Directiva 2010/18/UE, del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el acuerdo marco revisado sobre el permiso parental.

En ésta se reconoce como ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor la vinculada a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad<sup>3</sup>. En este caso particular, resulta significativo la conexión del tema con la política de conciliación de la vida familiar y laboral. Y no estrictamente de protección social del colectivo. Visión que, en cierta medida, viene a corroborar el principio noveno, sobre equilibrio entre vida profesional y vida privada, de la “Propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales”<sup>4</sup>. Se deja constancia expresa de que padres y personas con responsabilidades asistenciales tienen derecho a los permisos adecuados, a unas condiciones de trabajo flexibles y a servicios de asistencia<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> En este sentido, CARRILLO MÁRQUEZ, D.: “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, en *La reforma de la seguridad social 2011*, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R. (dirs.), Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 289-290. Asimismo, GARCÍA ROMERO, B.: “Prestación por cuidado de menores con cáncer u otra enfermedad grave”, en *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo I, MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (dirs.), Laborum, Murcia, 2017, pág. 755.

<sup>4</sup> Sorprendente resulta, cuanto menos, que la Directiva indicada esté en visos de derogación ante la propuesta de Directiva relativa al equilibrio entre la vida profesional y personal y los cuidadores. Sobre todo, porque ésta se comprende y entiende como medida de acompañamiento al pilar europeo de derechos sociales.

<sup>5</sup> En esta dirección va la Comunicación “Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores”, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2017) 252 final, de 26 de abril de 2017, al señalar como fin la promoción de una mejor conciliación (...)

Salva la paradoja advertida, desde una perspectiva de proyección y extrapolación al colectivo de menores y en materia propia ya de seguridad social, el Reglamento (CE) núm. 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Se recoge expresamente que su aplicación es a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con, entre otras materias, las prestaciones de enfermedad –según el artículo tercero–, desde una igualdad de trato –atendiendo al artículo cuarto–. Ahora bien, no se considera expresamente, por su reciente historia, la prestación objeto de análisis en el presente estudio: la de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

## 2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Teniendo en consideración este particular antecedente regulador –en su sentido y alcance– a nivel de la Unión Europea conectado al derecho internacional, en materia de protección y cuidados del menor, continuando con la tendencia apuntada, la Constitución española fija en el artículo 39 dos cuestiones claves a considerar desde la perspectiva expuesta: de una parte, corresponde a los poderes públicos asegurar *la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos* –apartados 1 y 2, respectivamente–; y, de otra parte, la responsabilidad de los padres en asistir en *todo orden a los hijos durante su minoría de edad* –apartado 3–<sup>6</sup>.

La particularidad es que, por su ubicación constitucional, se define desde la técnica-jurídica como un principio rector de la política social y económica. Y no como un derecho social fundamental *stricto sensu* –como materialmente lo es–. Quiere ello decir que, en la legislación desarrolladora de la cuestión, se han de tener presentes los postulados apuntados. En esencia, éstos manifiestan expresamente contenidos del derecho fundamental señalado en el epígrafe precedente, descargando la regulación de su materialización a la política pública jurídica correspondiente. Con ello, el poder político es el encargado de facilitar y ofertar a los padres, dentro del marco jurídico adecuado, medidas con las que crear oportunidades de materializar la protección y cuidados garantes de un bienestar al colectivo de hijos menores<sup>7</sup>. Y, en esencia y última instancia, de un derecho fundamental de éstos.

A ello se ha de sumar, considerando la perspectiva del presente estudio en materia de protección social y, más concisamente, de seguridad social, el también principio rector de la política social del artículo 41 de la Constitución. En virtud de éste, el régimen público de seguridad social ha de garantizar *la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*.

---

de la vida familiar y la vida profesional de los hombres y las mujeres con responsabilidades familiares y una utilización más equitativa de las fórmulas de trabajo flexible y de permisos.

Desde años atrás a esta iniciativa, se viene defendiendo la necesidad de acudir a e incidir en la flexibilidad laboral para afrontar el tema, CARPENA NIÑO, J. M.: “Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Análisis crítico”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 99, 2012, pág. 114.

<sup>6</sup> Transversalmente, GARCÍA NINET, I. y RIVAS VALLEJO, P.: “La protección de la familia”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup> N. (dirs.), Comares, Granada, 2002, págs. 1213 y ss.

<sup>7</sup> Desde esta perspectiva, BLASCO RASERO, C.: *La familia en el derecho de la seguridad social*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 47 y 67.

Una situación de necesidad, en este caso, de carácter familiar<sup>8</sup>, que puede venir suscitada para los padres –o, en su caso, para las personas adoptantes y acogedoras de carácter familiar preadoptivo o permanente– sobre la base de la protección y cuidado de sus hijos y/o menores a los que, materializándoles un derecho fundamental, facilitarles una serie de atenciones para su bienestar. Atenciones que potencialmente son generadoras de costes explícitos e implícitos necesitados de cobertura para proteger el interés superior del menor. En este caso, ante una situación coyuntural en la que la salud se encuentra en jaque y sobre la que necesariamente se debe de velar por su tutela.

Protección de la salud que también, constitucionalmente, en el artículo 43, se encuentra reconocida como derecho en forma de principio rector de la política social y económica<sup>9</sup>. Éste, de forma impersonal –por tanto, universal–, mediante la organización y tutela de aquella por parte de los poderes públicos a través de medidas preventivas, así como con las prestaciones y servicios necesarios al efecto, *ex* apartados primero y segundo del precepto en cuestión.

En suma, para el supuesto particular objeto de estudio, se aprecia objetivamente que España dispone del sostén constitucional adecuado para la implementación del objetivo del pilar europeo de derechos sociales: el logro de resultados sociales y de empleo adecuados para dar respuesta a los desafíos en aras de la satisfacción de necesidades esenciales de la población garantés, en suma, de una procedente regulación y aplicación de los derechos sociales.

### 3. REGULACIÓN JURÍDICO-LEGAL

La regulación jurídico-legal de la protección de los menores ante su particular necesidad de cuidados por encontrarse afectados circunstancialmente por cáncer u otra enfermedad grave, en línea y tendencia con lo propugnado por el pilar europeo de derechos sociales, viene a ratificar, en esencia, no sólo la ampliación de los márgenes tuitivos del sistema de seguridad social español; sino también, como se ha dejado entrever anteriormente, la inclusión dentro de éstos de una acción protectora con tintes claros de irradiación hacia la conciliación laboral y familiar<sup>10</sup>. Queda impregnada ésta por la razón de ser del sistema. A la vez que justificada por el incremento de la complejidad en la conexión entre relaciones laborales y familiares<sup>11</sup>.

Se viene cumpliendo así con la igualdad de género en forma de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, especialmente en materia de empleo y protección social, que también propugna los principios segundo y tercero del capítulo primero –igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo– de la “Propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales”.

<sup>8</sup> Sobre su interconexión, GORELLI, J.: “Problemática aseguradora de la familia”, en *Los retos de la seguridad social*, AA. VV., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, págs. 69-70.

<sup>9</sup> Omnicomprendivamente, RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El sistema multinivel de asistencia sanitaria: tensiones y desafíos en su articulación*, Comares, Granada, 2016, *passim*.

<sup>10</sup> En dirección análoga, KAHALE CARRILLO, D.: “La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, *Revista Temas Laborales*, núm. 112, 2011, pág. 366.

<sup>11</sup> En este sentido, CARPENA NIÑO, J. M.: “Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Análisis crítico”, *cit.*, pág. 111.

De esta forma, se persigue teleológicamente erradicar o minimizar potenciales conflictos entre desempeño de una actividad laboral por las personas integrantes del núcleo familiar y la atención que merece y se debe a la propia familia como institución. A lo que hay que sumar, por la corresponsabilidad implícita que la caracteriza, el favorecimiento de la igualdad entre hombres y mujeres<sup>12</sup>.

### 3.1. ASPECTOS ESENCIALES REGULADOS LEGALMENTE

España, fruto de la recesión que vivió la Unión Europea, actuó en la primera mitad de la segunda década del presente siglo en un escenario de crisis económica y de empleo que conllevaron una serie de ajustes jurídico-políticos de carácter social, principalmente. En su seno, por medio de la disposición final vigésimo primera, segunda y tercera de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, se modificó la, en su momento, Ley General de Seguridad Social, introduciendo un nuevo artículo en la misma. La finalidad fue clara y en dirección opuesta a la tendencia señalada: ampliar la acción protectora del sistema de seguridad social mediante el reconocimiento de una prestación económica.

Acción protectora y prestación que, en la actualidad, la vigente Ley General de la Seguridad Social regula en el título II, dedicado a su régimen general y, más particularmente, en el capítulo X, expresamente dedicado al cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Queda fijada jurídico-legalmente la cobertura de una necesidad que el régimen público de la seguridad social, en el marco de la genérica protección social, no atendía y sobre la que existía una laguna<sup>13</sup>. Se amplían así los márgenes de la tutela ofrecida.

#### 3.1.1. SITUACIÓN PROTEGIDA

El artículo 190 de la Ley General de Seguridad Social define y perfila la situación protegida. Al efecto, concreta directamente que ésta consiste en la reducción de la jornada de trabajo, como mínimo, en un cincuenta por ciento que se apliquen los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente ante un menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave. Y, para ello, remite a que se materializa el derecho fijado en consonancia y concordancia con lo anterior por el artículo 37.6, párrafo tercero, del vigente Estatuto de los Trabajadores. Derecho cuya reducción de ingresos proporcional que comporta por la reducción de la jornada, cubre el sistema de seguridad social mediante esta prestación de naturaleza económica.

Interconectando ambos textos jurídico-legales sobre la cuestión en su sentido y alcance en relación al derecho social regulado y reconocido, se establece que éste sólo lo puede ejercitar una persona de las dos, siempre y cuando ambas tengan la condición de trabajadoras. Matización que se recoge, en este caso, en el artículo 191.2 de la Ley, en forma de concurrencia.

---

<sup>12</sup> Vid., GÁLVEZ CALLEJÓN, J.: *La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 31.

<sup>13</sup> Así, GÁLVEZ CALLEJÓN, J.: *La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*, cit., pág. 283.

Es obvio que: de una parte, esta condición de personas trabajadoras para beneficiarse de la protección requiere de su afiliación al sistema y de su alta en alguno de los regímenes del mismo; y, de otra parte, que, por la condición de sus destinatarios, se está ante una prestación de naturaleza contributiva. Naturaleza que excluye, automáticamente, la posibilidad de exigir umbrales de rentas del núcleo familiar. Por más que la situación protegida encaje perfectamente con una contingencia común, pues se asienta en la relación familiar<sup>14</sup>. Subyace con lo planteado la lógica de: una familia, una prestación.

En conexión, lo que se pretende es asegurar que un miembro de la familia con responsabilidad directa sobre el menor, atiende, cuida y protege a éste cuando los tiempos de dedicación puedan quedar condicionados, reducidos y/o limitados por estar incluidos ambos en el mercado de trabajo mediante la ocupación de un empleo. Se viene garantizando así el derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo y acceso a la protección social que, como parte del principio quinto sobre empleo y seguro estable, persigue asegurar unas condiciones de trabajo justas, en el marco del capítulo segundo de la “Propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales”.

En lógica consecuencia, atendiendo a esta finalidad, si un miembro del núcleo familiar, bajo cuya responsabilidad está el menor, no se encuentra trabajando, se asume implícitamente que éste dispone de tiempo efectivo para los cuidados, atenciones y protecciones garantes y materializantes del derecho fundamental del menor, no teniendo derecho a reducir la jornada y la cobertura correspondiente por el sistema la otra persona que sí está trabajando.

Razón manifestada e incluida implícitamente cuando en ambos artículos citados, coordinados a la perfección, se deja constancia expresa de que el cáncer o la enfermedad grave ha de requerir, necesariamente, ingreso hospitalario de larga duración y tratamiento continuado de la enfermedad particular que se trate dentro de aquéllas.

Persiguiendo evitar fraudes o ejercicios indebidos del derecho que, en última instancia lo desnaturalicen, ha de quedar acreditada la situación del menor mediante un informe preceptivo del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma que corresponda. Independientemente a que éste haya sido diagnosticado por cualquier facultativo encuadrado en la prestación de servicios profesionales de atención sanitaria mediante la contratación de pólizas privadas de seguros. Si se procede al reconocimiento de un derecho materializado con el acceso a una prestación pública, es racional y coherente la necesidad de la intervención e implicación del servicio público de salud<sup>15</sup>.

En cualquier caso, este derecho reconocido legalmente en la concreción de la situación protegida de la acción protectora, no es un derecho directo y sí derivado. La causa y fundamento es cubrir potenciales situaciones de necesidad cuyo sujeto causante

<sup>14</sup> Al respecto, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 344, 2011, págs. 130 y 133. Igualmente, GARCÍA ROMERO, B.: “Prestación por cuidado de menores con cáncer u otra enfermedad grave”, en *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo I, MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (dirs.), cit., pág. 756.

<sup>15</sup> Expresamente, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, cit., pág. 135.

es una persona –el menor– que, directamente, no se encuentra incluida en el sistema de seguridad social. Sin embargo, la garantía de sus derechos fundamentales generan derechos sociales derivados –también de carácter fundamental, en sentido material– de naturaleza sociolaboral para sus progenitores o análogos ante la adopción y acogimiento, por su responsabilidad sobre el menor en la situación protegida.

### 3.1.2. BENEFICIARIOS

Concreta el artículo 191 de la Ley General de Seguridad Social que las personas beneficiarias de esta acción protectora tienen que cumplir los mismos requisitos, términos y condiciones que los fijados para otra prestación, la de maternidad, regulada también legalmente. Requisitos que, en un primer momento fueron –y continúan– establecidos en el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; y que, tras la reforma de la misma Ley General de Seguridad Social, se recogen en la misma por remisión a la otra prestación aludida, pues, en última instancia, son coincidentes.

Es decir, tres supuestos. Primero, en personas trabajadoras menores de veintiún años en la fecha en la que comienza la reducción de la jornada, no se exige período mínimo de cotización. Segundo, si aquéllas tienen cumplidos los veintiún y, a su vez, son menores de veintiséis en la fecha en la que se inicia la reducción de jornada, el período mínimo de cotización es de noventa días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en cuestión; entendiéndose, en todo caso, cumplido si quedan acreditados ciento ochenta días cotizados a lo largo de la vida laboral con anterioridad a la fecha indicada. Y, tercero, si aquéllas ya han cumplido los veintiséis en la fecha en la que se inicia la reducción, el período mínimo de cotización es de ciento ochenta días dentro de los siete años anteriores a la fecha en cuestión; concibiéndose, siempre, cumplido si quedan acreditados trescientos sesenta días de cotización a lo largo de la vida laboral con anterioridad a la fecha indicada.

La excepción, en forma de no sujeción a estas previsiones, se encuentra para los integrantes del colectivo de funcionarios públicos. A éstos les va a ser de aplicación lo regulado en el artículo 49.2 del Estatuto Básico del Empleado Público y en la normativa concordante que aborde su desarrollo.

### 3.1.3. PRESTACIÓN ECONÓMICA

Como ya se ha aludido, la acción protectora objeto de estudio consiste en una prestación de carácter económica. Se concreta, al respecto, en el artículo 192 de la Ley General de Seguridad Social, que será un subsidio equivalente al cien por cien de la base reguladora establecida, en este caso también, para otra prestación: la de incapacidad profesional derivada de contingencias profesionales.

Por tanto, como regla general, la correspondiente a la suma de la base de cotización por contingencias profesionales del mes anterior, sin horas extraordinarias, dividida por el número de días a que corresponde dicha cotización; más la cotización por horas extraordinarias del año natural anterior, dividida entre trescientos sesenta y cinco días.

Ahora bien, siempre respetando la proporción correspondiente a la reducción de la jornada de trabajo, siendo, como mínimo, tal y como se viene apuntando, del cincuenta por ciento de la jornada de trabajo.

Sobre esta particularidad, impera la finalidad de la acción protectora a través de la prestación: la cobertura y compensación de la pérdida de ingresos provocada por la reducción de la jornada en aras de evitar una potencial situación de necesidad que, por mandato constitucional como principio rector de la política social y económica, el régimen público de seguridad social ha de cubrir.

#### 3.1.4. EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN

La prestación económica a través de la que se materializa la acción protectora del sistema de seguridad social no tendrá una duración indefinida. Lo deja implícitamente claro el artículo 192 de la vigente Ley General de Seguridad Social. Lo hace considerando que ésta tiene naturaleza de subsidio y, por ende, va anudado a ella el carácter temporal, por dos motivaciones adicionales claves y evidentes.

Una, inherente, al encontrar su causa en personas menores. Luego, en lógica consonancia, cuando aquéllas, aún estando afectadas por cáncer u otra enfermedad grave, alcancen la mayoría de edad, dejarán de causar el derecho garantizador de la tutela necesaria potencialmente provocadora de situaciones de necesidad justificante de la acción protectora.

Dos, expresa, ya que la prestación se extinguirá en el caso de que el servicio público de salud o el órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente informe previamente sobre la cesación en la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del hijo o del menor sujeto a acogimiento o a guarda con fines de adopción del beneficiario. Desaparece así la causa que fundamenta este derecho en la acción protectora del sistema de seguridad social. Y, por ello, se extingue.

#### 3.1.5. GESTIÓN

Establece expresamente el apartado tercero del artículo 192 de la vigente Ley General de Seguridad Social que la gestión y el pago de la prestación en cuestión corresponde a la mutua colaboradora con la seguridad social.

Viene constituyendo esta dimensión una particularidad –novedosa en su momento– y originalidad –cuanto menos– desde la regulación inicial de esta prestación. Es así porque representa una manifestación clara del cada vez mayor rol que están asumiendo éstas en el marco del régimen público de seguridad social. En esta ocasión, en tanto en cuanto el origen de la situación protegida no es de carácter profesional, amplían su elenco de competencias<sup>16</sup>.

Si, hasta la formalización jurídico-legal de su participación en la gestión de esta prestación, las mutuas colaboradoras venían principalmente teniendo competencias en cuestiones conexas a la incapacidad temporal y a la prevención de riesgos laborales,

<sup>16</sup> En este sentido, KAHALE CARRILLO, D.: “La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, cit., p. 387. Asimismo, MANZANO BAYÁN, P., ESCOLANO MARTÍNEZ, D. y CID BABARRO, C.: *Las mutuas colaboradoras con la seguridad social. La nueva regulación y su acción protectora*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 232.

ahora también son parte activa directa en materia de acción protectora del sistema mediante prestaciones<sup>17</sup>.

Por otro lado, también recoge el artículo mencionado la posibilidad de que no acometa la mutua la gestión y el pago. Ante este caso, lo podrá realizar la entidad gestora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de riesgos profesionales. Vuelve a sobresalir con esta opción abierta la reincidencia jurídico-legal en el tratamiento de esta prestación como si estuviese asentada en la protección de riesgos profesionales.

### 3.2. LA IMPLEMENTACIÓN Y DESARROLLO DE LA REGULACIÓN JURÍDICO-LEGAL: CUESTIONES ADICIONALES FIJADAS NORMATIVAMENTE

En la ordenación jurídica de esta prestación del sistema de seguridad social, desde su nacimiento, siempre se pretendió por el poder legislativo que la misma estuviese regulada minuciosamente<sup>18</sup>. Casi, omnicomprendivamente, incluyendo todas las posibilidades casuísticas sobre la misma.

Razón ésta por la cual, nada más introducirse un nuevo artículo en la Ley General de Seguridad Social sobre la prestación, seguidamente, se aprobó, publicó y entró en vigor el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

En éste, a día de hoy, aún quedan establecidos aspectos, dimensiones o posibilidades de aplicación que, por su detallismo, no quedaron incorporadas al vigente texto de la Ley General de Seguridad Social tras el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. De ellos, se da cuenta a continuación.

#### 3.2.1. POSIBLES CIRCUNSTANCIAS AFECTANTES A LOS BENEFICIARIOS: RESOLUCIÓN PARA SU INCLUSIÓN

##### a) Separación judicial, nulidad o divorcio

Una posible circunstancia afectante a los beneficiarios de la prestación no excluyente de su goce es la separación judicial, nulidad o divorcio. Se establece al efecto que cabe reconocimiento de la prestación siempre a favor de una sola persona, de común acuerdo. En el hipotético caso de que no esté presente éste y haya una previsión judicial expresa, corresponderá y se atribuirá a quien tenga la custodia del menor. Y, si ésta fuese compartida, tiene derecho a la prestación el cónyuge que lo solicite primero.

En todo caso, resuelta en un primer momento la circunstancia tal y como se ha apuntado, no se impide y, por tanto, queda abierta la opción, de que por acuerdo

---

<sup>17</sup> Se ha manifestado al respecto que la cuestión constituye una decisión de adscripción totalmente arbitraria del legislador sobre la base de criterios financieros, pues implica una adulteración de las funciones y atribuciones con las que nacieron las mutuas. CARPENA NIÑO, J. M.: “Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Análisis crítico”, cit., pág. 128.

<sup>18</sup> En términos de meticulosidad, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, cit., pág. 155.

posterior, las dos personas puedan alternarse internamente en el beneficio de la prestación por períodos no inferiores a un mes, suspendiéndose automáticamente para una cuando quede reconocida a la otra persona.

#### b) Mutualidad o convenio

Igualmente, también hay que considerar la posibilidad de que, de las dos personas, sólo una esté incluida en alguno de los regímenes del sistema de seguridad social. Mientras que la otra, por mor de su ocupación, se halle incluida obligatoriamente en la mutualidad de previsión social por el colegio profesional. Se asimila y entiende con ello que se cumple el requisito complementario para generar el derecho y el acceso a la prestación.

Requisito que, por otra parte, también, de forma adicional, se ha de entender cumplido cuando la persona que no goza de la prestación en beneficio de la otra del núcleo familiar, tenga suscrito un convenio especial en el sistema de seguridad social por la realización de su actividad laboral en un Estado con el que no exista instrumento internacional de seguridad social.

#### c) Pluriactividad y pluriempleo

En el supuesto de que una persona trabajadora se halle incluida en el sistema de seguridad social pero simultáneamente encuadrado en diferentes regímenes –caso de pluriactividad–, aquélla tiene derecho a la prestación en todos y cada uno de los regímenes en los que se cumplan y reúnan los requisitos exigidos con carácter general ya comentados. Si, pese a esta situación, queda acreditado que sólo tiene derecho en uno de los regímenes, se va a reconocer un único subsidio, quedando computado para ello sólo la cotización realizada para el propio régimen. Si no tiene derecho en ninguno de los regímenes individualmente considerados, es viable la opción de totalizar cotizaciones de cada uno siempre y cuando no se superpongan, reconociéndose el derecho a través del régimen por el que más días de cotización queden acreditados.

Por otra parte, en el caso de que de diferentes empleos con diversos empleadores dentro del régimen general de la seguridad social –caso de pluriempleo–, se tiene derecho a la prestación. Ahora bien, sólo en el tanto por ciento proporcional correspondiente a la reducción de la jornada de trabajo en los distintos empleos. En este sentido, para la base reguladora de la misma, se considerarán las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas, debiendo hacer valer el tope máximo a efectos de cotización fijado anualmente.

#### d) Persona trabajadora a tiempo parcial

En tanto en cuanto es necesario que ambas personas conformadoras del núcleo familiar tengan la condición de trabajadoras, se regula la posibilidad de que tengan derecho en el particular de que sean objeto de contrato a tiempo parcial. Para ello, la reducción, tiene que ser igual, como mínimo, del cincuenta por ciento. Pero, sin embargo, para que se considere el acceso efectivo al derecho y su ejercicio, la jornada restante tras la reducción tiene que igualar o superar el veinticinco por ciento de una jornada de trabajo a tiempo completo comparable.

A pesar de ello, en el supuesto de que una persona trabajadora tenga dos o más contratos de este tipo, se pueden sumar las jornadas efectivas de trabajo, en aras de concretar si se alcanza o no el límite señalado.

e) Derecho Internacional Privado y beneficiarios en caso de adopción y acogimiento familiar preadoptivo y permanente.

Fija el Real Decreto 1148/2011 la posibilidad de la equiparación a la adopción y al acogimiento familiar preadoptivo y permanente a las instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales y administrativas extranjeras con finalidad y efectos previstos para la adopción y acogimiento familiar preadoptivo y permanente indistintamente a cual sea su denominación.

Como consecuencia inmediata, se ha de entender que cualquier institución jurídica de un Estado diferente al español, declarada por resolución judicial y administrativa extranjera con idéntico fin y consecuencia jurídica que la adopción y el acogimiento familiar preadoptivo y permanente, va a ser equiparada a la institución jurídica de la adopción y acogimiento español. Consecuentemente, van a poder ser benefactores los sujetos protagonistas extranjeros de las mismas al efecto.

La amplitud de esta redacción y el abanico de opciones a las que abre, precisamente, van contra el espíritu de regulación minuciosa perseguido. Ahora bien, en una tensión interna con la universalidad protectora del sistema de seguridad social ante situaciones de necesidad. Se impone esta última.

### 3.2.2. ENFERMEDADES

En un primer momento, cuando se aprobó la creación de esta nueva acción protectora del sistema de seguridad social, no había una referencia particular sobre las enfermedades causantes y necesitadas de tutela. El cáncer u otra enfermedad grave representaba una concreción muy vaga y amplia.

Es por ello por lo que, en un segundo momento, el señalado Real Decreto 1148/2011, acometió una enumeración taxativa y cerrada de problemas de salud encuadrables en los términos de enfermedad grave o cáncer. Más concretamente, la disposición final tercera de la norma identificó un total de ciento nueve enfermedades encuadradas en dieciséis grupos. Ahora bien, también se deja constancia en la misma de que, mediante orden ministerial, puede ser ampliada cuando se esté ante el caso de enfermedades graves que necesiten y exijan un cuidado directo, continuo y permanente.

Regulación que, en un tercer momento, con carácter genérico, se traspuso al texto vigente de la Ley General de Seguridad Social. Así, se concretó que, de una parte, la referencia al cáncer es en el supuesto de tumores malignos, melanomas y carcinomas; y, de otra parte, la posibilidad de entender otra enfermedad grave como aquella que requiera un ingreso hospitalario de larga duración con un tratamiento continuado de la misma.

### 3.2.3. SOLICITUD Y POTENCIAL RECAÍDA

El derecho al percibo de la prestación correspondiente se inicia desde el mismo momento en el que comienza la materialización de la reducción de jornada por cualquiera de los sujetos beneficiarios. Ahora bien, se ha de solicitar el ejercicio del

derecho. Y, para ello, es clave la solicitud en aras a su reconocimiento. Ésta se inicia, en todo caso, por parte de la persona trabajadora, dirigida a la dirección provincial competente o, como consecuencia de la particularidad en la gestión advertida, a la mutua colaboradora correspondiente. Se ha de realizar atendiendo a los modelos formales oficiales establecidos *ad hoc* por éstas.

A la solicitud en cuestión se ha de adjuntar la documentación pertinente que requiera al efecto la propia entidad gestora o la mutua colaboradora. Con carácter general, como queda recogido de forma expresa: certificado de empresa sobre la fecha en la que empezó la reducción de jornada, indicando el tanto por ciento de la propia reducción; la declaración del facultativo del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario competente, recogiendo expresamente las necesidades de tutela al estar afectado por cáncer u otra enfermedad grave; el libro de familia o la certificación de la inscripción del hijo o hijos en el Registro Civil o, en otro caso, la resolución judicial o administrativa reconocedora de la concesión del acogimiento familiar preadoptivo o permanente o su tutela; y el certificado de empresa sobre la cuantía de la base de cotización por contingencias profesionales o comunes, según el caso, del mes previo al inicio de la reducción de jornada y las cantidades de percepción no periódica pagadas el año anterior a la citada fecha.

Indistintamente a la entidad a la que se dirija, la misma ha de resolver con dictado y notificación en el plazo máximo de treinta días, reconociendo o, en su caso, rechazando el derecho. Se concreta expresamente que el silencio más allá del plazo señalado se entenderá negativo y, por ende, desestimada la solicitud.

La resolución es susceptible de ser recurrida siguiendo el cauce establecido para ello en la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, mediante reclamación previa en plazo de treinta días a contar desde la notificación o, desde la fecha en la que haya transcurrido el plazo por la que se entiende desestimada la solicitud.

Por otra parte, en clara conexión con el aspecto analizado en el presente epígrafe, en caso de que se conceda la prestación y, pasado un tiempo, desaparezca la situación protegida decayendo el derecho a la misma, al tratarse de cáncer o enfermedad grave, puede presentarse un episodio de reaparición de ésta o recaída. En este supuesto no se ha de volver a repetir todo el procedimiento de solicitud. No se ha de considerar un nuevo proceso y sí una reactivación del derecho a la prestación y protección<sup>19</sup>.

En lógica consonancia, tan sólo basta y es suficiente con el ejercicio de la reducción de jornada de conformidad con los porcentajes fijados legalmente y presentar, a la entidad gestora o mutua colaboradora, un nuevo informe del facultativo en el que quede establecido la necesidad de los tratamientos médicos por la misma enfermedad grave o cáncer, así como el cuidado directo, continuado y permanente del menor como consecuencia de aquélla. Se descarta, por tanto, en este caso, el que expresamente se exija el ingreso hospitalario.

---

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, cit., pág. 136.

### 3.2.4. DURACIÓN

Partiendo de las consideraciones generales señaladas e implícitas, se ha de tener presente que la duración de la prestación es acotada en el tiempo. En principio, un mes. Tras él, se puede ir prorrogando por períodos de dos meses, siempre y cuando permanezca la necesidad que requiere el menor de cuidado directo, continuo y permanente. Es clave para ello su acreditación mediante la declaración o informe del facultativo correspondiente del servicio público de salud o del órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma que se trate.

En todo caso, el límite máximo de la duración ya apuntado ha sido recogido legalmente y es inherente a su razón de ser: el día que cumpla la mayoría de edad la persona afectada por el cáncer o la enfermedad grave.

### 3.2.5. PAGO Y GESTIÓN

El pago del subsidio económico en el que consiste esta prestación se ha de producir por la entidad que lo gestiona, bien sea la mutua colaboradora o la entidad gestora. Se establece al efecto que, si el contrato es tiempo completo, el devengo se producirá por períodos mensuales vencidos. Mientras que si el contrato es a tiempo parcial, éste será por días naturales, abonándose mensualmente.

La originalidad de la posibilidad de que las mutuas colaboradoras se impliquen directamente en la gestión de esta prestación, conlleva el tener presente que, ante la posibilidad de que la empresa cambie de ésta, su responsabilidad sigue vigente hasta la fecha en la que venza el documento asociativo y de cobertura que se formalizó.

Sin embargo, si aconteciese un cambio de mutua colaboradora –que cubra las contingencias profesionales o comunes– a la fecha de vencimiento, es la nueva entidad la que asume directamente la competencia para el pago del subsidio correspondiente a la prestación durante un año y los meses sucesivos por los que mantenga la cobertura en cuestión.

En cualquier caso, mutua colaboradora o entidad gestora, tienen competencia para la realización de las pertinentes y procedentes actuaciones necesarias orientadas al cumplimiento de los requisitos exigidos en su reconocimiento.

### 3.2.6. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN

No contemplando de forma expresa la vigente Ley General de Seguridad Social supuestos originadores de la suspensión del subsidio en el que consiste la prestación, sí aparecen recogidas expresamente en el Real Decreto 1148/2011 un elenco de circunstancias que provocan ésta.

Una de ellas es la de la posibilidad de alternancia de la persona que se beneficia de la prestación, pues implica, automáticamente, como ya se ha hecho referencia, la suspensión del mismo en la otra.

Y la otra circunstancia provocante de una suspensión de la prestación es la concurrencia de ésta con causas suspensivas de la relación laboral, tales como incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo

durante la lactancia natural. En cualquiera de estos casos relacionados, no se impide que sea la otra persona la que se beneficie de la prestación.

Por su parte, pese a la concreción de la extinción de la prestación en cuestión por parte de la vigente Ley General de Seguridad Social, el Real Decreto indicado se encarga adicionalmente de fijar otros supuestos particulares en los que así se procederá, siendo obvios alguno de ellos. Es el caso del: comienzo del desempeño del trabajo por cuenta ajena considerando el total de la jornada por la que está contratado –por ende, sin reducción–; cese en la actividad laboral; muerte del menor; y fallecimiento de la persona trabajadora beneficiaria.

Corresponde a las propias personas que se venían beneficiando de la prestación económica la obligación de comunicar –bien a la mutua colaboradora, bien a la entidad gestora– cualesquiera de estas circunstancias generadoras de la suspensión o extinción.

#### 4. CONCLUSIONES

La acción protectora del sistema de seguridad social español amplió expansivamente sus márgenes de actuación en forma de prestaciones económicas a comienzos de la segunda década del presente siglo. Y lo hizo para cubrir potenciales situaciones de necesidad generadas en familias trabajadoras por la atención que requiere una enfermedad grave o cáncer en hijos menores de edad o, en su caso, en menores adoptados y acogidos familiarmente en régimen preadoptivo y permanente.

Una tutela que, basada en la flexibilidad laboral permitiendo el ejercicio del derecho a la reducción de la jornada, así como sustentada en la corresponsabilidad entre los integrantes conformadores de la familia y la igualdad de oportunidades, no aparece expresamente contemplada en el Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social de los países de la Unión Europea. Sin embargo, sí es susceptible de inclusión, al serle de aplicación a la regulación que hacen los sistemas de las prestaciones de enfermedad. Ilustrativo es que la que ha centrado el análisis, es una de ellas.

Integración y desarrollo coordinado que perfectamente tiene justificación cuando se atiende a la razón de ser y finalidad de política del derecho inherente al pilar europeo de derechos sociales aplicable a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Sobre todo porque, en esencia, ésta se puede comprender y concebir como un adelanto en el tiempo para el caso español en relación al pilar señalado. 2011 frente a 2017, respectivamente. Hasta el extremo de que, en cierta medida, sin estar concretado, lo venía materializando.

En este sentido, el garantizar derechos fundamentales de un colectivo perfectamente identificado y perfilado mediante la acción protectora del sistema de seguridad social proyectada hacia la tutela de la salud, sin duda alguna, es de valoración muy positiva. Por más que potencialmente sean pocos los destinatarios en relación a toda la acción del sistema y que su lógica técnico-jurídica no encaje perfectamente con la naturaleza y requisitos de otras prestaciones clásicas –por su consolidación, peso e historia– de aquéllos. Especialmente, en relación al sujeto causante –menor– y al sujeto beneficiario –integrante de una familia cuyos miembros tienen la condición de trabajadores–.

Esto justifica el que tanto en la vigente Ley General de Seguridad Social como en el Real Decreto 1148/2011 para la aplicación y desarrollo de la prestación, la regulación jurídica realizada sea particularísima y detallada en sus opciones, casuísticas y posibilidades. Se pretende asegurar una eficaz y eficiente política social familiar para las personas trabajadoras beneficiarias e integrantes de la misma, sin que quede margen a su uso fraudulento.

Ahora bien, ello no es obstáculo para que a medida que se vaya implementando jurídicamente en el Derecho Social de la Unión Europea el pilar europeo de derechos sociales, se puedan producir nuevos avances en la regulación y coordinación expresa de la prestación en cuestión. La interconexión entre las dimensiones de protección social, conciliación de la vida laboral y familiar, así como la igualdad de trato y oportunidades especialmente en materia de empleo, representan sólidas dimensiones que lo hacen presagiar.

Sobre todo porque, en esencia, con el paso del tiempo, cada vez más en las sociedades actuales, las instituciones sociales –la familia es una de ellas–, las relaciones laborales y los sistemas de seguridad social, se hacen más complejos. Complejidad a la que atender y ofrecer respuesta desde los fundamentos sólidos que posee esta prestación y que, en esencia, no ha de conllevar su desnaturalización y razón de ser última.



# XXVIII. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES ESPAÑOLAS NO CONTRIBUTIVAS DE JUBILACIÓN E INVALIDEZ Y SU COORDINACIÓN EN EL REGLAMENTO 883/2004

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA<sup>1</sup>  
*Universidad de Granada*<sup>2</sup>

## 1. LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

### 1.1. SU TRAYECTORIA EVOLUTIVA

#### 1.1.1. LOS ORÍGENES

La Seguridad Social comunitaria se concibió en su origen para ayudar a la libre circulación de trabajadores, evitando que el hecho de tener la vida laboral fragmentada desincentivara la movilidad de los trabajadores. La protección social de los trabajadores no era un fin en sí mismo, sino un instrumento para la consecución de la libre circulación de trabajadores, como una faceta coadyuvante, recurriéndose a una mera coordinación de los regímenes de Seguridad Social de los trabajadores y sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad (pudiendo llamarse "armonización periférica"<sup>3</sup>).

Por ello, no es de extrañar que en su formulación original no se ocupara de las pensiones no contributivas, observándose una mayor dificultad de coordinar los sistemas de seguridad social cuando se trataba de prestaciones financiadas con cargo a fondos públicos<sup>4</sup>. Ello no significaba que los Reglamentos en la materia no fuesen de aplicación al bloque no contributivo, que sí lo fueron, llegando incluso a plantearse en aquél momento la exclusión apriorística de los extranjeros de cara a la protección no contributiva<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Coordinador del Máster Universitario en Gerontología, Dependencia y Protección de los Mayores. Director del Máster en Derecho de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.

<sup>2</sup> Este trabajo se enmarca dentro de los resultados del Proyecto de Investigación **DER2013-47574-P**, *Jubilación y Envejecimiento activo en el marco de la sostenibilidad del Sistema de Pensiones*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que el autor es Investigador Principal.

<sup>3</sup> VIDA SORIA, J., «La política social-laboral y el derecho del trabajo en el proceso de construcción de la Unión Europea», *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, núm. 18, 1996, pág. 639.

<sup>4</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, IELSS, 1982, pág. 141.

<sup>5</sup> Vid. PIETERS, D., «Las pensiones no contributivas en las Comunidades Europeas», *RSS*, núm. 34, 1987, pág. 84. En esta misma línea, G. PERRIN («Los principios de Seguridad Social internacional», en AA.VV., *La Seguridad Social española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*, IESSS, Madrid, 1987, pág. 181) sostiene la conveniencia de «disociar las modalidades específicas de financiación de dichas prestaciones y los legítimos fundamentos de derecho de los extranjeros a beneficiarse de ellas, merced a la elaboración de criterios ficticios de equivalencia ligados a la duración presunta de participación en los regímenes no contributivos en función de la duración de la residencia».

Así, ya antes del Reglamento 1408/71, el TJCE estimó que el Reglamento 3/58 era de aplicación a los regímenes no contributivos<sup>6</sup>, pero teniendo que centrarse inicialmente en deslindar la Seguridad Social de la Asistencia Social<sup>7</sup>, situando la diferencia entre ambas en que la asistencia social se configuraba como subsidiaria y sólo operaría en relación a prestaciones que pueden requerir la «apreciación de la situación personal y de la indigencia del interesado», es decir, que siempre que nos encontrásemos ante un derecho subjetivo, se calificaría como Seguridad Social y en consecuencia procedería la coordinación.

Posteriormente, con el Reglamento 1408/71, el TJCE tuvo que matizar su doctrina, dado que buena parte de las prestaciones de asistencia social contempladas por los Estados miembros presentaban las características de Asistencia Social, por lo que se dio un giro, atendiendo “esencialmente a los elementos constitutivos de cada prestación, especialmente sus finalidades y sus condiciones de concesión” (SÁNCHEZ-RODAS)<sup>8</sup>.

### 1.1.2. LA REFORMA DE 1992. LAS PRESTACIONES ESPECIALES NO CONTRIBUTIVAS COMO PRESTACIONES DE COORDINACIÓN DEVALUADA

En este contexto, en 1992 el Reglamento 1247/1992 dio una nueva redacción al Reglamento 1408/1971, acogiendo la doctrina sentada por los distintos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de Luxemburgo<sup>9</sup>, e incluyendo la figura de las “prestaciones especiales de carácter no contributivo”, categoría con la que los Estados miembros “reaccionaron” frente a la extensiva interpretación jurisprudencial del concepto comunitario de prestación no contributiva<sup>10</sup>.

Su principal particularidad, recogida en el art. 10 bis apartado 1 del Reglamento 1408/71, era que (como sigue ocurriendo actualmente) excluye de estas prestaciones del principio de exportabilidad, lo que implica una limitación importante en cuanto que su percepción sólo se puede producir exclusivamente en el Estado miembro de residencia, sin que puedan por ello ser concedidas al nacional que tenga su residencia en otro Estado miembro (se trata de impedir lo que se conoce como “turismo social”). Nos

<sup>6</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. «Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pág. 115, citando las SSTJCE de 16-11-1972,-16/72, *Allgemeine Ortskrankenkasse Rec.*; p.1141; de 25-3-1985,-122/84, *Scrivner Rec.*; p.1027; y de 27-3-1985, -249/83, *Hoeckx Rec.* p. 973.

<sup>7</sup> Así, STJCE de 22 de junio de 1972,-1/72, *Frilli, Rec.*; sobre la misma, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. «Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004», *op. cit.*, págs. 117 y 118.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. «Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004», *op. cit.*, pág. 118.

<sup>9</sup> *Cfr.* MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, *Derecho Social Europeo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, págs. 218 y 245. Sobre el origen jurisprudencial del Reglamento 1247/1992, véase RECIO LAZA, A.M., *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria*, La Ley, Madrid, 1997, págs. 49 y 50. *Cfr.* STJCE de 4-11-1997, Asunto C-20/1996, Snares, apartados 32 y 37; STJCE de 1998, Asunto C-297/1996, Partridge, apartado 33. Una referencia a dichas Sentencias, en PALMERO ZURDO, J., «1998: un año de cambios para la coordinación comunitaria de los sistemas de Seguridad Social», *Aranzadi Social*, núm. 18, 1999, págs. 122-125.

<sup>10</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. «Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004», *op. cit.*, pág. 120.

encontramos, pues, ante una excepción a la norma comunitaria de exportabilidad general de las prestaciones de la Seguridad Social<sup>11</sup>.

Como excepción al principio de igualdad, su legalidad se condiciona a que no sea arbitraria, ni carente de fundamento objetivo suficiente. Para algunos autores, la exclusión de la exportabilidad de las prestaciones no contributivas no estaba suficientemente justificada<sup>12</sup>, y ello porque la neutralidad aplicativa del artículo 10.1 era sólo aparente, ya que «sus efectos restrictivos inciden mayoritariamente sobre los extranjeros», y además la salvedad carece de fundamento al producir un efecto distinto al que presuntamente resulta de su declarado propósito preferente: «el objetivo proclamado de impedir la exportación generalizada de las PNC es *secundario respecto de su resultado final*: el de limitar la protección igual de los extranjeros, que son quienes únicamente retornan para recuperar residencia en sus países de origen. La protección no contributiva se transforma, así, en una protección *sólo para nacionales*»<sup>13</sup>.

### 1.1.3. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA DEFINITORIA DE LAS PRESTACIONES ESPECIALES NO CONTRIBUTIVAS

Las disposiciones del Reglamento 1408/71 no precisaban el concepto de tales prestaciones especiales, y con este objetivo, el TJCE (partiendo del concepto negativo contenido en las normas internacionales y completándolo)<sup>14</sup>, en el Asunto *Friedrich Skalka*, estableció que conforme al artículo 4, apartado 2 bis, las prestaciones especiales no contributivas pueden delimitarse de forma negativa en dos sentidos:

- Por un lado, no pueden ser prestaciones de seguridad social a efectos del art. 4 apartado 1, sino que sólo pueden ser prestaciones concedidas con carácter supletorio, complementario o accesorio a las prestaciones de las ramas del seguro.
- Por otro lado, tampoco pueden constituir simples prestaciones de asistencia social a efectos del art. 4, apartado 4, que excluye del ámbito de aplicación de este Reglamento la asistencia social y médica.

<sup>11</sup> *Ex* artículo 51 del Tratado de Roma y artículo 10 Reglamento 1408/71. Sobre las prestaciones que se excluían de la regla general de supresión de las cláusulas territoriales, con especial atención de las especiales no contributivas, véase SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «La nueva regulación de las prestaciones no contributivas. Las cláusulas de residencia», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 157, 1998, págs. 57 y ss.

<sup>12</sup> GONZALO GONZÁLEZ, B., «Excepciones al principio de igualdad en los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social», en Instituto Europeo de Relaciones Industriales, *Problemática española de la Seguridad Social Europea*, Comares, Granada, 1999, pág. 16. En sentido similar, *vid.* SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «La nueva regulación de las prestaciones no contributivas. Las cláusulas de residencia», *op. cit.*, págs. 62 y 63.

<sup>13</sup> GONZALO GONZÁLEZ, B., «Excepciones al principio de igualdad en los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social», *op. cit.*, pág. 18.

<sup>14</sup> Su difícil delimitación ha hecho que las normas internacionales procedentes del Consejo de Europa y de la OIT hayan realizado una definición “por exclusión” (una definición negativa) considerando que no son contributivas todas “las prestaciones distintas de aquellas cuya concesión depende, bien sea de una participación financiera directa de las personas protegidas o de su empresario, bien sea de una condición de trabajo profesional” (art. 2 del Convenio 118 de la OIT). *Vid.* GONZALO GONZÁLEZ, B., «Las pensiones no contributivas en Europa», en AAVV, *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992, págs. 136 y ss.

De este análisis se derivaría que las prestaciones especiales no contributivas vendrían caracterizadas por ser prestaciones de la seguridad social –lo que las diferencia de la asistencia social– guardando al mismo tiempo una cierta similitud con la asistencia social, pudiendo consistir tales elementos de la asistencia social, en particular, en que la concesión de la prestación no esté supeditada, en cuanto a su fundamento y a su importe, a determinados periodos de actividad profesional o de cotización, sino a la situación de necesidad del receptor. Se trata, por tanto, de prestaciones de naturaleza mixta, como ha declarado el Tribunal Europeo de Justicia, que ni son asegurativas, ni tampoco asistenciales puras.

Así pues, el TJCE, consciente de la naturaleza mixta que pueden presentar este tipo de prestaciones, tal y como además se señalaba en los Considerandos del Reglamento nº 1408/71, deduce que mediante la introducción de los artículos 4, apartado 2 bis y 10 bis, el legislador comunitario quería adoptar un régimen específico para disposiciones legislativas que, según la jurisprudencia, revisten elementos tanto de prestaciones de seguridad social como de la asistencia social.

Podía concluirse que una prestación constituía una prestación especial de carácter no contributivo a efectos del Reglamento si:

- a) se mencionaba en el anexo II bis del Reglamento nº 1408/71
- b) no se financiaba con las cotizaciones a un sistema de seguridad social
- c) y por un lado, se concede con carácter supletorio a una prestación, y por otro lado tiene elementos de asistencia social.

Dadas las dificultades para su configuración jurídica y técnica, el criterio empleado por el TJCE para la distinción de estas prestaciones respecto de las prestaciones contributivas viene siendo “el modo de financiación de las mismas”<sup>15</sup>, de forma tal que el carácter contributivo o no contributivo dependerá de que se financien o no con las cotizaciones de los asegurados. Así, el Reglamento se aplica a las prestaciones no contributivas, entendiendo por tales las que se financian con fondos públicos, en los que no se incluyen aportaciones directas de los asegurados y cuyas prestaciones, vinculadas a alguno de los riesgos o ramas de protección constituyen derechos exigibles (verdaderos derechos subjetivos).

La Jurisprudencia comunitaria en la materia es muy rica a la par que casuística, con pronunciamientos en los que se aclara qué prestaciones son “especiales no contributivas”, y cuáles no. Así, estimó que tenía este carácter el suplemento compensatorio austríaco destinado a completar una pensión de vejez e invalidez (Sentencia *Skalka*).

Y por el contrario, lo rechazó con determinadas prestaciones de cuidados de larga duración (dependencia, en nuestra Ordenamiento), considerando que se enmarcaban dentro de las prestaciones por enfermedad. Así, la STJCE de 8 de marzo de 2001 (*F. Jauch*, C-215/99,) versó sobre una prestación enmarcada dentro del seguro de dependencia austriaca, y cuya concesión se condiciona a la residencia en Austria, lo que

<sup>15</sup> STJCE de 8 de marzo de 2001, *Jauch* (C-215/99) ; Asunto *Friedrich Skalka* (C-160/02)

situaba como no exportable<sup>16</sup>, que tenía la singularidad de ser una prestación incluida expresamente en el Anexo II bis del Reglamento n° 1408/71 como prestación especial no contributiva (lo que la excluiría de la exportación). Pese a esta circunstancia, el TJCE estimó que se trataba de una prestación de naturaleza idéntica a las prestaciones alemanas a que se refirió la sentencia *Molenaar*, indicando que es irrelevante que la “asignación de asistencia”, sea o no de carácter contributivo. Y, consideró que, a consecuencia de lo anterior y de su calificación como prestación en metálico de enfermedad, debía abonarse aunque el interesado no residiera en Austria<sup>17</sup>. En el mismo sentido negativo, la STJCE de 21 de febrero de 2006 (*Hosse*, C-286/03, EU:C:2006:125) subrayó el hecho de que la calificación otorgada por el Estado competente no es definitiva a estos efectos. Así, indica que “una prestación podrá ser considerada una prestación de seguridad social en la medida en que se conceda a sus beneficiarios, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, en función de una situación legalmente definida y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento núm. 1408/71 (sentencias de 27 de marzo de 1985, *Hoeckx*, 249/83, Rec. pg. 973, apartados 12 a 14; de 16 de julio de 1992, *Hughes*, C-78/91, Rec. pg. I-4839, apartado 15; de 5 de marzo de 1998, *Molenaar*, C-160/96, Rec. pg. I-843, apartado 20, y *Jauch*, apartado 25)”<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> SÁNCHEZ RODAS, C., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el riesgo de dependencia», en VV.AA., *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Ediciones Laborum, Murcia, 2006, pág. 610.

<sup>17</sup> Sobre esta Sentencia, GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDA, «¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003, págs. 84 y 85; SUÁREZ CORUJO, B., «La coordinación comunitaria de las prestaciones especiales no contributivas: reflexiones en torno a la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial al marco español a partir de la STSJ de 8 de marzo de 2001, asunto Jauch», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003, págs. 84 y 85; MERCADER UGUINA, J.R., «La prestación de dependencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades: los asuntos Moolenaar, Jauch, Gaumain-Cerri y Hosse», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 11, 2006; SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, C., «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», en SÁNCHEZ RODAS NAVARRO (Coord.), *Vicisitudes de la aplicación del Derecho Comunitario en España*, Ediciones Laborum, Murcia, 2007, págs. 26 a 29; MORE, G., «Las prestaciones de dependencia y las normas de coordinación relativas a la Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea», en SÁNCHEZ RODAS NAVARRO (Dir.), *Las prestaciones españolas por dependencia y el Derecho de la Unión*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, págs. 14 y 15; ROALES PANIAGUA, E., «Trece años de la prestación por dependencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: del caso Molenaar al de Da Silva Martins (1998-2011)», en SÁNCHEZ RODAS NAVARRO (Dir.), *Las prestaciones españolas por dependencia y el Derecho de la Unión, cit.*, págs. 32 a 35.

<sup>18</sup> En este caso se trata de un trabajador transfronterizo, de nacionalidad alemana, que reside en Alemania, pero que trabaja y cotiza en Austria. Y demanda una prestación (para su hija discapacitada, que vive en Alemania) al Land de Salzburgo (cuya normativa requiere que la persona dependiente tenga su domicilio principal en ese Land). Sobre dicha sentencia, véase MERCADER UGUINA, J.R., «La prestación de dependencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades: los asuntos Moolenaar, Jauch, Gaumain-Cerri y Hosse», *op. cit.*; SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, C., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el riesgo de dependencia», *op. cit.*, págs. 615-617; GARCÍA VALVERDE, M.ª D., «Prestaciones de Seguridad Social: Coordinación Comunitaria. A propósito de la STJCE de 21 de febrero de 2006, Asunto Hosse». *Actualidad Laboral*, n. 16, 2006; ROALES PANIAGUA, E., «Trece años de la prestación por dependencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: del caso Molenaar al de Da Silva Martins (1998-2011)», *op. cit.*, págs. 36 a 39.

## 1.2. EL REGLAMENTO 883/2004

### 1.2.1. CONCEPTUACIÓN DE LAS PRESTACIONES ESPECIALES EN METÁLICO NO CONTRIBUTIVAS

El Capítulo 9 (artículo 70) Reglamento 883/2004 es la norma que rige en exclusiva la coordinación de las “prestaciones especiales de carácter no contributivo”, precepto que recoge el antiguo artículo 10 bis. 1 del Reglamento nº 1408/1971, en su redacción dada por el Reglamento nº 1247/1992. Y es que, como advierte SÁNCHEZ-RODAS, aunque una primera lectura pudiera hacer pensar que se produjo una reforma sustancial en la definición, “las diferencias son más aparentes que reales”<sup>19</sup>. No obstante, resulta positivo que se dentro de la expresión se incluya el término “en metálico”, que aunque fuera algo que ya se admitía, resulta “clarificadora”<sup>20</sup>. En general, con el nuevo Reglamento se gana en “unidad estructural”<sup>21</sup>.

El artículo 70 (como hacía el Reglamento 1408/71) subraya su naturaleza jurídica compleja, a mitad de camino entre la Seguridad Social y la Asistencia Social, al indicar que se trata de prestaciones que “por su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión presenten características tanto de legislación de seguridad social a que se refiere el apartado 1 del artículo 3 como de asistencia social”.

Para que una prestación tenga esta consideración, deben concurrir tres circunstancias que la definen: su finalidad, su financiación, y que expresamente así lo estimen los Estados. En efecto, son tres las notas que simultáneamente deben confluír:

1) Su finalidad. Deben tener por objeto:

- Bien prestar una cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de seguridad social que garantice a las personas en cuestión unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate
- Bien “únicamente la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate”

2) Su financiación debe proceder exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, sin que “las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones, no dependan de ninguna contribución del beneficiario”. Se matiza que las prestaciones concedidas para completar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo

3) Deben figurar en el Anexo X.

<sup>19</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. «Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004», *op. cit.*, pág. 124.

<sup>20</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. «Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004», *op. cit.*, pág. 125.

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., «La coordinación de las prestaciones especiales no contributivas en los diversos Estados de la Unión, antes y después del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pág. 47.

Sólo se conceden y se perciben en el territorio del Estado miembro, siempre que se recojan en el Anexo X del Reglamento nº 883/2004. Se trata, así pues, de prevenir el “turismo social”. En el caso de España, se enumeran en el Anexo X<sup>22</sup> las siguientes<sup>23</sup>:

- Subsidio de garantía de ingresos mínimos (Ley 13/82, de 7 de abril de 1982, actual Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre).
- Prestaciones en metálico de asistencia a personas de avanzada edad e inválidos incapacitados para el trabajo (Real Decreto 2620/81, de 24 de julio de 1981).
- Pensiones de invalidez y jubilación, en su modalidad no contributiva.
- Las prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según dispone la legislación de las Comunidades Autónomas, en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en las correspondientes Comunidades Autónomas.
- Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte (Ley 13/82, de 7 de abril de 1982, actual Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre)

España ha solicitado la inclusión de los complementos a mínimos en el Anexo X, pero en tanto que no se produzca la incorporación hay que seguir reconociendo y exportándolo para las personas incluidas en el ámbito de los Reglamentos que residan o se trasladen a otro Estado miembro, por lo que aunque la LGSS exige desde 2013 la residencia en territorio español (en la actualidad, el artículo 59.1 LGSS), la supresión de la cláusula de residencia será de plena aplicación (hasta tanto no se recoja en el Anexo X, insisto)<sup>24</sup>.

Tampoco se recogen en el Anexo X las Rentas Activas de Inserción, sin que por ahora hayan sido notificadas como prestación especial no contributiva a efectos del Reglamento nº 883/2004. Por tanto, son exportables. Aunque no ilimitadamente, ya que –como advierte SÁNCHEZ-RODAS<sup>25</sup>– en este caso sería aplicable el artículo 64.1.c) Reglamento nº 883/2004, que fija un tope máximo de tres meses (ampliable a seis) cuando los beneficiarios se desplacen en busca de trabajo<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> La actual redacción del Anexo X vino de la mano del Reglamento 998/2009, y que respecto de España tuvo como principal novedad la incorporación de las prestaciones autonómicas que complementan a las pensiones no contributivas (FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., «Las prestaciones especiales en metálico no contributivas a partir de la entrada en vigor del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril», en VV.AA., *El futuro europeo de la protección social*, 2010, Laborum, Murcia, pág. 214).

<sup>23</sup> En España no afecta la exclusión del principio de exportabilidad son las prestaciones por desempleo no contributivas, ya que se omitieron de la enumeración contenida en su momento en el Anexo II bis D del antiguo Reglamento 1408/71. En general, sobre la exportabilidad de las prestaciones por desempleo, *vid.* BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>.A., «La exportación intracomunitaria de prestaciones de desempleo: STS de 15 de octubre 1993», *Poder Judicial*, núm. 34, 1994.

<sup>24</sup> En este sentido, ALONSO-OLEA GARCÍA, B., «Los complementos para pensiones inferiores a la mínima», en GARCÍA-PERROTE y MERCADER UGUINA (Dirs), *La Reforma de la Seguridad Social 2011*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 317; VICENTE PALACIO, A., «Los complementos de pensiones y la pensión mínima de la Seguridad Social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, iustel.com, núms. 29-30, 2012, pág. 8.

<sup>25</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «La Exportación de la Renta Activa de Inserción, ¿Buena Práctica Jurídica?» en VV.AA., *Buenas Prácticas Jurídico Procesales para reducir el Gasto Social*, Laborum, Murcia. 2015.

<sup>26</sup> La exportabilidad tampoco se aplica a las medidas activas del mercado de trabajo al territorio de otro Estado miembro cuando el ciudadano en cuestión resida ya en dicho territorio, como precisa el Reglamento (UE) 2016/589, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2016, relativo a una (...)

A diferencia de lo que ocurría con el Anexo II bis del Reglamento nº 1408/71, que incluía a las prestaciones familiares por hijo a cargo no contributivas, el Anexo X dejó de recogerlas, lo cual debe ser valorado positivamente<sup>27</sup>.

Por otro lado, es digno de mención el hecho de que aunque el concepto que acabamos de exponer se recoge en el Reglamento nº 883/2004, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de mayo de 2010, realmente hubo se “adelantó” su entrada en vigor con la reforma que experimentó el Reglamento nº 1408/71 de la mano del Reglamento nº 647/2005, dictado a resultas de las SSTJUE Jauch y Leclère, y con la que se trata de asegurar la inexportabilidad de las prestaciones enumeradas en el Anexo II bis. Como indica SÁNCHEZ-RODAS, los Estados “no han querido esperar a que el Reglamento 883/2004 sea aplicable para proceder a la introducción de la reforma en materia de prestaciones especiales no contributivas<sup>28</sup>.”

### 1.2.2. SU INEXPORTABILIDAD

Como hemos indicado, el artículo 10 bis. 1 del Reglamento nº 1408/1971, en su redacción dada por el Reglamento nº 1247/1992, introdujo las prestaciones especiales no contributivas, caracterizadas por su inexportabilidad<sup>29</sup>. En efecto, una de sus principales características es que no son exportables, señalando el artículo 70 que a las mismas no les será de aplicación el artículo 7 (dedicado a supresión de las cláusulas de residencia), y que veda que las prestaciones en metálico puedan sufrir reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora.

Tampoco le son de aplicación las demás reglas previstas en el Título III, lo que excluye –entre otras– las normas previstas para el cómputo de períodos de residencia inferiores a un año.

Por el contrario, sí le son de aplicación los principios de igualdad, asimilación de hechos y totalización de períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia (reténgase esta última).

Como «consecuencia inmediata de la inexportabilidad de las prestaciones no contributivas»<sup>30</sup>, no procede el prorrateo de las mismas, siendo “facilitadas en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan, y de conformidad con su

---

red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo, y por el que se modifican los Reglamentos (UE) nº 492/2011 y (UE) nº 1296/2013.

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión, ver ampliamente SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. «Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004», *op. cit.*, págs. 130 y 131.

<sup>28</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. «Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004», *op. cit.*, pág. 129. En esta misma línea, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., «Las prestaciones especiales en metálico no contributivas a partir de la entrada en vigor del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril», *op. cit.*, pág. 213.

<sup>29</sup> Literalmente, señalaba «(...) las personas a las que se aplica el presente Reglamento gozarán de las prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo (...) *exclusivamente en el territorio del Estado miembro en el que residen* y con arreglo a la legislación de dicho Estado, siempre que estas prestaciones se mencionen en el Anexo II bis».

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., «Las prestaciones especiales en metálico no contributivas a partir de la entrada en vigor del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril», *op. cit.*, pág. 222.

legislación. Esas prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia”, como precisa el núm. 4 del artículo 70. Estamos, pues, ante una excepción a la norma comunitaria de exportabilidad general de las prestaciones de la Seguridad Social, como indicamos anteriormente<sup>31</sup>.

### 1.2.3. LOS PERÍODOS DE RESIDENCIA PREVIA

Cuestión distinta es cómo se computan los períodos de residencia para causar *ex novo* una prestación no contributiva, y cómo cohonstar el requisito de residencia con el derecho a la libre circulación dentro de la Unión Europea.

Esto lo aborda el artículo 6 Reglamento nº 883/2004, precisando que «la Institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine: la adquisición, la conservación (...) al requisito de haber cubierto períodos de (...) residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de (...) residencia cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica».

Sin embargo, no procederá el prorrateo de la pensión, sino que la Institución del lugar de residencia será la responsable de abonar íntegramente la prestación<sup>32</sup>. Esta medida se encuadra dentro del principio de conservación de derechos en curso de adquisición.

El TJUE ha precisado los límites que puede tener una legislación nacional que condicione la cobertura no contributiva a acreditar una residencia previa en el país, atendiendo a que está en juego el derecho a la libre circulación, un derecho que forma parte de lo que podría considerarse el status de la ciudadanía europea.

#### a) La Sentencia *Swaddling*, de 1999

La STJCE de 25 de febrero de 1999, asunto C-90/1997, *Swaddling*<sup>33</sup> cuestionó si el requisito de residencia previa es compatible con el derecho a la libre circulación dentro

<sup>31</sup> El Considerando nº 37 del Reglamento nº 883/2004 recuerda que «las disposiciones que suponen una excepción al principio de la exportabilidad de las prestaciones de Seguridad Social han de interpretarse en sentido estricto. Esto significa que sólo pueden aplicarse a las prestaciones que reúnen las condiciones especificadas. Por consiguiente, el Capítulo 9 del Título III del presente Reglamento únicamente puede aplicarse a las prestaciones que sean a la vez especiales y no contributivas y que se enumeren en el Anexo X del presente Reglamento».

<sup>32</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «La nueva regulación de las prestaciones no contributivas. Las cláusulas de residencia», *op. cit.*, pág. 62.

<sup>33</sup> RTJCE 1999\36. Este asunto trata del litigio planteado por un trabajador británico (Sr. Swaddling) contra la Adjudication Officer británica en relación a la denegación del “Income Support”, prestación considerada como prestación especial no contributiva por el Anexo II bis del Reglamento 1408/71. La normativa nacional reguladora de dicha prestación condiciona su concesión a la residencia habitual en el Reino Unido (entre otros requisitos). Pues bien, este trabajador desde 1980 hasta 1994 trabajó principalmente en Francia, aunque ocasionalmente regresaba a su país de origen (incluyendo un período de seis meses en 1988 en el que trabajó en el propio Reino Unido). En 1995 retornó con la determinación de fijar su residencia en su país, solicitando la prestación en cuestión. La Adjudication Officer denegó la prestación alegando incumplimiento del requisito de residencia habitual, resolución contra la cual recurrió ante el Cwmbran Social Security Appeal Tribunal, que estimó el recurso, llegando el caso -tras un nuevo recurso ahora del Adjudication Officer- al Social Security Commissioner, que decidió suspender el procedimiento y plantear cuestión prejudicial ante el TJCE acerca de la compatibilidad del artículo 48 del Tratado de Roma con el requisito de residencia habitual cuando éste «implica la existencia de un período considerable de residencia en el mismo Estado».

de la Unión Europea. Esta Sentencia analiza qué debe interpretarse por residencia habitual conforme al artículo 10 bis del Reglamento n° 1408/71 en el caso de emigrantes retornados<sup>34</sup>.

Para ello, el Alto Tribunal comunitario parte de la letra h) del artículo 1 del Reglamento n° 1408/71, que precisa que el término residencia «significa la estancia habitual», sin que pueda interpretarse extensivamente a períodos de residencia de larga duración. Para cumplir esa exigencia basta con demostrar la voluntad de permanecer en el Estado en cuestión, de modo que no puede negarse la protección «por el mero hecho de que la duración de la residencia en su Estado de origen no sea suficiente» (apartado 30), bastando acreditar la residencia habitual en el momento de la solicitud. En consecuencia, la Sentencia declara que el artículo 10 bis del Reglamento n° 1408/71, «en relación con lo dispuesto en la letra h) del artículo 1 de dicho Reglamento, se opone a que, en el caso de que una persona haya ejercido su derecho a la libre circulación para establecerse en otro Estado miembro en el que haya trabajado y fijado su residencia habitual, y haya regresado al Estado miembro de origen en el que reside su familia para buscar trabajo, este último Estado imponga (...) un requisito de residencia habitual en él que, además, implique la existencia de un período considerable de residencia» (apartado 33 y declaración final).

De este modo, para el Alto Tribunal Comunitario prevalece la remoción de los perjuicios que eventualmente pudieran derivarse del ejercicio del derecho a la libre circulación por encima de las exigencias nacionales que vayan más allá del estricto requisito de residencia legal. Ello quiere decir que los períodos previos de residencia decaen en estos casos, bastando con acreditar la residencia legal. Ello es totalmente coherente con la libre circulación, ya que la conjunción de la inexportabilidad de las prestaciones no contributivas, por un lado, y la exigencia de amplios períodos de residencia previos, por otro, conduce a que la libre circulación tuviera como precio la pérdida de una prestación ya devengada y la difícil generación de otra en el país de destino o retorno.

#### b) La Sentencia *Stewart*, de 2011

La STJCE de 21 de julio de 2011, asunto C-503/09, *Stewart*<sup>35</sup>, a propósito de una norma británica que condiciona la cobertura a un período previo de residencia, declara que “hacer depender la aplicación del principio de supresión de las cláusulas de residencia (actual artículo 7 Reglamento n° 883/2003, antiguo artículo 10 Reglamento n° 1408/71), de si tales cláusulas vienen impuestas en la normativa nacional como

<sup>34</sup> Un estudio sobre la misma en MALDONADO MOLINA, J.A., «El requisito de residencia en el nivel no contributivo de la Seguridad Social. A propósito de la STJCE de 25 de febrero de 1999, asunto C-90/1997, *Swaddling*», *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2000, págs. 483 y ss.

<sup>35</sup> Se trata de una joven británica, con síndrome de Down, residente en España. Al cumplir los 16 años, su madre solicita al Reino Unido una prestación prevista para los jóvenes mayores de 16 y menores de 20 años que sufran una incapacidad, consistente en un subsidio temporal. No exige período previo de cotización, pero sí una residencia previa de veintiséis semanas en las cincuenta y dos semanas anteriores, además de encontrarse en el Reino Unido en el momento de la solicitud. La Secretary of State for Work and Pensions denegó dicha solicitud debido a que la Sra. Stewart no cumplía el requisito de presencia en Gran Bretaña. La madre de la demandante interpuso recurso contra la resolución denegatoria, que no prosperó, recurriendo en apelación ante el órgano jurisdiccional remitente, que plantea cuestión prejudicial al TJUE, planteando una serie de dudas entre las que está la compatibilidad con el artículo 10 Reglamento n° 1408/71 (supresión de las cláusulas de residencia) con esta norma.

requisito de adquisición de las prestaciones enumeradas en dicha disposición o como requisito para su conservación, equivaldría a permitir a los Estados miembros desbaratar el efecto útil de este principio, optando, para excluir una prestación determinada del ámbito de aplicación de dicho principio, por calificar las cláusulas de residencia que imponen de requisito para la concesión de tales prestaciones, y no como requisito para la conservación de éstas” (apartado 63).

Añade que “en determinados supuestos, un requisito de presencia anterior podría equivaler, en la práctica, a una cláusula de residencia habitual, cuando, en particular, dicho requisito exige largos períodos de presencia en el territorio del Estado miembro en cuestión y/o cuando dicho requisito debe cumplirse durante todo el período de pago de la prestación controvertida. Pues bien, en tales supuestos, el artículo 10, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento nº 1408/71 se opone asimismo a un requisito de presencia anterior en la medida en que éste pueda asimilarse a una cláusula de residencia en el sentido de dicha disposición” (apartado 73).

Esta Sentencia no declara contraria al Derecho de la Unión toda norma nacional que imponga un período de residencia previa. Lo que sí hace es subrayar que al ligarse al estatuto de ciudadano de la Unión (derecho a circular libremente), las normas nacionales que fijen limitaciones deben asentarse en criterios objetivos y proporcionados al fin a conseguir, sin que puedan ser disuasorios del derecho a circular libremente.

En efecto, el TJUE recuerda que los reglamentos comunitarios no instituyen un régimen común de seguridad social, sino que dejan subsistir regímenes nacionales distintos y su único objeto es garantizar que exista un nivel de coordinación entre estos últimos, correspondiendo a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones. Ahora bien, advierte que en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deberán respetar el Derecho de la Unión y, en concreto, las disposiciones del Tratado FUE sobre la libertad, que se reconoce a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de los Estados miembros, como “estatuto de ciudadano”<sup>36</sup>.

Serán contrarias a tal estatuto las reglas que puedan “disuadir a un nacional de un Estado miembro de hacer uso de ellas por los obstáculos a su libertad de circular y residir en otro Estado miembro creados por una normativa nacional que penaliza el hecho de que las haya ejercido”.

Eso no quiere decir, como hemos adelantado, que no se admitan reglas nacionales que impongan cláusulas de residencia previa. Ahora bien, tal restricción sólo puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas independientes de la nacionalidad de

---

<sup>36</sup> En este sentido, subraya que “El estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico”. Por ello, estima que la Sra. Stewart, en su condición de ciudadana de la Unión, ha hecho uso de su libertad de circular y residir en un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen. Y esa opción vital no puede dejarla frente al Estado miembro del que es nacional con un trato menos favorable que aquel del que disfrutaría si no hubiera hecho uso de las facilidades concedidas por el Tratado en materia de circulación.

las personas afectadas y resulta proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional. Pues bien, el TJUE considera que son objetivos legítimos:

- a) Que el legislador nacional desee asegurarse de la existencia de un vínculo real entre el solicitante de una prestación y el Estado miembro competente<sup>37</sup>.
- b) Garantizar el equilibrio financiero del sistema nacional de seguridad social<sup>38</sup>.

Estos son los argumentos que esgrimió el Gobierno del Reino Unido, además de alegar que el requisito de la presencia anterior en el territorio del Estado miembro competente resulta proporcionado en vista del objetivo perseguido, en la medida en que sólo exige un corto período de presencia de veintiséis semanas en total, no existiendo otro medio que permita a la vez demostrar la existencia de un vínculo suficiente con el Reino Unido y proteger la integridad del sistema de seguridad social.

Aquí es donde se centra el asunto, en verificar si con una prestación no contributiva, puede considerarse legítimo que un Estado miembro sólo conceda tal prestación una vez que haya podido demostrarse la existencia de un vínculo real del solicitante con el Estado competente. Pues bien, la existencia de tal vínculo podría verificarse, en particular, demostrando que la persona en cuestión estuvo realmente presente en el territorio de ese Estado miembro durante un período de tiempo de una duración razonable.

En el caso en cuestión, el TJUE considera que tal relación puede verificarse a través de otros medios, de forma que “el requisito de la presencia anterior sobrestima indebidamente un elemento que no es necesariamente representativo del grado real y efectivo de vinculación entre el solicitante de una prestación de corta duración por incapacidad para jóvenes discapacitados y dicho Estado miembro, excluyendo cualquier otro elemento representativo”<sup>39</sup>.

### 1.3. EL REQUISITO DE RESIDENCIA HABITUAL COMO LÍMITE A LA IGUALDAD EN LAS PRESTACIONES ASISTENCIALES (Y NO ASISTENCIALES)

#### 1.3.1. LA DIRECTIVA 2004/38/CE Y EL DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL

La Directiva 2004/38/CE, reconoce el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a residir en otro Estado miembro por un periodo de hasta tres meses sin estar sometidos a otra condición o formalidad que la de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos (art. 6.1). Y la libre circulación de trabajadores (conforme

<sup>37</sup> Sentencias de 11 de julio de 2002, *D’Hoop*, C-224/98, ECLI:EU:C:2002:432, apartado 38; y de 23 de marzo de 2004, *Collins*, C-138/02, ECLI:EU:C:2004:172, apartado 67.

<sup>38</sup> Sentencias de 28 de abril de 1998, *Kohll*, C-158/96, ECLI:EU:C:1998:171, apartado 41, y 11 de septiembre de 2008, *Petersen*, C-228/97, ECLI:EU:C:2008:494, apartado 57.

<sup>39</sup> En efecto, no puede excluirse que la existencia de tal vínculo pueda demostrarse a partir de otros elementos representativos. Así, tales elementos son las relaciones existentes entre el solicitante y el sistema de seguridad social del Estado miembro competente. A este respecto, de la resolución de remisión se desprende que la demandante en el litigio principal recibe ya un subsidio de subsistencia para discapacitados en virtud de la normativa del Reino Unido.

se contempla en el artículo 5 del Reglamento n° 492/2011)<sup>40</sup>, incluye a los solicitantes de empleo y no exclusivamente a los trabajadores que ejercen ya una actividad laboral.

Ahora bien, a la par que se reconoce ese derecho de residir libremente hasta durante tres meses, también se exonera a los Estados de prestarles cobertura de “prestaciones de asistencia social” durante ese período de tiempo (artículo 24.2 Directiva 2004/38/CE), sin que tampoco esté “obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias”. En consecuencia, pueden residir libremente durante ese tiempo, pero los Estados pueden denegarles toda prestación de asistencia social<sup>41</sup>.

A partir del tercer mes, la Directiva 2004/38/CE también permite condicionar la residencia a no ser una carga excesiva para el Estado. En este caso, sí hay que analizar cada supuesto, considerando que no se es una carga cuando concurren una de las cuatro circunstancias siguientes: que sea trabajador (o asimilado)<sup>42</sup>; se disponga de recursos suficientes; se esté realizando estudios contando con un seguro de enfermedad; o sea familiar de un ciudadano de la Unión cumpliendo las condiciones anteriores (artículo 7.1 Directiva 2004/38). Es decir, el derecho a la residencia depende de que concurra alguna de estas circunstancias. Ello es importante por lo que más adelante indicaremos.

Respecto del requisito de residencia habitual, recuérdese que nuestra LGSS, en su artículo 51.2 indica que “a efectos del mantenimiento del derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social, o a los complementos por mínimos, para cuya percepción se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario tiene su residencia habitual en España aun cuando haya tenido estancias en el extranjero, siempre que éstas no superen los noventa días naturales a lo largo de cada año natural, o cuando la ausencia del territorio español este motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas”<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la unión (DOUE de 27 de mayo).

<sup>41</sup> El fundamento, tal y como se recoge en el Considerando 10 de la Directiva 2004/38, es que “Conviene [...] evitar que los beneficiarios del derecho de residencia se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante un primer período de estancia. Por ello, debe supeditarse a determinadas condiciones el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia por períodos superiores a tres meses”. Estas limitaciones pueden fijarse con carácter general, sin analizar la situación laboral o económica de la persona.

<sup>42</sup> El artículo 7.3 de la Directiva 2004/83/CE matiza aunque ya no ejerza ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, mantendrá la condición de trabajador en los siguientes casos: a) si sufre una incapacidad laboral temporal resultante de una enfermedad o accidente; b) si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo; c) si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. En este caso, la condición de trabajador se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses; d) si sigue una formación profesional. Salvo que se encuentre en situación de paro involuntario, el mantenimiento de la condición de trabajador exigirá que la formación guarde relación con el empleo previo.

<sup>43</sup> Este precepto tiene su origen en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014, que incorporó una nueva Disposición Adicional Sexagésima Quinta a la LGSS de 1994, pasando con el TR de 2015 a ser el artículo 51.2. Un completo análisis de las consecuencias (...)

Otra regla a tener en cuenta es que a la hora de valorar si una persona tiene o no recursos suficientes, ese importe no superará el límite de recursos establecido en el país para conceder la asistencia social o, en su defecto, el nivel de la pensión mínima de seguridad social pagada por el Estado miembro de acogida (art. 8.4). En consecuencia “los Estados miembros pueden señalar una determinada cantidad que sirve como cifra de referencia”<sup>44</sup>, “pero no pueden imponer un importe de ingresos mínimos por debajo del cual se presumirá que el interesado no dispone de recursos suficientes”<sup>45</sup>.

Resumiendo: el derecho de las personas económicamente no activas a residir en el Estado miembro de acogida depende de que dichas personas dispongan, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida, y de que dispongan de un seguro de enfermedad con cobertura total.

### 1.3.2. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

En base a esta lógica, hay una relativamente reciente pero ya consolidada<sup>46</sup> jurisprudencia del TJUE que permite a un Estado miembro denegar determinadas prestaciones sociales a los nacionales de otros Estados miembros durante los tres primeros meses de su estancia, sin que esa denegación presuponga un examen de la situación individual y específica del ciudadano en cuestión, en base a preservar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social nacional (ya que no puede condicionarse la residencia en esos tres meses a que cuenten con medios de subsistencia suficientes y con una cobertura médica personal). Las Sentencias en cuestión con las siguientes<sup>47</sup>:

- STJUE de 19 de septiembre de 2013, *Brey*, C-140/12, EU:C:2013:565
- STJUE de 11 de noviembre de 2014, *Dano* C-333/13, EU:C:2014:2358<sup>48</sup>
- STJUE de 15 de septiembre de 2015, *Alimanovic*, C-64/14, EU:C:2015:597<sup>49</sup>

---

de este precepto, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Aranzadi, 2015.

<sup>44</sup> GUERRERO PADRÓN, T., «Alcance y articulación del principio de igualdad de trato respecto de las prestaciones de asistencia social», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2016, Vol. I, N° 1, pág. 80.

<sup>45</sup> STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto C-140/12, *caso Brey*.

<sup>46</sup> PANIZO ROBLES, J.A., «Otra vuelta de tuerca en contra de la Libre Circulación de los Ciudadanos de la Unión Europea. STJUE de 14 de junio de 2016, C-308/14, Comisión vs. Reino de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte», *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, junio 2016.

<sup>47</sup> Un análisis detallado de las mismas en GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDA, C., “Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae Cameron dixit”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 3, 2015, págs. 49 y ss.

<sup>48</sup> Sobre ella, PANIZO ROBLES, J.A., «¿Se acabó en Europa el “turismo social” o se resquebrajan los principios de libre circulación, igualdad de trato y solidaridad? (Con ocasión de la STJUE de 11 de noviembre de 2014)», *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, noviembre 2014; MIÑARRO YANINI, M., «Límites económicos a la libertad de circulación: ¿«sopa boba» o «solidaridad» para los comunitarios no nacionales? (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2014, asunto C-333/13)», *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 382, enero 2015; JIMÉNEZ BLANCO, P., «Derecho de residencia en la Unión Europea y turismo social», *La Ley Unión Europea*, núm. 22 enero/2015.

<sup>49</sup> Sobre la problemática de los demandantes de empleo, comentando esta Sentencia, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Derecho comunitario y de residencia a las prestaciones de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE», *La Ley Unión Europea*, núm. 32, diciembre 2015. Igualmente, SUÁREZ CORUJO, B., «Ciudadanos de segunda: los obstáculos a la libre (...)»

- STJUE de 25 de febrero de 2016, *García-Nieto*, C-299/14, EU:C:2016:114
- STJUE de 14 de junio de 2016, *Comisión vs. Reino Unido*, C-308/14EU:C:2016:436

Hemos indicado que el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38/CE posibilita la denegación durante los tres primeros meses de las «prestaciones de asistencia social» y «ayudas de manutención» (en este caso, consistentes en becas y préstamos –incluidos los de formación profesional– a personas que no sean trabajadores o sus familiares). ¿Qué se viene entendiendo por tales prestaciones y ayudas? ¿solo se admiten restricciones para este tipo de ayudas? Son respuestas que podrían resolverse en sentidos diversos, porque para conseguir un consenso de intereses, la norma hace verdaderos “malabares jurídicos”, en palabras de SÁNCHEZ-URÁN, recurriendo a “abundantes conceptos jurídicos indeterminados, de expresiones y términos imprecisos”, disponiendo las legislaciones nacionales y el TJUE “de un amplio margen de apreciación”<sup>50</sup>. Veamos la respuesta del TJUE.

En sus primeros pronunciamientos, el TJUE ha considerado como tales a las «prestaciones especiales en metálico no contributivas» (previstas en el artículo 70,2, del Reglamento nº 883/2004): casos *Brey* (2013, Estado competente Austria); *Dano* (2014, Estado competente Alemania); *Alimanovic* (2015, Alemania); y *García-Nieto* (2016, Alemania), cuestión poco controvertida porque el propio Reglamento nº 883/2004 les atribuye unas características tanto de Seguridad Social como de Asistencia Social.

Sin embargo, en la última Sentencia que se ha dictado al respecto, se trata de un supuesto distinto, tanto por la materia objeto de armonización (una prestación familiar), como por no acotarse a los tres primeros meses, así como por el requisito exigido por la legislación nacional (en este caso la británica), que es tener “derecho a la residencia” (es decir, residencial legal, no solo habitual). En efecto, el relato de los hechos puede sintetizarse como sigue. La Comisión interpuso recurso por incumplimiento contra el Reino Unido por entender que la regulación británica era discriminatoria, dado que exigía para lucrar esta prestación un requisito adicional a los previstos en el artículo 14 de la Directiva 2004/38 (el tener “derecho a la residencia”), lo que “genera una discriminación directa por razón de la nacionalidad, habida cuenta de que se trata de un requisito que se aplica únicamente a los extranjeros, puesto que los nacionales británicos que residen en el Reino Unido lo cumplen automáticamente”.

El TJUE entiende que es cierto que hay discriminación, pero indirecta (cuestión que también admite el Reino Unido), aunque considera que este tipo de discriminación es admisible si es adecuada para garantizar la consecución de un objetivo legítimo. Y en este caso hay uno: “la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida justifica en principio la posibilidad de comprobar la regularidad de la residencia en el momento del reconocimiento de una prestación social, especialmente en el caso de las personas procedentes de otros Estados miembros y que no ejercen actividades económicas, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado”.

---

circulación de los pobres (trabajadores). A propósito de la STJUE 15 de septiembre de 2015, *Alimanovic*», *Revista de Información Laboral* num.1/2016.

<sup>50</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Derecho comunitario y de residencia a las prestaciones de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE», *op.cit.*, pág. 11.

El TJUE da por buena la discriminación en base al derecho de residencia (con recursos, léase, que es la que puede pasar a ser legal) ya que lo contrario puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema. Junto a ello, considera que el Reglamento comunitario “no tiene por objeto determinar los requisitos materiales para que exista el derecho a las prestaciones de seguridad social. Corresponde, en principio, a la legislación de cada Estado miembro determinar tales requisitos”. Por tanto, del artículo 11 Reglamento nº 883/2004 no cabe deducir que “el Derecho de la Unión se oponga a una disposición nacional que supedita el derecho a obtener prestaciones sociales, tales como las prestaciones sociales controvertidas, a la circunstancia de que el solicitante goce de derecho de residencia legal en el Estado miembro de que se trate”.

Hay que subrayar que la admisión de ese requisito no se basa en que se trate de una prestación asistencial. Se trata de una prestación no contributiva, pero no es asistencial, ya que no se condiciona a un límite de rentas. Es universal, aunque los solicitantes de complementos familiares que dispongan de mayores ingresos están sujetos a la obligación tributaria de restituir un importe equivalente, como máximo, a los complementos percibidos. Y además no se ha declarado dentro del Anexo X, de forma que no se incardina dentro de las prestaciones especiales no contributivas. Es una prestación de Seguridad Social, no de Asistencia Social, y así lo declara el TJUE (apartado 60).

Para comprender el alcance de esta Sentencia (que para el TJUE realmente no lo tiene, al señalar que reitera la jurisprudencia anterior)<sup>51</sup>, entiendo que hay que subrayar que con ella queda claro que una normativa nacional puede excluir la cobertura a los comunitarios que no sean residentes legalmente, considerando como “no residentes” a quienes no realizan una actividad económica.

Respetando el criterio del TJUE, y sus argumentos, entiendo que esto implica una marcha atrás en la filosofía de que la Seguridad Social no sea un obstáculo para la libre circulación de personas. Una cosa es luchar contra el turismo social; y otra recibir un tratamiento discriminatorio para una prestación de este tipo. Es evidente que nadie se desplaza a otro país con el objetivo de obtener una prestación familiar.

Si el Reglamento sobre coordinación de 2004 supuso un salto cualitativo al reconocer dentro de su campo de aplicación a todos los ciudadanos<sup>52</sup>, dado que (en palabras del propio TJUE) “su único objetivo es articular la coordinación (...) a fin de garantizar el ejercicio efectivo de la libre circulación de personas” (apartado 67 STJUE 14 de junio de 2016); esta interpretación respecto de las prestaciones de la Seguridad social es una regresión.

<sup>51</sup> Indica que “de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que nada se opone, en principio, a que la concesión de prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas esté supeditada a la exigencia de que éstos cumplan los requisitos para gozar del derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida (véanse, en este sentido, entre otras, las sentencias de 19 de septiembre de 2013, Brey, C-140/12, EU:C:2013:565, apartado 44, y de 11 de noviembre de 2014, Dano, C-333/13, EU:C:2014:2358, apartado 83)”.

<sup>52</sup> Con el Reglamento 883/2004 se “deslaboraliza por completo el ámbito aplicativo, al desaparecer la alusión a trabajadores (por cuenta propia o ajena) o al motivo que provoca la intervención de varios ordenamientos nacionales” (SEMPERE NAVARRO, A.V., «Coordenadas de la Seguridad Social comunitaria: el Reglamento 883/2004», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num.9/2004).

Hasta ahora las restricciones a la nacionalidad se situaban en el ámbito de la asistencia social. Dar el paso a la Seguridad Social puede implicar neutralizar la coordinación respecto de las prestaciones universales que son precisamente uno de los ámbitos donde el status de “ciudadano” se ve cubierto frente al de “trabajador” (o asimilado), que –en principio– nunca sería una carga, por realizar una actividad económica (aunque en ocasiones esa actividad económica no impida que sea una carga para el Sistema). En conclusión, esto supone abrir una puerta a que la protección social comunitaria retorne al punto anterior al Reglamento de 2004, en el que la coordinación solo se concebía para los trabajadores o asimilados.

Hemos enumerado las Sentencias que hasta la fecha se han apoyado en la Directiva 2004/38/CE para admitir limitaciones en la cobertura por asistencia social, clasificándolas según el tipo de prestación (todas prestaciones de asistencia social –prestaciones especiales no contributivas–; salvo la de 14 de junio de 2016, que es una prestación familiar –Seguridad Social–). Junto a esta perspectiva “objetiva”, hay otra muy elocuente a la hora de clasificarlas, y es la “subjctiva”, para la cual seguimos la estructura propuesta por SÁNCHEZ-URÁN<sup>53</sup>:

1. Demandante de empleo (potencial trabajador en el Estado de acogida en el que busca efectivamente empleo), distinguiendo a su vez
  - a. Demandante de primer empleo en el Estado de acogida, al que se traslada con la finalidad de buscar activamente empleo: *Caso García-Nieto y otros*
  - b. Desempleado y demandante de empleo: *Caso Alimanovic*
2. Ciudadano que no busca empleo en el Estado de acogida por motivos muy diferentes:
  - a. Ciudadano que se traslada al Estado de acogida con el único motivo de lograr los beneficios de la asistencia social de ese Estado: *Caso Dano*
  - b. Ciudadano que se traslada al Estado de acogida por otras circunstancias diferentes a la búsqueda de empleo o por obtener esos beneficios, por ejemplo, pensionistas del Estado de origen que se traslada al otro Estado y solicita prestaciones complementarias: *Caso Brey*
3. Trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia (con medios suficientes de vida): *Caso Vatsouras y Koupatantze*

### 1.3.3. LA FALLIDA DECISIÓN DEL CONSEJO EUROPEO DE FEBRERO DE 2016

Lo anteriormente expuesto debe contextualizarse con los nuevos aires restrictivos que corrían en los últimos tiempos en la Unión (impulsados sobre todo por el Reino Unido), de admitir límites en la protección social de los ciudadanos que se desplacen a otro país de la Unión sin ejercer actividades económicas, o incluso sin una oferta de empleo previa, lo cual dejaría el ámbito de la libre circulación a la esfera laboral o educativa (o turística para corta duración).

<sup>53</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Derecho comunitario y de residencia a las prestaciones de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE», *op. cit.*, págs. 21 y 22.

En efecto, el Reino Unido venía planteando desde 28 de noviembre 2014<sup>54</sup> la necesidad de adecuar la coordinación de protección social en función de los modelos de Seguridad Social, ya que entendía que los modelos *beveridgeanos* veían peligrar su equilibrio financiero antes los masivos flujos migratorios que provenían de otros países de la Unión<sup>55</sup>. Y se insertaba dentro de una estrategia de redefinición de las relaciones con la Unión Europea, cuyo colofón era el Referéndum sobre la salida británica de la Unión Europea (el conocido como *Brexit*). En el ámbito que nos ocupa, una de las exigencias británicas era que los trabajadores migrantes debieran tener una oferta de trabajo antes de desplazarse al Reino Unido, exigencia que chocaba con el artículo 20 TFUE, la Directiva 2004/38/CE y el Reglamento 492/2011<sup>56</sup>, y que se limitara la estancia de los solicitantes de empleo hasta un máximo de seis meses en caso de que no encuentren trabajo en dicho período.

Pues bien, el Consejo Europeo hizo importantes concesiones. Así, el 7 de diciembre de 2015, el Presidente del Consejo Europeo (Donald Tusk) dirigió una carta al Consejo, en la que literalmente indicaba que “hemos de superar las sustanciales diferencias políticas que aún mantenemos sobre la cuestión de las prestaciones sociales y la libre circulación»<sup>57</sup>. De este modo, la protección social y su relación con la libre circulación se situaba en el Agenda de la nueva relación con el Reino Unido, con objeto de evitar su salida de la Unión<sup>58</sup>.

Estas concesiones se concretaron en el Consejo del 18 y 18 de febrero, en el que reforzó la “situación especial del Reino Unido en la UE”, con la inclusión de una Decisión que se calificaba como “jurídicamente vinculante e irreversible”, recogida en el Anexo I de las Conclusiones del Consejo Europeo. En lo que nos atañe, en la Sección D con la rúbrica de “Prestaciones Sociales y Libre Circulación”.

Parte de que la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión tiene una obstáculo en el hecho de que los sistemas de seguridad social de los Estados miembros, “están estructurados de manera diversa, y esto puede por sí mismo atraer a trabajadores de determinados Estados miembros. Es legítimo tener en cuenta esta situación y contemplar, tanto a escala de la Unión como nacional, y sin crear discriminaciones directas o indirectas injustificadas, medidas que limiten los flujos de trabajadores de una escala tal que generen efectos negativos tanto para los Estados miembros de origen como para los de destino”. Por ello, declara que la coordinación siempre debe tener en cuenta “que los Estados miembros tienen derecho a definir los principios fundamentales de sus sistemas de seguridad social y disfrutan de un amplio margen discrecional para determinar y ejecutar sus políticas sociales y de empleo, incluido el establecimiento de condiciones para el acceso a las prestaciones sociales”.

<sup>54</sup> Sobre el planteamiento británico, GARCÍA DE CORTÁZAR NEBRED, C., «Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae Cameron dixit», *Revista de Seguridad Social*, núm. 3, 2015, págs. 36 y ss.

<sup>55</sup> GARCÍA DE CORTÁZAR NEBRED, C., «Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae Cameron dixit», *op. cit.*, pág. 43.

<sup>56</sup> Un análisis de la colisión de las demandas británicas contra la normas comunitarias, en, GARCÍA DE CORTÁZAR NEBRED, C., «Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae Cameron dixit», *op. cit.*, págs. 37-39.

<sup>57</sup> <http://www.consilium.europa.eu/es/policias/uk/2016-uk-settlement-process-timeline/>.

<sup>58</sup> En su reunión de diciembre de 2015, el Consejo Europeo se propuso “hallar soluciones satisfactorias para todas las partes en cuatro ámbitos de interés”: competitividad; gobernanza económica; soberanía; y prestaciones de la seguridad social y libre circulación.

Apoyándose en la jurisprudencia del TJUE, se declara que estas limitaciones encuentran su fundamento en “el riesgo de poner en peligro gravemente la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social”, por lo que es legítimo imponer condiciones en relación con determinadas prestaciones para velar por la existencia de un vínculo real y efectivo entre la persona afectada y el mercado laboral del Estado miembro de acogida.

A continuación, la Decisión recoge el supuesto de hecho que –en ese momento– estaba *sub iudice*<sup>59</sup> y que se resolvería en la comentada STJUE de 14 de junio de 2016: “Los Estados miembros pueden rechazar peticiones de asistencia social formuladas por ciudadanos de otros Estados miembros que no disfruten de un derecho de residencia o que tengan autorización de residir en su territorio únicamente para buscar empleo”<sup>60</sup>.

El Consejo Europeo no se limitó a hacer estas consideraciones generales, sino que encarga a la Comisión reformar dos Reglamentos comunitarios: uno, el nº 883/2004; y otro, el nº 492/2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. Respecto de este último, se propone incluir mecanismos para restringir el acceso a las prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional ante situaciones de flujos migratorios excepcionales. Esta limitación podría extenderse hasta cuatro años a contar desde el inicio del empleo<sup>61</sup>.

La Decisión recogía una advertencia, por lo demás obvia pero que deja a las claras lo que hubieran representado estas medidas, y es que estas modificaciones “no deberían dar lugar a que los trabajadores de la UE reciban un trato menos favorable que los nacionales de terceros países en situación comparable”.

Sin embargo, como de todos es sabido, el 23 de junio de 2016, el pueblo británico vota a favor de la salida de la Unión. Pues bien, el 24 de junio, tiene lugar una Declaración conjunta de los dirigentes de la UE y la Presidencia neerlandesa sobre el resultado del referéndum del Reino Unido, en la que señalan que «Según lo convenido, el "Nuevo régimen del Reino Unido en la Unión Europea", acordado en el Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016, no entrará en vigor y dejará de existir. No habrá renegociaciones».

El “*Brexit*” se acogió, en general, como una mala noticia para la Unión. Pero analizando lo que hubiera supuesto en orden a la seguridad social de los emigrantes, quizá pareciera una oportunidad para evitar que las reglas restrictivas se hubieran ido contagiando de un país a otro. Sin embargo, en diciembre de 2016 quedó claro que no es así. El Reino Unido no es el único país que temeroso por el impacto de las migraciones comunitarias ha presionado por una política restrictiva, como veremos a continuación.

<sup>59</sup> Pero el recurso se había interpuesto por la Comisión contra Reino Unido el 27 de junio de 2014.

<sup>60</sup> Se añade que “Esta posibilidad incluye las peticiones de ciudadanos de la UE procedentes de otros Estados miembros de recibir prestaciones cuya función predominante sea cubrir los costes mínimos de subsistencia, incluso si dichas prestaciones están previstas también para facilitar el acceso al mercado de trabajo en los Estados miembros de acogida”.

<sup>61</sup> La limitación debería ser gradual, pasando de una exclusión inicial completa a un acceso progresivo a estas prestaciones para tener en cuenta la relación cada vez más sólida del trabajador con el mercado laboral del Estado miembro de acogida. La autorización tendría una duración limitada y se aplicaría durante un periodo de 7 años a los trabajadores de la UE que lleguen por primera vez.

#### 1.4. LA PROPUESTA DE REFORMA DEL REGLAMENTO DE DICIEMBRE DE 2016

Como hemos visto en la introducción, el 13 de diciembre de 2016, la Comisión presentó una propuesta de modificación del Reglamento 883/2004, en la que opta por limitar la coordinación de los derechos en materia de Seguridad Social a las personas que tengan derecho a la residencia. Quedan fuera de la coordinación los ciudadanos económicamente inactivos, que son aquellos que no están trabajando o buscando empleo activamente y no tienen el derecho de residencia legal en su territorio.

Si se trata de persona en búsqueda de empleo, no se le limitará a efectos de Seguridad Social (pero sí de asistencia social)

Por tanto, condiciona la cobertura de Seguridad Social a tener derecho a la residencia. Y a su vez, el derecho a la residencia se condiciona a que dispongan de medios de subsistencia (que les impongan una carga fiscal) y una cobertura sanitaria completa. Como es fácil de imaginar, eso tiene un impacto especialmente alto cuando se trata de personas sin derecho a prestaciones contributivas. Se estima que la población de ciudadanos desplazados económicamente inactivos es de 3,7 millones. Casi el 80 % de ellos obtienen derechos (derechos de residencia y / o derechos a prestaciones).

Respecto de qué prestaciones quedan exceptuadas de la igualdad, el nuevo Artículo 4 precisa que el Estado de acogida puede condicionar el principio de igualdad de trato a los migrantes comunitarios económicamente inactivos en relación con el acceso a las **PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL** en función de la obligación de residencia legal establecida en la Directiva 2004/38 / CE. Y se apoya en el TJUE, que “ha declarado que los Estados miembros pueden condicionar el acceso de los ciudadanos económicamente inactivos del Estado miembro de acogida a las prestaciones de seguridad social, que no constituyen asistencia social en el sentido de la Directiva 2004/38/CE, a un derecho de residencia legal en el sentido de dicha Directiva”

Por tanto, “Codifica” la jurisprudencia del TJUE

Hay líneas rojas. En concreto, el Considerando 5c precisa que “Sin perjuicio de las limitaciones al derecho a la igualdad de trato de las personas económicamente inactivas (...) ninguna disposición del presente Reglamento debe restringir los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales Derechos de la Unión Europea, en particular:

- el derecho a la dignidad humana (artículo 1)
- el derecho a la vida (artículo 2)
- y el derecho a la asistencia sanitaria (artículo 35)”

Los cambios contemplados en la Propuesta de reforma del Reglamento nº 883/2004 COM(2016) 815 final son de una gran magnitud. Realmente, dejamos de ser iguales en materia de Seguridad Social (no solo en orden a la asistencia social), salvo que tengamos recursos económicos. El principal cambio es que se daría una nueva regulación al acceso de los ciudadanos económicamente inactivos a las prestaciones sociales, tomando como base la jurisprudencia del TJUE, en el sentido de que los Estados miembros pueden decidir no conceder prestaciones sociales a los ciudadanos

desplazados económicamente inactivos (prestaciones sociales en general, no solo la asistencia social).

En la Exposición de Motivos, dentro de la evaluación de las medidas a adoptar, se indica que “se prefiere esta opción frente a las opciones legislativas alternativas (permitir tal excepción respecto a las prestaciones especiales en metálico no contributivas mencionadas en el artículo 70 del Reglamento nº 883/2004; o eliminar del presente Reglamento las prestaciones especiales en metálico no contributivas que proporcionan ingresos de subsistencia)”

Por tanto, parece que esta solución (vetar la cobertura en los primeros meses de estancia), se ha contemplado como una opción menos restrictiva frente a otras alternativas, entre las que se barajó ni más ni menos que eliminar la coordinación de las prestaciones no contributivas.

Se modifica el anexo X del Reglamento de base, en el que se enumeran las prestaciones especiales en metálico no contributivas, para reflejar los cambios en las legislaciones nacionales<sup>62</sup>.

## 2. LAS PENSIONES ESPAÑOLAS NO CONTRIBUTIVAS

### 2.1. UNA APROXIMACIÓN ESTADÍSTICA

Para comprender el peso real que el requisito de residencia tiene, haremos un repaso sobre el porcentaje de extranjeros que perciben las pensiones no contributivas, así como el peso que tiene la residencia legal dentro de las causas de denegación, así como las de extinción por revisión (anuales; y de oficio o a instancia de parte), expondremos los datos recogidos en las memorias de gestión del IMSERSO

#### 2.1.1. DATOS SOBRE NACIONALIDAD

El requisito de la nacionalidad del país de cara a la concesión de prestaciones no contributivas es una exigencia que comúnmente suele preverse por los distintos Ordenamientos que poseen prestaciones de dicho nivel. Sin embargo, desde la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la nacionalidad es irrelevante en nuestro Ordenamiento<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Se suprimen algunas entradas, ya que las prestaciones enumeradas o bien han dejado de existir (el subsidio social checo, el subsidio estonio en favor de los adultos con discapacidad, el subsidio de transporte húngaro y las pensiones estatal y alimenticia eslovenas), o bien la prestación ha sido redefinida y se inscribe en el marco de la legislación nacional de asistencia social (el complemento esloveno a los ingresos para pensionistas). Deben añadirse nuevas prestaciones que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 70, apartado 2, del Reglamento de base (la prestación estonia por gastos de sepelio, el subsidio social rumano para pensionistas y el componente de movilidad del pago de independencia personal británico). Deben actualizarse dos de las entradas actuales correspondientes a Alemania Suecia, dado que se han modificado las legislaciones nacionales.

<sup>63</sup> Hasta 1997, el nivel no contributivo se reservaba a los españoles, año en el que se equipara a los mismos a los nacionales de países de estirpe ibérica y de países que a través de Tratados y convenios internacionales se les confiera ese derecho. A partir de la LO 4/2000, se produce la total equiparación. En esta línea, el artículo 7.2 LGSS 2015 señala que “También estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones no contributivas, los extranjeros que residan legalmente en territorio español, en los términos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, (...)”

Pese a ello, a nadie se le escapa que fijar un período previo de residencia (tan amplio como el de la jubilación no contributiva, diez años), tiene un mayor impacto en los extranjeros que llegan a España, siendo un requisito desincentivador del turismo social, pero que deja en peores condiciones a los extranjeros que a los nacionales. Por ello, no son pocos los autores que consideran que en el caso de los comunitarios nos encontramos ante una vulneración del principio de igualdad, que se cumple solo en apariencia, tanto en orden al acceso de la prestación, como del mantenimiento del derecho, ya que «sus efectos restrictivos inciden mayoritariamente sobre los extranjeros», y además la salvedad carece de fundamento al producir un efecto distinto al que presuntamente resulta de su declarado propósito preferente: «el objetivo proclamado de impedir la exportación generalizada de las PNC es *secundario respecto de su resultado final*: el de limitar la protección igual de los extranjeros, que son quienes únicamente retornan para recuperar residencia en sus países de origen. La protección no contributiva se transforma, así, en una protección *sólo para nacionales*»<sup>64</sup>.

La realidad es que el número beneficiarios de pensiones no contributivas sin nacionalidad española es porcentualmente escaso, aunque ello no quiere decir que el requisito de residencia previa sea irrelevante. Obviamente, es un requisito que tiene una mayor incidencia en los extranjeros, pero también puede tener impacto en los españoles que abandonan el territorio nacional. Así, el 96,01 % de los pensionistas no contributivos son nacionales españoles, seguidos a mucha distancia por nacionales de países distintos a los de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo<sup>65</sup>.

ESPAÑOLES		UE y EEE		OTROS	
Número	%	Número	%	Número	%
434.624	96,01 %	4.483	0,99 %	13.589	3 %

Fuente: [http://www.imserso.es/imserso\\_01/documentacion/publicaciones/colecciones/informacion\\_publicacion/index.htm?id=2884](http://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/publicaciones/colecciones/informacion_publicacion/index.htm?id=2884)

### 2.1.2. DATOS SOBRE DENEGACIONES

La principal causa de denegación es la relativa a circunstancias económicas. En las Direcciones Territoriales a Ceuta y Melilla la denegación por falta de residencia legal es más importante, siendo el principal motivo de denegación en el caso de la jubilación no contributiva, por sus singulares circunstancias socio-demográficas.

---

en su caso, en los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos internacionales aprobados, suscritos o ratificados al efecto”.

<sup>64</sup> GONZALO GONZÁLEZ, B., «Excepciones al principio de igualdad en los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social», *op. cit.*, p. 18.

<sup>65</sup> Desglosado por pensiones, en el caso de la jubilación no contributiva el 0,97 % son ciudadanos de un país comunitario (1.913 personas), y en el de la invalidez no contributiva el 1,15 % (2.274). Fuente: [http://www.imserso.es/imserso\\_01/documentacion/publicaciones/colecciones/informacion\\_publicacion/index.htm?id=2884](http://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/publicaciones/colecciones/informacion_publicacion/index.htm?id=2884)

CAUSA	NÚMERO (2010-2016)
Grado minusvalía	35.590
Rentas Unidad Económica Convivencia	34.617
Rentas Personales	19.898
<b>Residencia legal</b>	<b>11.190</b>
Incompatibilidad	5.681
Edad	3.838
Sin desglosar	145
Solicitar sin pasar dos años	75
Total	111.034

Fuente: IMSERSO, Evolución de la gestión 2010-2016, datos a 31 de diciembre 2016

<http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/evolges20102016.pdf> (página 99)

### 2.1.3. DATOS SOBRE REVISIONES

#### A) Revisión de oficio a instancia de parte

Si atendemos tanto a las revisiones de oficio como a instancia de parte, se comprueba que la causa de extinción menos frecuente es la de pérdida de residencia legal (sumatorio de los años 2010-2016):

CAUSA REVISIÓN (EXTINCIÓN)	NÚMERO	PORCENTAJE
Fallecimiento	95.326	42,47 %
Recursos personales	69.385	30,91 %
Recursos Unidad Económica de Convivencia	24.796	11,05 %
Grado	5.536	2,47 %
<b>Residencia Legal</b>	<b>1.511</b>	<b>0,67 %</b>
Otras causas	27.894	12,43 %
Total	224.448	100 %

Fuente: IMSERSO, Evolución de la gestión 2010-2016, datos a 31 de diciembre 2016

<http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/evolges20102016.pdf> (página 15)

En el año 2016, el número de pensiones no contributivas cuya causa de revisión fue la pérdida de la residencia legal fue de 263 (114 de jubilación, 119 de invalidez)<sup>66</sup>.

#### B) Revisiones anuales

Si nos centramos en los datos de 2016 (último ejercicio del que se disponen datos a junio de 2017, fecha de cierre de esta publicación), los datos de las causas de extinción por revisión anual reflejan que solo el 1,08 % de estas extinciones obedece a la pérdida de residencia legal, siendo la principal la causa la económica (65,41 %), y el fallecimiento (20,55 %). En 2016 fueron 94.

<sup>66</sup> <http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/revanual2016.pdf> (pág. 39).

CAUSA REVISIÓN (EXTINCIÓN)	NÚMERO	PORCENTAJE
Recursos Unidad Económica de Convivencia	3.994	45,80 %
Recursos personales	1.710	19,61 %
Fallecimiento	1.792	20,55 %
<b>Residencia Legal</b>	<b>94</b>	<b>1,08 %</b>
Otras causas	1.131	12,97 %
Total	8.721	100 %

Fuente: IMSERSO, revisión anual y revisiones de oficio e instancia de parte año 2016  
<http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/revanual2016.pdf>

Ahora bien, si ampliamos el análisis a la evolución del peso de esta causa de revisión anual en los últimos siete años, vemos cómo ha aumentado de forma notable las que responden al incumplimiento del requisito de residencia legal

2010		2011		2012		2013		2014		2015		2016	
Nº	%												
27	0,17 %	30	0,16 %	45	0,49 %	71	0,71 %	85	0,29 %	72	1,01 %	94	1,08 %

Fuente: IMSERSO, Evolución de la gestión 2010-2016, datos a 31 de diciembre 2016  
<http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/evolges20102016.pdf> (página 14)

Sumando todas las revisiones (anuales y a instancia), el 2016 hubo 357 extinciones motivadas por el requisito de residencia legal.

## 2.2. EL REQUISITO DE RESIDENCIA

### 2.2.1. REGLAS GENERALES Y SU COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN

A diferencia del requisito de nacionalidad, la exigencia de una residencia previa encuentra una fácil justificación en la aplicación de las técnicas actuariales a la cobertura de riesgos sociales: se trata de hacer posible una *previsión*, con la suficiente antelación, de la demanda de protección que en cada momento pueda acontecer, cuestión especialmente importante si consideramos que existe un derecho subjetivo a estas prestaciones, con lo que las limitaciones presupuestarias no tienen cabida aquí<sup>67</sup>.

En nuestro Ordenamiento se exige la residencia legal en España durante al menos diez años para la jubilación no contributiva (período que debe estar comprendido entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión); y cinco para la invalidez no contributiva. En ambos casos, se exige además una residencia inmediata al momento de la solicitud: dos deberán ser consecutivos y previos a la solicitud de la prestación<sup>68</sup>.

Trasladadas estas reglas, sobradamente conocidas, a los principios de coordinación fijados en el Reglamento nº 883/2004, procede dilucidar dos cuestiones, fundamentalmente: a) ¿deben computar, a estos efectos, los períodos de residencia

<sup>67</sup> MALDONADO MOLINA, J.A., «El requisito de residencia en el nivel no contributivo de la Seguridad Social. A propósito de la STJCE de 25 de febrero de 1999, asunto C-90/1997, *Swaddling*», *op. cit.*, pág. 483.

<sup>68</sup> Artículos 363.1 y 369.1 LGSS; artículos 1.b y 8.b RD 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

acreditados fuera de nuestro país?; y b) la exigencia de una residencia previa exigida para las pensiones no contributivas españolas ¿es acorde a la libre circulación?.

Respecto de la primera, la normativa española exige una residencia previa en España de cinco o diez años, según se solicite una invalidez o jubilación. Pues bien, como analizamos, a las prestaciones especiales no contributivas les es de aplicación el artículo 6 Reglamento nº 883/2004, que precisa que «la Institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine: la adquisición, la conservación (...) al requisito de haber cubierto períodos de (...) residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de (...) residencia cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica». Por tanto, en principio deberían tenerse en cuenta a efectos del cómputo de residencia la totalidad de los períodos de residencia acreditados en cada uno de los países comunitarios. Y ello sería así tanto para los ciudadanos de la Comunidad como para los españoles residentes en cualquiera de los países comunitarios<sup>69</sup>.

Respecto de la segunda, hay que recordar que el TJUE ha precisado los límites que puede tener una legislación nacional que condicione la cobertura no contributiva a acreditar una residencia previa en el país, atendiendo a que está en juego el derecho a la libre circulación. Como analizamos, la STJCE de 21 de julio de 2011, asunto C-503/09, *Stewart* subraya que al ligarse al estatuto de ciudadano de la Unión (derecho a circular libremente), las normas nacionales que fijen limitaciones deben asentarse en criterios objetivos y proporcionados al fin a conseguir, sin que puedan ser disuasorios del derecho a circular libremente. Con esta lógica, las limitaciones nacionales sólo pueden justificarse si se basan en consideraciones objetivas independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y resultan proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional. Pues bien, el TJUE considera que son objetivos legítimos:

- Que el legislador nacional desee asegurarse de la existencia de un vínculo real entre el solicitante de una prestación y el Estado miembro competente.
- Garantizar el equilibrio financiero del sistema nacional de seguridad social.

En este sentido, entendemos que las normas españolas en materia de pensiones no contributivas no superarían el examen conforme al primer objetivo, ya que diez años es un período excesivo para acreditar la existencia de un vínculo real entre el Estado y el ciudadano. Piénsese que la Sentencia *Stewart* consideró excesivo un período de veintiséis semanas. Unos períodos de “vinculación” con el sistema español no se exigen ni en el nivel contributivo (salvo para la jubilación contributiva), por lo que exigir una mayor vinculación en orden a obtener protección asistencial frente a buena parte del bloque contributivo, es un plus que resulta desproporcionado, y que de facto viene a desbaratar el efecto útil del principio de libre circulación.

El segundo objetivo a cumplir debe ser el del equilibrio del sistema financiero. Precisamente, en esta idea se han situado los Tribunales de Justicia el fundamento de la exigencia de residencia previa<sup>70</sup>. Parece entenderse que las aportaciones fiscales que

<sup>69</sup> En esta línea, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Aranzadi, 2015; FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, CES, Madrid, 2002, pág. 151.

<sup>70</sup> La STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2012 (Jur. 2012\297080) señala que «El fundamento de este requisito o exigencia legal -permanencia real y efectiva en territorio español en calidad de extranjero con (...)»

deben realizarse para sostener las pensiones no contributivas se sitúan en cinco/diez años. Este amplio período contrasta enormemente con períodos temporales más escuetos que se requieren para otras prestaciones asistenciales, además de otras prestaciones contributivas<sup>71</sup>.

Llegado a este punto, podríamos llegar a la conclusión de que la normativa española es contraria a la libre circulación salvo que se interprete en el sentido de que para acreditar los períodos de residencia previos se totalizarán los efectuados en cualquier país de la Unión Europea. Y efectivamente, es la interpretación que postulamos.

Ahora bien, en caso de que prosperara la reforma del Reglamento nº 883/2004, propuesta en diciembre de 2016, que –como hemos señalado– condiciona la cobertura de Seguridad Social a tener derecho a la residencia. Y a su vez, el derecho a la residencia se condiciona a que dispongan de medios de subsistencia y una cobertura sanitaria completa. Bastaría con que el Estado condicionara el acceso de los ciudadanos económicamente inactivos a un derecho de residencia legal en el sentido de dicha Directiva, para que por mucho que se quisiera totalizar, la efectiva cobertura quedara a expensas del Estado en cuestión.

### 2.2.2. INTERRUPCIONES DE LA RESIDENCIA

La residencia legal exigida ha de ser continuada, tanto en los dos años anteriores a la solicitud, como una vez reconocida. Ahora bien, el RD 357/1991 permite dos excepciones (art. 10.2 RD 357/1991):

- a) que sean interrupciones breves, entendiéndose por tales las que sean inferiores a noventa días a lo largo de cada año natural
- b) que sean interrupciones motivadas por causas de enfermedad debidamente justificadas

---

permiso de residencia en España- lo halla la doctrina en diferentes causas o razones, entre las que cabe destacar aquella según la cual las prestaciones no contributivas constituyen una manifestación de la solidaridad nacional, lo que determina que estén previstas para quienes demuestren tener un cierto arraigo en España, una vinculación que sea la contrapartida al hecho de sufragarse, vía presupuestos generales del Estado, con cargo a los impuestos que se satisfacen por quienes en ella viven y tienen sus actividades. Constituye, en consecuencia, este requisito un modo de salvaguarda doble: por un lado (sentido positivo), que la ayuda de la sociedad se centre entre quienes, necesítandolo, en ella están arraigados y en quienes, precisándolo, a ella están vinculados, mientras que por otro (sentido negativo), se quieren así evitar los desplazamientos o inmigraciones más o menos masivos de población marginal en búsqueda de este tipo de prestaciones». En el mismo sentido, se indica que “la permanencia en España es una condición derivada de la naturaleza no contributiva de estas prestaciones de de Seguridad Social” (STSJ de Madrid de 19 de marzo de 2013, JUR. 168938).

<sup>71</sup> Por lo demás, recordar que la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia, hace suyos los requisitos de las pensiones no contributivas del Sistema de Seguridad Social, al exigir un período previo de residencia en territorio español. En particular, adopta el criterio temporal requerido en la pensión de invalidez no contributiva. Este dato es revelador de cómo pese a no haberse insertado la cobertura de la dependencia dentro del Sistema de Seguridad Social, se anudan determinados elementos con el mismo, con el propósito de dotar de coherencia al conjunto de la protección social. Sin embargo, donde adolece de incoherencia es con la normativa comunitaria, que conceptúa las prestaciones por dependencia dentro de las prestaciones por enfermedad, sin que quepan limitaciones por razón de la residencia.

Esta norma reglamentaria se ha visto reforzada legalmente, al recogerse en la propia LGSS una previsión análoga. Así, el artículo 51.2 LGSS 2015, que señala que “A efectos del mantenimiento del derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social (...) para cuya percepción se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario tiene su residencia habitual en España aún cuando haya tenido estancias en el extranjero, siempre que estas no superen los noventa días naturales a lo largo de cada año natural, o cuando la ausencia del territorio español este motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas”<sup>72</sup>.

En el caso de que esté motivado por enfermedad, la norma no aclara si quien sufra la enfermedad debe ser el propio beneficiario o un familiar, limitándose a indicar el motivo. Hay pronunciamientos judiciales que consideran que debe tratarse de una enfermedad que padezca el propio beneficiario, y no un familiar<sup>73</sup>. Y en el mismo sentido también se han postulado algunos autores<sup>74</sup>, aunque no hay unanimidad en la doctrina<sup>75</sup>. Consideramos que la excepcionalidad que supone ausentarse sin límite temporal, por encima de los noventa días sin justificación que permite el primer inciso, solo se explica por la imposibilidad de retorno que motiva una enfermedad en primera persona.

En los supuestos de ausencia superior a los noventa días por enfermedad, hay pronunciamientos judiciales que no exigen que haya una total coincidencia entre lo que exceda de los noventa días y el período de enfermedad, dando prioridad al hecho de que la enfermedad impida el retorno antes del período referido<sup>76</sup>.

No cabe la suspensión de la prestación mientras se tramita por la Administración la renovación del permiso de residencia<sup>77</sup>.

### 2.2.3. ACREDITACIÓN DE LA RESIDENCIA

La legalidad de la residencia se predica no sólo del momento de la solicitud, sino de la totalidad del período computable, como se denota de los términos empleados por el legislador cuando exige a los beneficiarios que «residan legalmente en territorio español y lo hayan hecho durante diez años entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo

<sup>72</sup> El artículo 51 LGSS 2015 tiene su origen en la Disposición Final Cuarta -apartado siete- de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014, que incorporó una nueva Disposición Adicional Sexagésima Quinta a la LGSS de 1994.

<sup>73</sup> STSJ de Canarias –Tenerife– de 19 de febrero de 2003, Jur. 2003\102101.

<sup>74</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y BARRIOS BAUDOR, G.L., *Las Pensiones No Contributivas*, cit., pág. 38; FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, CES, Madrid, 2002, pág. 148.

<sup>75</sup> FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 139.

<sup>76</sup> STSJ de Canarias –Tenerife– de 23 de junio de 2003, Jur. 2003\178639. STSJ de Galicia de 11 de diciembre de 2001 (Jur. 2002\28974), la Sala considera que existe causa justificada para no interrumpir el concepto de residencia continuada al haber estado la beneficiaria durante más de tres meses en la República Argentina por causa de enfermedad.

<sup>77</sup> STSJ de Baleares de 7 de febrero de 1995, AS 760, referida a la modalidad no contributiva de las prestaciones por hijo a cargo.

de la pensión»<sup>78</sup>. Además, es claro que se trata de residencia, y no la mera situación de estancia a la que se refiere la L.O. 4/2000, de 11 de enero<sup>79</sup>.

Para la concreta acreditación del requisito de residencia, la norma indica que preferentemente se efectuará mediante certificación de los respectivos padrones municipales (art. 23.1.b) RD 357/1991), lo cual no obsta a que tal residencia pueda «verificarse por otros medios no excluidos por el Real Decreto»<sup>80</sup>, dado que «el hecho del empadronamiento puede suponer una presunción “*iuris tantum*” de residencia, pero desde luego lo que no puede es obviarse la realidad de los hechos aunque no coincida con la realidad registrada»<sup>81</sup>. Es una presunción pero *iuris tantum*<sup>82</sup>. El empadronamiento no implica que su presencia y estancia en España pueda ser calificada como residencia legal porque según dispone el artículo 18.2 de la Ley 7/1985, de 2 abril 1985, de Bases del Régimen Local: “la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España”<sup>83</sup>. Y aunque no hubiera empadronamiento, podría probarse la residencia legal por otro medio<sup>84</sup>.

#### 2.2.4. NO EXPORTABILIDAD DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS ESPAÑOLAS

Como hemos indicado, en nuestro Derecho interno ausentarse del país durante noventa o más días al año conlleva la pérdida de la prestación. Esto supone que, implícitamente, la protección no contributiva queda excluida del principio de exportabilidad de las prestaciones. En el mismo sentido, recuérdese la previsión del

<sup>78</sup> La STSJ de Madrid de 22 de julio de 1999, AS 217, aclara que «cuando el art. 167.1 de la LGSS exige a los posibles beneficiarios de la pensión de jubilación no contributiva que «residan legalmente en territorio español y lo hayan hecho durante diez años entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión», no está limitando exclusivamente dicho requisito –el de la residencia legal– al momento de la solicitud, sino que también lo requiere para la totalidad del período computable, ya que los términos “lo hayan hecho”, es decir, el tiempo en el que se conjuga el verbo «residir», al igual que el adverbio “legalmente” que lo califica, están claramente referidos al concepto de residencia legal que lo precede». En esta misma línea, admitiendo únicamente la “residencia legal”, STSJ de Madrid de 12 de junio de 2001, (AS 412); STSJ de Madrid de 22 de enero de 2004 (Jur. 2004\95399); STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2002 (Jur.2002\242687); STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2004 (Jur. 2004\91065); STSJ de Cataluña de 3 de septiembre de 2007 (Jur. 2007\335673).

<sup>79</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y BARRIOS BAUDOR, G.L., *Las Pensiones No Contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 36; STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2002, Jur. 2002\242687.

<sup>80</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 18 de diciembre de 2002, Jur 2003\208233.

<sup>81</sup> STSJ Castilla y León –Valladolid– de 28 de octubre de 2002, AS 2002\3222.

<sup>82</sup> STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2011 (Jur. 2011\403071).

<sup>83</sup> STSJ Madrid, 23 de marzo de 2006. La STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2010 (Jur. 2010\414890) indica que «una cosa es la efectiva residencia legal y otra muy distinta su acreditación, que puede ser lograda por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, y en particular por el padrón municipal de habitantes», aclarando el Tribunal que «la norma se limita a exigir la residencia legal, sin que sea preciso que la misma se acredite únicamente por el padrón municipal; es más, cuando la norma de seguridad social quiere que se acrediten ciertos requisitos relativos al acceso a una determinada pensión mediante la certificación de un registro público así lo hace». En el mismo sentido, las SSTSJ de la Comunidad Valencia de 3 de marzo de 2009 (Jur. 2009\250377) y la STSJ de Aragón de 15 de octubre de 2008 (Jur. 2008\388050).

<sup>84</sup> La STSJ de Galicia de 28 de septiembre de 2012 (JUR 2012\365834) señala que «el padrón municipal de habitantes es medio idóneo para acreditar la convivencia y residencia en un determinado domicilio, aunque no cabe denegar su incompatibilidad con otros documentos que eventualmente puedan estar incorporados a las actuaciones».

artículo 51.2 LGSS, en el sentido de que a efectos del mantenimiento del derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social para cuya percepción se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario tiene su residencia habitual en España aun cuando haya tenido estancias en el extranjero, siempre que éstas no superen los noventa días naturales a lo largo de cada año natural, o cuando la ausencia del territorio español este motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas.

Ya hemos dicho que las pensiones no contributivas españolas están dentro del Anexo II del Reglamento nº 883/2004, por lo que no cabe la exportabilidad de las mismas, y consecuentemente tampoco procedería para el abono de la prestación prorratea temporis, por lo que España será responsable del importe íntegro de la prestación no contributiva



# XXIX. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CIUDADANOS ESPAÑOLES (NO ACTIVOS) DESPLAZADOS TEMPORALMENTE EN TERRITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER CARRIZOSA PRIETO

*Profesora Contratada Doctora de derecho del trabajo y de la seguridad social  
Universidad Pablo de Olavide*

## 1. INTRODUCCIÓN

La protección de los ciudadanos españoles que se encuentran en el extranjero constituye, de acuerdo con la regulación constitucional, uno de los parámetros de actuación que debe guiar las políticas sociales en un Estado Social y Democrático de Derecho. Así lo reconoce expresamente el art. 42 de la CE, al plasmar positivamente dos obligaciones distintas a cuenta del Estado. La primera de ellas consistente en velar por la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y la segunda en orientar las políticas públicas hacia su retorno. Ciertamente, se podría argumentar que el mencionado precepto constitucional restringe su ámbito de actuación, por su propia dicción literal, a los ciudadanos españoles trabajadores en el exterior, quedando excluidos, por tanto, aquellas personas que aun siendo nacionales y encontrándose fuera del territorio nacional, no realizan algún tipo de actividad profesional.

Sin embargo, no es esta la conclusión que deriva de una interpretación sistemática del texto constitucional. Al margen de otras disposiciones que se pudieran traer a colación, el reconocimiento constitucional de un sistema de protección social universal, en cuanto ha de proteger a todos los ciudadanos españoles, obliga a los poderes públicos a articular una serie de medidas que garanticen la cobertura social de las diversas situaciones de necesidad de la totalidad de la ciudadanía, independientemente del país en el que residan o en que se encuentren (art. 41 CE). Las mismas consideraciones se pueden extraer de la regulación contenida en otros preceptos constitucionales, pues no por denominarse principios rectores de la política económica y social deben ser configurados como normas programáticas, vacías de contenido y, por tanto, simples orientaciones a las que deben tender las políticas públicas. Muy al contrario, la plasmación constitucional de determinados derechos sociales, o predominantemente prestacionales, si se prefiere esta denominación, deja sentada la existencia de un cúmulo de derechos que tienen como principales titulares a los ciudadanos españoles.

Obviamente, la universalidad en el reconocimiento de los derechos contrasta con el carácter territorial que caracteriza a la regulación social, inconveniente que, en determinadas circunstancias, se intenta superar a través de determinados mecanismos jurídicos, fundamentalmente mediante diversos instrumentos de armonización y coordinación (Reglamentos y Directivas en el caso de los países Comunitarios y del Espacio Económico Europeo –EEE–, tratados o convenios específicos, bilaterales o multilaterales, en el ámbito internacional o en un marco de cooperación más reducido entre dos o más Estados). En todo caso, este tipo de instrumentos se dirigen a proteger

la generalidad o sólo determinadas situaciones de necesidad (dependiendo de las circunstancias), de ciudadanos españoles que realizan su actividad profesional en países extranjeros, por lo que la fractura que atenaza al carácter universal del Sistema se manifiesta ostensiblemente en la protección que reciben los ciudadanos españoles que residen en el extranjero y, más específicamente, aquellos sujetos que, sin realizar una actividad profesional retribuida, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, en régimen laboral o en régimen funcionarial, se encuentran por circunstancias diversas y ajenas a las mencionadas en un país extranjero. El presente análisis tiene por objeto considerar y valorar las medidas que, con objeto de proteger a este colectivo, se han adoptado en los últimos años, constatando la normativa, jurisprudencia y prácticas existentes en este momento.

Las razones por las que un ciudadano español se puede encontrar, con carácter temporal o permanente, en un país extranjero pueden ser muy diversas, desde motivos personales o vacacionales, hasta razones relacionadas con actividades, que aun no siendo estrictamente profesionales, se vinculen con la realización de cualquier actividad formativa o vocacional (estudiantes; viajes comerciales, labores altruistas, etc.). El problema fundamental es que no existen datos estadísticos fiables sobre los ciudadanos que por motivos no profesionales salen al exterior en régimen de estancia temporal<sup>1</sup>. Esta carencia denota las dificultades de nuestro análisis, y ello porque las estadísticas respecto de las migraciones (que engloban todos los cambios de residencia y, en consecuencia, todos los movimientos de personas), se basan fundamentalmente en las variaciones residenciales, los censos y padrones, permisos de residencia, permisos de trabajo y otros datos relacionados con el ejercicio de actividad profesional.

Existe, no obstante, otra circunstancia que complica considerablemente el objeto de este estudio. Se trata de la propia concepción que debe regir la temporalidad o permanencia de las estancias en el extranjero. A estos efectos, hay que tener en cuenta que el régimen jurídico aplicable para determinar estas concepciones depende del país o conjunto de países receptores. Efectivamente, la normativa que regula la entrada y permanencia en un determinado Estado es la normativa de extranjería de ese determinado Estado, independientemente de que se trate de un país de la UE o que sea externo a la Comunidad. No obstante, existen directrices globales a tener en cuenta para establecer estas definiciones, tanto en el ámbito de la Comunidad como en la esfera internacional. De estas directrices generales se puede extraer la conclusión de que se considera estancia temporal aquella que tiene una duración inferior a tres meses, mientras que, en principio, se estima residencia la permanencia por una duración superior a la mencionada. A pesar de ello, lo verdaderamente importante a efectos de examinar el régimen de protección social de los ciudadanos españoles en el exterior es la condición de residente en otro Estado, circunstancia que, de conformidad con la regulación actual, ostentan aquellas personas que se han inscrito como tales en el registro habilitado al efecto en las oficinas consulares.

---

<sup>1</sup> Así, el Padrón de Españoles Residentes en el Extranjero (PERE), constituye un registro administrativo en el que constan las personas de nacionalidad española que residen con carácter permanente en el extranjero. Por otro lado, el INE sólo cuenta con datos respecto de la emigración asistida, que es la que se refiere al conjunto de españoles que salen de nuestro país para trabajar en el extranjero, asistidos por la Dirección General de Migraciones.

## 2. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CIUDADANOS ESPAÑOLES (NO ACTIVOS) EN EL EXTERIOR. LAS NORMAS COMUNITARIAS

En el ámbito de la Unión Europea (en adelante, UE), y una vez superada la fase de promover únicamente la libre circulación de trabajadores (arts. 39 y 42 TCE, y sus respectivos desarrollos a través, entre otros mecanismos, de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y la necesidad de articular directrices de seguridad social para que este factor no se convierta en un obstáculo al mencionado principio), el Tratado de la Unión Europea (TUE, 1992) centra su atención en el concepto más amplio de ciudadanía, garantizando la libre circulación y residencia de los ciudadanos comunitarios en cualquier Estado que forme parte de la UE (Arts. 17 y 18 CE). Tan es así que, en la actualidad, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) contiene dos disposiciones distintas respecto del principio de libre circulación, una relativa a los ciudadanos (art. 21.1 TFUE) y otra referida a los ciudadanos que, además, son trabajadores (art. 45 TFUE)<sup>2</sup>.

La categoría de ciudadano comunitario, así como el conjunto de derechos que conlleva, se hacen efectivos mediante la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, aunque también se debe aludir al Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el Espacio Económico Europeo.

Este nuevo enfoque en las políticas comunitarias pretende convertir el concepto de ciudadanía en una condición generadora de auténticos derechos civiles, políticos y sociales, por lo que incide en la protección del conjunto de la población y no sólo de aquel sector que realiza una actividad laboral o profesional, colectivo que ya contaba con un régimen jurídico propio para la defensa de sus derechos e intereses profesionales. En este contexto, la Directiva 2004/38/CE revisa los instrumentos comunitarios existentes (respecto de los trabajadores asalariados y los trabajadores por cuenta propia), pero, sobre todo, inicia una codificación del status de los ciudadanos comunes que se desplazan por el territorio de la UE (estudiantes y otras personas inactivas) garantizando el derecho de libre circulación y residencia a través de una regulación propia que les diferencie del resto de colectivos.

La regulación que estamos considerando diferencia, a efectos de protección social, tres tipos de situaciones en las que se puede encontrar un ciudadano comunitario inactivo que se desplaza al territorio de otro Estado miembro. La primera situación supone la residencia en otro Estado por periodo inferior a tres meses. Para estos supuestos, en las que el principio de libre circulación requiere que no se exija más documentación que un documento de identidad o pasaporte válido, la Directiva traslada a los distintos Estados la decisión sobre el reconocimiento de prestaciones de asistencia social (arts. 5 y 6, Considerando núm. 21).

Como segunda situación, se regula la situación de residencia superior a los tres meses. A diferencia del caso anterior, los Estados receptores pueden requerir el registro

---

<sup>2</sup> Recientemente, sobre esta cuestión, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Libre circulación en la Unión Europea y prestaciones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social”, *Revista General de Seguridad Social*, 10/2017, pp. 111 y ss.

del ciudadano de la Unión ante las autoridades competentes cuando éstos pretendan instalarse de forma duradera en un Estado miembro (arts. 7 y 8), mientras que la Directiva establece posibles condiciones para su reconocimiento por parte de los distintos Estados, con objeto de evitar que los beneficiarios del derecho se conviertan en una carga excesiva para sus sistemas de asistencia social (Considerando núm. 10).

De conformidad con esta regulación, para acceder a la situación de residencia temporal es necesario que el residente inactivo cuente con recursos suficientes para no convertirse en una carga para el sistema de asistencia social del Estado receptor, circunstancia que justifica, entre otras, la obligación de contar con recursos suficientes y concertar un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos. También se puede acceder a esta situación si se realiza una actividad por cuenta propia o ajena o si se ostenta la condición de estudiante siempre que se acredite haber efectuado matrícula en un centro público o privado, se concierte un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro y se garantice la posesión de recursos suficientes ante la autoridad nacional competente. Acceden a esta situación, los familiares que acompañen o se reúnan con un ciudadano de la Unión y que se encuentre en las situaciones descritas<sup>3</sup>.

Por último, la residencia por tiempo ininterrumpido durante cinco años conlleva la condición de residente permanente, condición administrativa que otorga la plena igualdad con respecto a los nacionales a efectos de asistencia social y cualquier otra ayuda económica, becas o préstamos de estudios, incluidos los relativos a la formación profesional (arts. 16, 24, Considerando 17).

Por tanto, podemos decir que los ciudadanos comunitarios, por el simple hecho de serlo, tendrán garantizado el acceso a los sistemas de asistencia social de los Estados en que se encuentren cuando ostenten respecto de éstos la condición de residentes permanentes, situación a la que sólo se accede una vez transcurridos cinco años de residencia temporal. Para el periodo de residencia temporal, no existe disposición normativa de derecho derivado que obligue expresamente a los Estados miembros a otorgar prestaciones asistenciales a los ciudadanos comunitarios que, sin realizar actividad económica o profesional, se encuentren en sus territorios (art. 24.2). En los casos de residencia temporal de ciudadanos inactivos se requiere la concertación de un seguro que cubra las posibles contingencias y la disponibilidad de recursos económicos, medidas que pretenden garantizar la viabilidad de los sistemas de protección social.

Lógicamente, el hecho de que no exista obligación jurídica expresa no significa que no se perciban este tipo de prestaciones. En España, por ejemplo, la mayoría de las prestaciones de carácter asistencial, especialmente las que regulan y otorgan las distintas Comunidades Autónomas (CC.AA), se reconocen por el simple hecho de ser ciudadano europeo, sin entrar a diferenciar en función de la situación administrativa. De hecho, esta situación se reconoce indirectamente por la regulación comunitaria al prever que los distintos Estados podrán expulsar a aquellos ciudadanos europeos (refiriéndose a los residentes temporales) que se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social, lo que no significa que se sancione el recurso a la asistencia social con la expulsión<sup>4</sup>,

<sup>3</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Libre circulación en la Unión Europea y prestaciones no contributivas de Seguridad Social ...”, op. cit. pp. 117 y ss.

<sup>4</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Libre circulación en la Unión Europea y prestaciones no contributivas de Seguridad Social ...”, op. cit. p. 118.

puesto que antes de adoptar esta medida el Estado receptor deberá valorar la entidad de las dificultades y su carácter temporal, la duración de la residencia, las circunstancias personales y la cuantía de la ayuda concedida (Considerando 16).

Por último, hay que tener en cuenta que, aun siendo éste el marco genérico, caracterizado por una serie de requisitos genéricos y específicos, a la hora de transponer la directiva analizada, muchos Estados miembros no han establecido un régimen tan estricto, exigiendo únicamente ser ciudadano de la UE o familiar (no ciudadano) que lo acompaña o visita. Efectivamente, el RD 240/2007, de 16 febrero, por el que se regula la entrada, libre circulación y residencia en España de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE, no supedita la condición de residencia temporal a ninguno de los requisitos que se mencionan en la Directiva 2004/38/CE, por lo que también para este colectivo (y no sólo para los residentes permanentes) debe regir el principio de igualdad de trato con respecto a los nacionales plasmado en el art. 3.4 RD 240/2007 (“*Todos los ciudadanos de la Unión que residan en España conforme a lo dispuesto en el presente Real Decreto gozarán de igualdad de trato respecto de los ciudadanos españoles en el ámbito de aplicación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Este derecho extenderá sus efectos a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente*”). Esto significa, a efectos de protección social, que los ciudadanos europeos que residan en nuestro país, ya se trate de residencia temporal o permanente, tendrán acceso en las mismas condiciones que los nacionales españoles al sistema de protección social siempre que cumplan con los requisitos genéricos o específicos que exige para cada prestación la regulación aplicable.

No obstante, y como última circunstancia hay que tener en cuenta los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las UE (TJUE), pronunciamientos que no parecen mantener una línea clara y concisa respecto a si la denegación de las prestaciones de asistencia social a los ciudadanos comunitarios inactivos con residencia temporal, constituye una vulneración del principio de no discriminación por razón de nacionalidad (art. 18 TFUE). La STCE de 29 de abril de 2004 (Asunto Brey), estima que el derecho de residencia de los ciudadanos europeos puede verse condicionado o limitado por intereses legítimos de los Estados, aunque el mero hecho de disfrutar de una ayuda social no convierte al ciudadano en una carga para el sistema de protección social. No obstante, existen pronunciamientos de distinto tenor como, por ejemplo, las SSTUE de 11 de noviembre de 2014 (Asunto Dano), de 15 de septiembre de 2015 (Asunto Alimanovic) y de 25 de febrero de 2016 (Asunto García Nieto), en los que se establece que la Directiva comunitaria ni impide ni deslegitima las normas y prácticas nacionales que excluyen de las prestaciones asistenciales a los ciudadanos comunitarios que residen temporalmente en su territorio. De acuerdo con esta interpretación, la propia Directiva establecería en el art. 24. 2 una excepción a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> GUERRERO PADRÓN, T., “Alcance y articulación del principio de igualdad de trato respecto de las prestaciones de Asistencia Social”, VV.AA., *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada. Retos para la disciplina laboral*, Murcia, Laborum, 2015, p. 147; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Libre circulación en la Unión Europea y prestaciones no contributivas de Seguridad Social ...”, op. cit. p. 120.

### 3. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CIUDADANOS ESPAÑOLES (NO ACTIVOS) EN EL EXTERIOR. LAS NORMAS NACIONALES

El marco jurídico aplicable para proteger a los ciudadanos españoles en el exterior se conforma por un conjunto muy heterogéneo de disposiciones normativas, en su gran mayoría procedentes de los Estados en los que el ciudadano español reside o se encuentra, pero también del Estado del que ostentan la nacionalidad. A estos efectos, hemos de partir de que la tutela que ofrece el Estado Español a sus ciudadanos es de carácter subsidiario. Esto significa que sólo está prevista para aquellos casos en que el Estado de residencia/estancia no arbitre (o lo haga inadecuadamente) mecanismos de protección social para las personas que se encuentran en su territorio. Esta mecánica en el procedimiento de reconocimiento de prestaciones se aplica claramente con respecto a los nacionales que residen permanentemente en otro Estado; sin embargo, no está tan clara para los supuestos de mera residencia temporal.

Los ciudadanos españoles en el exterior no siempre han contado con la protección de los distintos poderes públicos, al menos no en cuanto a su condición de ciudadanos. De hecho se podría afirmar que hasta la aparición en el año 2006 del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior (Ley 40/2006 de 24 de diciembre)<sup>6</sup>, la protección dispensada a los nacionales en el extranjero, aunque actualizada en la medida de lo posible a las circunstancias concurrentes, revelaba una concepción de la emigración muy alejada de la que impera en el contexto actual. Efectivamente, el marco de protección social vigente con anterioridad, reducido a la regulación de pensiones asistenciales por ancianidad, ayudas asistenciales por incapacidad y prestaciones de asistencia sanitaria (RD 728/1993, de 14 de mayo, desarrollado por OM 292/2006, de 10 febrero. y Orden TAS/561/2006, de 24 febrero), respondía, en mayor o menor medida, a la concepción sobre emigración que consolidaba la Ley 13/1971 de 21 de Julio de Emigración, esto es, un fenómeno migratorio que se justificaba, fundamentalmente, por cuestiones económicas y sociales.

En el contexto jurídico-social actual, caracterizado por la vigencia del derecho de libre circulación en el ámbito de la UE y por un proceso de globalización que ha afectado a todas y cada una de las facetas de nuestra sociedad (económica, laboral, cultural, formativa, etc), la emigración adquiere una dimensión y unas connotaciones distintas en cuanto responde a causas heterogéneas, en muchos casos ajenas a las que tradicionalmente han justificado este fenómeno en nuestro país. No queremos decir con ello que no se produzcan, a día de hoy, estancias temporales o permanentes de ciudadanos españoles en otros Estados con objeto de satisfacer necesidades económicas (supuestos que, como todos sabemos, se siguen produciendo); sino que una parte importante de esos movimientos migratorios se justifican por causas distintas que, aun vinculadas con la necesidad de encontrar o conservar un puesto de trabajo o desempeñar determinadas actividades profesionales, tienen una finalidad inmediata completamente distinta. Este tipo de emigración, obviamente, empieza a adquirir importancia en aquellos países desarrollados que cuentan con sistemas de protección social consolidados, en los que existen mecanismos de protección social destinados a satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos.

---

<sup>6</sup> Ley 40/2006, de 14 diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior (BOE núm. 29, de 15 de diciembre).

Desde esta perspectiva, el sistema español de protección social debe hacer frente a dos problemas completamente distintos: de un lado, se requiere articular una efectiva protección social para los ciudadanos que residen en otros Estados; de otro, es imprescindible arbitrar mecanismos e instrumentos que permitan satisfacer las necesidades más inmediatas que tengan los ciudadanos españoles que se desplazan o que permanecen por cortos periodos de tiempo en el exterior. En ambos casos, y dado que estamos considerando fundamentalmente la condición de ciudadanos (independientemente de que se realice o se haya realizado una actividad profesional), las medidas de protección deben ser aquellas que se destinan a satisfacer las necesidades básicas del individuo, aunque sería recomendable considerar otro tipo de medidas en función de las características específicas que presenta cada uno de estos colectivos.

La regulación nacional se puede enmarcar en esta línea, si bien se caracteriza por una especial atención, casi exclusiva, al colectivo de los españoles residentes en el exterior con carácter permanente, al que se atribuye la mayor parte de los derechos reconocidos en el Estatuto: derechos de participación política y social (participación en elecciones, derecho de petición, derechos a acudir al defensor del pueblo y a participar en los órganos consultivos de emigración, arts. 4, 6, 7, 9 de la Ley 40/2006) y derechos sociales y prestacionales (derecho a la salud, a la preservación de los derechos en materia de Seguridad Social, a obtener prestaciones por razón de necesidad, derecho de acceder a los servicios sociales en los casos de mayores y dependientes, acceso a programas de información socio-laboral, orientación y formación profesional ocupacional, derechos en materia de empleo y ocupación, acceso a la educación y a la cultura, incluyendo el acceso a la lengua y cultura española, arts. 17-25 de la Ley 40/2006). Son excepcionales, por tanto, las menciones realizadas a los españoles desplazados temporalmente al extranjero, en cuanto sólo parecen referirse a ellos aquellos preceptos que aluden a “los españoles en el exterior” o a los “españoles en el extranjero”. Se pueden encuadrar en este grupo el derecho de asistencia y protección de los españoles en el exterior, el derecho a obtener información y el derecho de asociación (arts. 5, 8 y 15 de la Ley 40/2006).

En consecuencia, respecto de la protección otorgada a los ciudadanos españoles que se desplazan temporalmente por territorio de la UE, se puede extraer la conclusión de que el Estatuto de los Españoles en el Exterior remite en bloque, dada la falta de previsiones específicas a este colectivo en todo su articulado, a los servicios que prestan las dependencias de la Administración española en el exterior, bien se trate de oficinas consulares o de otros organismos. Esto significa que, lejos de las previsiones que se pudieran articular a través del ámbito de aplicación de la Ley, no existe el reconocimiento de ningún derecho concreto a este colectivo, al margen de los que puedan establecerse de forma dispersa por distintas regulaciones legales. No obstante, también hay que advertir que existen diversos mecanismos capaces de articular medidas puntuales de protección social para determinados colectivos, como los estudiantes o los voluntarios que desarrollan labores de cooperación internacional.

#### 4. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE COLECTIVOS ESPECÍFICOS. INVESTIGADORES EN FORMACIÓN Y VOLUNTARIOS

De acuerdo con las normas analizadas, hemos de convenir que, con carácter general, y dejando al margen la protección que se dispensa en el EEE, el Estado no está obligado a hacerse cargo de ninguna de las contingencias que puedan sufrir sus ciudadanos en el exterior. Ciertamente existen una serie de servicios y prestaciones (fundamentalmente,

de carácter jurídico-administrativo) que se realizan por las Oficinas Consulares, Consejerías de Trabajo y Asuntos Sociales y demás dependencias de la Administración española en el exterior, pero este tipo de prestaciones constituyen ayudas o colaboraciones de carácter puntual, que en ningún caso se pueden considerar medidas de protección social. Sin intención de realizar una enumeración exhaustiva, se puede afirmar que la Administración española en el exterior realiza respecto a los ciudadanos españoles las siguientes funciones: expedir pasaportes o salvoconductos en caso de caducidad, pérdida o sustracción de la documentación personal; ofrecer información sobre los servicios médicos, educativos y legales del país; prestar asistencia a detenidos; adelantar la cantidad necesaria para la repatriación en circunstancias excepcionales y prestar servicios de Registro Civil, notariales, de legalización de documentos o de remisión de comunicaciones e instancias a organismos españoles.

Ante esta situación, deben ser los propios ciudadanos los que antes de salir al extranjero concierten un seguro privado que les cubra las contingencias más comunes o habituales, teniendo en consideración el país al que se desplazan (esencialmente, un seguro médico que les cubra los gastos en caso de enfermedad o accidente durante el viaje). No obstante, las oficinas consulares pueden realizar las actuaciones necesarias para solucionar situaciones de necesidad sobrevenidas graves en las que se encuentren los ciudadanos españoles (accidente, robo, enfermedad repentina grave o cualquier otra situación imprevista), siempre que éstos no cuenten con los medios necesarios. Este tipo de actuaciones comprenden desde realizar gestiones para contactar con los familiares hasta adelantar cuantías económicas en los casos de necesidades extraordinarias, ayudas que serán reintegradas con carácter posterior (casos de repatriación). Es importante poner de manifiesto que, cada vez con más insistencia, el Ministerio de Asuntos Exteriores aconseja a los españoles que se desplacen temporalmente al exterior que se inscriban en el registro de matrícula consular correspondiente como no residentes a efectos de arbitrar adecuadamente las gestiones oportunas en caso de emergencia consular (catástrofe natural, actos terroristas, etc.).

Siendo este el marco general, es necesario destacar que el Sistema de Seguridad Social cuenta con mecanismos para arbitrar la protección de los ciudadanos españoles que se desplazan temporalmente al exterior, introduciéndolos indirectamente en el ámbito de aplicación de los instrumentos normativos existentes en el ámbito supranacional e internacional y, cuando ello no sea posible, a través de regulaciones estatales que dispongan la utilización de mecanismos de previsión social, esto es, la concertación de seguros colectivos de naturaleza privada. Efectivamente, el Sistema de Seguridad Social permite asimilar a los trabajadores asalariados (y, por tanto, incluirlos en el Régimen General de Seguridad Social) a otros colectivos que, en principio, deberían considerarse ciudadanos no activos. Se trata de actividades que no pueden considerarse profesionales en sentido estricto o que encuentran serias dificultades para delimitarse de éstas: estudios y formación científica e investigadora o labores desarrolladas por razones humanitarias, altruistas o benevolentes.

#### 4.1. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS ESTUDIANTES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN RESPECTO AL PERSONAL INVESTIGADOR EN FORMACIÓN

Las actividades desarrolladas por los estudiantes, a pesar de las distintas modalidades y tipologías que pueden presentar, no se pueden considerar actividades profesionales, por lo que a efectos de protección social cuentan con un régimen especial

de Seguridad Social caracterizado por la escasez tanto cuantitativa como cualitativa de las prestaciones que reciben. La mención a este régimen especial se encuentra en el art. 10.2 d) de la LGSS, disposición que, al no contar con desarrollo reglamentario específico, debe aplicarse de conformidad con la normativa anterior que es la que estructura el Seguro Escolar (Ley de 17 de julio de 1953 de establecimiento del Seguro Escolar, desarrollada por la Orden de 11 de agosto de 1953 que aprueba el Estatuto de la Mutualidad de Previsión Escolar). En cuanto a la acción protectora de este régimen especial, que es el aspecto que ahora nos interesa, se contempla la cobertura de dos contingencias: alteración de la salud y debilidad económica sobrevenida con posterioridad al comienzo de los estudios. La prestación por enfermedad debe comprender la asistencia médica completa tanto en los servicios de medicina general como en las especialidades, asistencia farmacéutica y gastos de sepelio (art. 40 Orden de 11 agosto 1953). La prestación económica pretende garantizar la culminación de los estudios iniciados en caso de fallecimiento del cabeza de familia o situación económica negativa (*“quiebra o ruina en la economía familiar”*, de conformidad con el art. 7 Ley de 17 de julio de 1953).

Con carácter general, el ámbito de protección de este Régimen Especial no se extiende al extranjero, ni se puede considerar incluido dentro de los Convenios Bilaterales de Seguridad Social firmados por España; sin embargo, esta consideración no es predicable de los Estados que forman parte de la UE o del EEE, puesto que en virtud del art. 3.2 del Reglamento CE 2004/883, de 29 de abril, los regímenes de Seguridad Social de los estudiantes quedan incluidos en el ámbito de aplicación de esta disposición. Esto significa que cualquier estudiante comunitario que se desplace por el territorio de la UE, EEE y Suiza y que esté asegurado de conformidad con el Sistema de Seguridad Social de un Estado miembro, tiene derecho a la igualdad de trato con respecto a los nacionales del Estado en que se encuentre.

No obstante, hay que tener en cuenta que determinados colectivos de estudiantes se encuentran asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, y por tanto, están incluidos en el régimen general de la Seguridad Social. Se trata, fundamentalmente, del personal investigador en formación (becarios de investigación), personal investigador en formación que cuenta con contrato de trabajo, e investigadores doctores que resulten beneficiarios de programas de ayuda a la investigación. Estos colectivos, en virtud de lo establecido en el RD 63/2006, de 27 enero, por el que se aprueba el Estatuto del Personal Investigador en Formación, quedan incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social ya sea como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, en el primer caso, o como contratados en régimen laboral para los demás supuestos (art. 136.2. q) LGSS, arts. 4, 8 y DA 1º RD 63/2006).

Siendo así, este colectivo entraría a formar parte del ámbito subjetivo de los Convenios Bilaterales que España tiene firmados con algunos países (normativa comunitaria en los casos en que el investigador se mueve en la UE o en el EEE), por lo que la generalidad de las contingencias (excepto el desempleo) quedarían protegidas en la forma establecida en estos instrumentos normativos. El problema se presenta para aquellos supuestos en que no existe Convenio Bilateral, o aun existiendo no otorga la prestación o la presta inadecuadamente. Para estos casos, y siempre partiendo de que se trate de estancias breves o temporales en otros Estados, disfrutadas al amparo de convocatorias del Ministerio de Educación y Ciencia, se establece la obligación de contratar (por parte del Ministerio) un contrato de seguro de accidentes y de asistencia médica (Orden ECI/3769/2006, de 4 diciembre, Ap. Undécimo).

El régimen jurídico de este colectivo a efectos de protección social, se ha esclarecido considerablemente con la Resolución de la Secretaría de Estado y Seguridad Social de 12 diciembre 2007, por la que adapta el encuadramiento en el Sistema del personal investigador en formación y de los doctores beneficiarios de programas de ayuda a la investigación que desempeñen su actividad en el extranjero. La mencionada resolución se dicta en cumplimiento de la DA Vigésimo Primera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de Medidas en Materia de Seguridad Social, que requería la adopción de las medidas necesarias para garantizar la incorporación al régimen de protección social de los investigadores en el extranjero, considerando que las actividades desarrolladas por el personal investigador pueden realizarse parcialmente en Instituciones o Entidades radicadas fuera de España, por lo que *“resulta oportuno impartir criterios respecto al encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social de aquellas personas que se trasladen temporalmente al extranjero para el ejercicio de sus labores de investigación y formación”*.

Atendiendo a estas circunstancias, la mencionada Resolución establece que el personal investigador en formación (incluyendo beca y contrato) y los doctores beneficiarios de programas de ayuda a la investigación que se traslade temporalmente al extranjero para continuar sus actividades de formación y especialización tendrán la consideración de desplazados al territorio del Estado en el que las desempeñe, con la consiguiente sujeción a la legislación Española de Seguridad Social durante el período máximo permitido en la normativa comunitaria y en los Convenios de Seguridad Social suscritos por España. Los derechos y obligaciones de Seguridad Social derivados de esta situación serán asumidos por la entidad española que otorgue la beca, por el Organismo, Centro o Universidad al que esté adscrito y con el que mantenga la correspondiente relación laboral (para los casos de investigadores en formación), o, por la entidad española que lo haya contratado (en los supuestos de doctores beneficiarios de Programas de Ayudas a la Investigación).

Si en el Estado en que se realice la estancia no resulta aplicable la normativa comunitaria ni existe Convenio de Seguridad Social, el personal investigador en formación se considerará en situación asimilada a la de alta en el Régimen General de la Seguridad Social como trasladado al extranjero, con el alcance y en los términos que al respecto se prevén en la Orden de 27 de enero de 1982, por la que regula el alcance de situación asimilada a la de alta de los trabajadores al servicio de Empresas españolas trasladados al extranjero (especialmente, en lo que se refiere a asistencia sanitaria). Si los doctores han quedado adscritos a una entidad extranjera que no resulte obligada a incluirles en el correspondiente sistema de Seguridad Social con arreglo a la normativa vigente en el país de traslado, podrán solicitar y suscribir el convenio especial para emigrantes a que se refiere el art. 15 Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, supuesto en que la entidad española que ha convocado el Programa de Ayuda a la Investigación podrá ser el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar por tal convenio mientras dure la estancia en el extranjero.

#### 4.2. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS ACTIVIDADES DE COOPERACIÓN Y VOLUNTARIADO FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL

No cabe duda de que otro cúmulo de actividades que pueden ocasionar distorsiones en el ámbito de la protección social, en cuanto se encuentran excluidas del Sistema de Seguridad Social y provocan un alto volumen de desplazamientos al extranjero, son aquellas actividades que, desempeñadas en régimen de gratuidad, se acuan bajo la

denominación de “voluntariado social”. No vamos a entrar a analizar las similitudes que existen entre este tipo de actividad y las realizadas en régimen de ajenidad<sup>7</sup>; nuestro objetivo se ciñe a delimitar esta prestación de otras que, presentando características similares, se encuentran incluidas (a efectos de Seguridad Social) en el régimen general o en el régimen de los funcionarios públicos.

De conformidad con la LGSS, la actividades que se realicen en régimen de amistad, benevolencia o buena vecindad quedan excluidas del Régimen General de Seguridad Social (art. 137.a), por lo que, en principio, todas aquellas actividades realizadas de conformidad con estos requisitos carecen de un sistema de protección social garantizado por el Estado. Antes de que se aprobara la Ley de Cooperación Internacional para el Desarrollo (Ley 23/1998, de 7 julio), gran parte de las actividades que se desempeñaban en este ámbito se realizaban a través del Voluntariado (Ley 6/1996, de 15 enero), disposición que acogía en su seno a los voluntarios propiamente dichos y a los voluntarios de la cooperación al desarrollo. Con la aprobación de la Ley 23/1998, de 7 julio, se modifican estas categorías, de modo que, dejando de un lado la categoría de voluntario (estatus que se reguló inicialmente en la Ley 6/1996, de 15 enero y actualmente en la Ley 45/2015, de 14 de octubre, del Voluntariado), se regulan de forma diferenciada la condición de cooperante y la relativa al voluntariado al servicio de la cooperación para el desarrollo.

Son cooperantes aquellas personas que, contando con una adecuada formación o titulación académica oficial y una probada experiencia profesional, tienen encomendada la ejecución de un determinado proyecto o programa en el marco de la cooperación para el desarrollo (art. 38 Ley 23/1998, de 7 julio). La situación de este colectivo a efectos laborales y de Seguridad Social se regula en el RD 519/2006, de 28 abril, por el que se establece el Estatuto del Cooperante, norma de la que expresamente se excluyen a los voluntarios, e incluso, a los voluntarios al servicio de la cooperación para el desarrollo.

A efectos de protección social y teniendo en cuenta que los cooperantes, cuentan con una relación laboral o funcional con la Institución responsable del Proyecto de Cooperación, el mencionado Estatuto incide en la necesidad de que este colectivo acceda o mantenga la relación de aseguramiento con el régimen público de protección social que corresponda, en los términos y con las particularidades establecidas en sus respectivas normas reguladoras, en especial las previstas para los supuestos de traslados o de prestación de servicios en el extranjero (D.A Primera).

Al margen de ello, la norma reconoce el derecho a una previsión social específica cuando el cooperante (a través del Régimen General de la Seguridad Social o, en su caso, a través del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios) no tenga cubiertos los riesgos de muerte, invalidez permanente, en cualquiera de sus grados, atención médica y hospitalaria similar a la cobertura en España (por cualquier contingencia acaecida en el país de destino e incluyendo las revisiones periódicas generales y ginecológicas, embarazo, parto, maternidad, y las derivadas de cualquier enfermedad o accidente, gastos farmacéuticos y medicina preventiva que requieran las enfermedades, epidemias o pandemias existentes en los países de destino), atención psicológica o psiquiátrica por angustia, estrés post traumático o cualquier otro trastorno de índole similar durante o al finalizar su labor; revisión médico-sanitaria específica a

<sup>7</sup> BENLLOCH SANZ, P., “La actividad del voluntariado: su difícil delimitación con la actividad laboral”, *Aranzadi Social*, núm 1/2004.

su regreso a España; y, la repatriación en caso de accidente, enfermedad grave, fallecimiento, catástrofe o conflicto bélico en el país o territorio de destino (art. 10.1e RD 519/2006). El seguro colectivo para articular este sistema de protección, que en ningún caso sustituye o exonera de mantener el régimen público<sup>8</sup>, se podrá concertar (como de hecho ha sucedido) por la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) y en él participarán las entidades promotoras de la cooperación, las CCAA u otras administraciones que promuevan proyectos de cooperación internacional, siempre que decidan adherirse a él (art. 12 RD 519/2006).

Bastante más tenue es el régimen de protección aplicable al denominado “*voluntariado al servicio de la cooperación para el desarrollo*”. La regulación de este colectivo, cuya nota característica es que no cuenta con una relación jurídica laboral con la entidad (pública o privada) que gestiona o ejecuta Programas y Proyectos de cooperación para el desarrollo, se contiene en el art. 37 de la Ley 23/1998, de 7 julio. La regulación establece como contenidos necesarios de ese contrato (no laboral) o compromiso la asignación de los recursos necesarios para hacer frente a sus necesidades básicas en el país de destino y un seguro de asistencia en favor del voluntario que cubra, en todo caso, los riesgos de enfermedad y accidente durante el período de su estancia en el extranjero y los gastos de repatriación.

Por último, las medidas de protección social aplicables a los voluntarios se contienen en la Ley 45/2015, de 14 de octubre, del Voluntariado (BOE núm 247 de 2015). Esta disposición reconoce entre los derechos de los voluntarios el de ser asegurados contra los riesgos de accidente y de enfermedad derivados directamente del ejercicio de la actividad voluntaria y de responsabilidad civil en los casos en los que la legislación sectorial lo exija (art. 10.1. ap. e).

Como obligaciones de la entidades de voluntariado destacan la de suscribir una póliza de seguro “*adecuada a las características y circunstancias de la actividad desarrollada por los voluntarios, que les cubra los riesgos de accidente y enfermedad derivados directamente del ejercicio de la actividad voluntaria* (art. 14.2 c). Además de esta obligación, la organización habrá de hacerse cargo de los gastos que conlleve la prestación del servicio por parte del voluntario; dotarlo de los medios adecuados para el cumplimiento de sus cometidos, proporcionarle la formación necesaria para el correcto desarrollo de sus actividades y garantizarle la realización de sus actividades en las debidas condiciones (art. 14. 2. d, e y f).

Como conclusión, tenemos que decir que se perfilan tres regímenes distintos para cubrir las necesidades sociales de las personas que se dedican a realizar actividades humanitarias o de voluntariado social. En algunos casos estas actividades pueden resultar protegidas por los sistemas de Seguridad Social, en cuanto las personas que las desarrollan ostentan la condición de trabajadores asalariados o funcionarios públicos o asimilados, en otras, en cambio, la inexistencia de una relación laboral o funcional exige la contratación de un seguro para cubrir las contingencias que se puedan producir en el extranjero. En todos los supuestos, y dado que se trata de realizar actividades en países carecen de sistemas de protección social o que presentan serias deficiencias, donde además es relativamente frecuente encontrar epidemias, pandemias, catástrofes naturales y altercados violentos que pueden resultar generalizados, será necesario

<sup>8</sup> NIEVES NIETO, N., “Las relaciones de trabajo en las entidades sin ánimo de lucro (trabajadores asalariados, cooperantes internacionales y voluntarios)”, *RMTI*, núm. 83, 2009, pp. 389 y ss.

concertar un seguro colectivo que cubra la generalidad de las contingencias; la diferencia se encuentra, fundamentalmente, en las contingencias protegidas, pues existe un contraste importante entre las que se aseguran para los cooperantes (prácticamente la totalidad de las contingencias e incluso algunas adicionales que no se reconocen para los nacionales residentes en España), y las que se cubren para los voluntarios, prácticamente reducidas a los accidentes y enfermedades derivadas del ejercicio de su actividad, previsión que sólo daría lugar, entendemos, a la prestación de asistencia sanitaria, aunque cabrían interpretaciones diversas.

## 5. CONCLUSIONES

Los fenómenos migratorios en los últimos años, sobre todo en los casos en que se producen movimientos de personas entre países desarrollados, adquieren unas connotaciones distintas que desbordan los instrumentos utilizados por el orden internacional y nacional para garantizar los derechos de las personas que se desplazan o que residen en un Estado distinto de aquel que le otorga la nacionalidad. El fenómeno de la globalización ha incidido en todos los aspectos de nuestra sociedad, fomentando el movimiento de personas por razones muy variadas, de forma que ya no sólo se desplazan aquellas que pretenden satisfacer sus necesidades económicas a través de la realización de una prestación de servicios, sino que, junto a ellas, existe un amplio colectivo (cada vez mayor) que persigue la consecución de fines formativos, culturales, altruistas, etc. Surge así un nuevo concepto, el de ciudadano inactivo que se desplaza o reside en otro Estado, que encuentra serias dificultades para la protección de sus derechos e intereses y la satisfacción de sus necesidades sociales, sobre todo porque los instrumentos utilizados en el ámbito internacional o supranacional han centrado su atención en los trabajadores que realizan la prestación de servicios en otros Estados.

Son, por tanto, dos problemas distintos a los que se enfrenta el Sistema de Protección Social. De un lado, la protección de los ciudadanos que residen en el exterior; de otro, la cobertura de las contingencias que pueden sufrir los ciudadanos españoles que se desplazan al exterior. En ambos casos existe un elemento común que se ha de tener en cuenta a efectos de articular una adecuada tutela de sus necesidades sociales: se trata de una tutela basada en la ciudadanía, ajena por tanto a la realización de una actividad profesional, que se dispensa fuera del territorio nacional. Esta conexión aconseja y permite un tratamiento conjunto (que no homogéneo) de las medidas de protección social que se aplican a ambos colectivos, tratamiento que debe esclarecer, dada la complejidad y heterogeneidad de las disposiciones normativas aplicables, el conjunto de derechos con que cuentan los ciudadanos españoles en el exterior.

La protección de los ciudadanos españoles que se encuentran fuera del territorio nacional se ha plasmado en el Estatuto de los Ciudadanos Españoles en el Exterior, disposición que a pesar de aludir a dos colectivos distintos (ciudadanos españoles residentes en el exterior y ciudadanos españoles en el exterior) ha centrado su regulación en los ciudadanos españoles que residen en el exterior con carácter permanente, marginando el tratamiento de los españoles que se encuentran con carácter temporal en el extranjero.

En cuanto al colectivo de los ciudadanos españoles (inactivos) que se desplazan con carácter temporal al extranjero, hay que hacer una clara distinción en función del territorio o espacio en el que residan o realicen su estancia. Tratándose de Estados miembros de la UE, del EEE y Suiza, el nacional español residente tendrá los mismos

derechos que los nacionales del Estado de residencia si se encuentra en ese territorio como residente permanente. En cuanto a las situaciones de residencia temporal, el nacional español tiene derecho a percibir las prestaciones y ayudas que dispense el Estado de residencia por el simple hecho de ser ciudadano de la UE (si es este el caso), y aquellas prestaciones y servicios a los que tengan derecho (en función del régimen de cobertura que otorgue el Estado del que es nacional), prestaciones que ha de suministrar el Estado de residencia a cargo del Estado del que es nacional.

Pese a las dificultades, existen diversos mecanismos que podrían servir de cobertura a determinados colectivos. Su asimilación a los trabajadores asalariados y, por tanto, su inclusión en el Régimen General de Seguridad Social les facilita el acceso al ámbito de aplicación de los convenios bilaterales (personal investigador en formación y doctores que resulten beneficiarios de programas de ayuda a la investigación), mientras que la consideración de determinadas situaciones como asimiladas a la de alta en el Régimen General permite activar mecanismos para dispensar la asistencia sanitaria en los supuestos en que no sea posible articularla por otros vías. Para otros casos, en cambio, las especiales características de los países y territorios en los que los ciudadanos españoles desarrollan su actividad (cooperantes, voluntarios al servicio de la cooperación para el desarrollo y voluntarios en el extranjero) determinan la concertación de mecanismos de previsión social que garanticen la cobertura social que para cada uno de estos colectivos establece la regulación aplicable.

# XXX. LA LEGISLACIÓN ITALIANA SOBRE EL CONTRASTE DE LA POBREZA Y DE LA EXCLUSIÓN SOCIAL

MARTINA VINCIERI  
*Ricercatrice in Diritto del lavoro*

## 1. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la tutela de la pobreza afecta a un colectivo cada vez mayor de personas que no pueden encontrar un trabajo por razones económicas, políticas o sociales. Siendo así, asume una importancia especial en las más recientes reflexiones, sobre todo de economistas, filósofos y sociólogos, así como en el debate político<sup>1</sup>. Ante este hecho, surgen muchas cuestiones sobre el tema desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y, por supuesto, del Derecho de la Seguridad Social.

En lo que respecta al panorama italiano es esencial examinar la reciente *Ley n. 33 del 15 de marzo 2017, por la que se establecen las normas relativas al contraste de la pobreza, a la reorganización de los servicios y al sistema de las intervenciones y de los servicios sociales* y el esquema de Decreto Legislativo aprobado por el consejo de ministros de 6 de junio de 2017, ahora sujeto a las Cámaras del Parlamento.

En el análisis de la referida normativa es significativa la atención que se presta a la materia por parte de la Unión Europea, principalmente a través de Resoluciones y Recomendaciones dirigidas, aunque no directamente, a la armonización de las políticas sociales entre los Estados miembros sobre el problema de la pobreza y de la exclusión social. En esta línea, conviene subrayar que el derecho a la “asistencia social” de todos los ciudadanos que no tienen recursos suficientes, para garantizar su “existencia digna” y “combatir la exclusión social y la pobreza”, se reconoce en el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ahora bien, con respecto al ordenamiento jurídico italiano, se debe señalar que, a diferencia de casi todos los sistemas jurídicos europeos, no contaba, hasta la fecha, con una protección social de la pobreza uniforme para todo el país, sin más especificaciones, en referencia a la mera condición económica de privación de “los medios necesarios para vivir”.

Esta carencia debería ser completada por la introducción inminente de una “*renta de inclusión*” (art. 1, l. n. 33/2017), aunque es necesario evaluar el alcance exacto y, en consecuencia, si la situación de necesidad que consiste en la “*falta de renta como tal*”,

---

<sup>1</sup> TRIPODINA C., *Povertà e dignità nella Costituzione italiana: il reddito di cittadinanza come strumento costituzionalmente necessario*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2016, I, pág. 732. Sobre las razones ligadas al riesgo de la pobreza, en particular, SARACENO C., *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Milano, Feltrinelli, 2015, pág. 21 ss.

que es independiente de las condiciones socio-demográficas, puede encontrar una respuesta<sup>2</sup>.

La asistencia social está reservada en la Constitución italiana (art. 38, párrafo 1) a los “no aptos para el trabajo” que “carecen de los medios necesarios para vivir”; por ello, es muy discutida la posibilidad de incluir, por vía interpretativa, en el contexto de la protección a los ciudadanos necesitados, con independencia de la condición de discapacidad<sup>3</sup>.

La situación socio-económica reciente requiere, sin embargo, como se ha señalado por la doctrina, una revisión de las normas constitucionales, para dotar de una protección universal, impuesta por la sociedad post-industrial<sup>4</sup>. Por otra parte, como se ha explicado, cada Constitución sufre cambios y adopta las características impuestas por el cambio de la sociedad; cambios no escritos, pero, en cierto sentido, necesarios. También, desde esta perspectiva, se podría entonces argumentar que la interpretación del texto constitucional “se enriquece de significados”<sup>5</sup>.

La introducción de un “sistema de protección universal” y el posible abandono del tradicional “welfare de categoría” sigue siendo objeto de extensas discusiones<sup>6</sup>. En este sentido, se debate sobre la posibilidad de replantear el sistema de asistencia social carente, como ya se ha dicho en el pasado, de una protección universal, con el fin de “rescatar también formas de pobreza y de exclusión que no están asociadas con la edad o el estado de salud de las personas”<sup>7</sup>.

## 2. LA PRELIMINAR DISTINCIÓN ENTRE LA RENTA DE CIUDADANÍA Y LA RENTA MÍNIMA GARANTIZADA

Es necesario, en primer lugar, una aclaración en cuanto a los términos de “renta de ciudadanía” y de “renta mínima garantizada”, que con frecuencia se confunden, pero que evocan una distinta protección para los diferentes beneficiarios posibles. En primer lugar, la renta básica consta de un beneficio económico indiscriminado para todos los ciudadanos y se caracteriza por la universalidad, en cuanto que no está sólo dirigida a aquellos que carecen de los medios necesarios, sino también a los ciudadanos que gozan de altos recursos económicos.

<sup>2</sup> Ya en estos términos la Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale. Relazione finale del 28 febbraio 1997.

<sup>3</sup> Para una interpretación amplia del artículo 38 Cost., dirigida a dar al sistema de protección social “una perspectiva de universalidad”, en particular, PIZZOLATO F., *Il minimo vitale*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>4</sup> PROSPERETTI G., *Dall'art. 3 agli artt. 35 ss. della Costituzione*, in *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, a cura di GHERA E. e PACE A., Napoli, Jovene, 2008, pág. 79.

<sup>5</sup> LOMBARDI G., *Le modificazioni non scritte della costituzione: esiste una Costituzione parallela?*, in *Per l'Italia quali riforme?*, a cura di FERONI G.C., NICOTRA I., in *Percorsi costituzionali*, 2009, n.1, pág. 161.

<sup>6</sup> TREU T., *La persistenza dell'impianto lavoristico-categoriale*, in *La riforma del welfare. Dieci anni dopo la “Commissione Onofri”*, a cura di GUERZONI L., Bologna, Il Mulino, 2008, pág. 105; GIUBBONI S., *Il reddito minimo garantito nel sistema di sicurezza sociale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2014, n. 2, pág.149.

<sup>7</sup> Se puede ver en este sentido BOSI P., FERRERA M., SARACENO C. (a cura di), *L'istituto del minimo vitale. Esperienze e proposte di riforma*, Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale, allegato alla relazione finale del 28 febbraio 1997.

La “renta básica” o *basic income* se entiende como un derecho de todo ciudadano por el mero hecho de pertenecer a una determinada comunidad<sup>8</sup>: es una idea “fascinante” o “escandalosa”, como se define, que está siendo ampliamente debatida<sup>9</sup>. En efecto, hay un animado debate sobre las ventajas y los obstáculos de naturaleza ética y moral que se podrían conseguir con una renta verdaderamente incondicionada. En particular, se discute sobre la eficacia, así como sobre la misma justificación para este tipo de renta a favor de todos los miembros de una comunidad, de manera individual, sin control de la falta de recursos<sup>10</sup>. Desde luego, se trata de un beneficio ausente en casi todos los países. Así, solo está implantado en Alaska y en vías de experimentación en Finlandia. En definitiva, la renta básica universal no es económicamente viable<sup>11</sup>.

La cuestión fundamental se refiere, por lo tanto, a la adhesión a un sistema universal en vez de selectivo, es decir marcado por una verificación previa de la condición económica del destinatario.

En segundo lugar, y en cuanto a la renta mínima garantizada la referencia es a un “universalismo selectivo”, dado que la universalidad del beneficio está limitada por una selección de los destinatarios coincidentes con los sujetos necesitados y en situación de dificultades económicas. Por tanto, el concepto de renta mínima garantizada es independiente, es decir, al menos teóricamente, de cualesquiera elementos categóricos, como la edad y el género, mientras está estrechamente vinculado a un parámetro objetivo sustancial relacionado con la privación material, especialmente calculada, así como a la disponibilidad de trabajar.

Se debe, entonces, aclarar que mientras la renta básica está completamente desvinculada del trabajo y de un compromiso con el trabajo; por el contrario, la renta mínima garantizada no puede prescindir de ello<sup>12</sup>.

En este sentido, es particularmente interesante la propuesta formulada por la doctrina de una “renta de participación”, entendida como una renta básica únicamente condicionada precisamente por la “participación”, es decir, por la “contribución social de los receptores”, que puede ser satisfecha por un empleo o por un trabajo autónomo, por la formación o la búsqueda activa de trabajo y por el trabajo voluntario en una asociación reconocida<sup>13</sup>.

En este aspecto, se podría anotar que existen muchos interrogantes y consideraciones sobre el estado de la pobreza y, en particular, cuando se niega a las

<sup>8</sup> BRONZINI G., *Il reddito di cittadinanza, tra aspetti definitivi ed esperienze applicative*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2014, n. 1, pág. 1.

<sup>9</sup> Para un estudio reciente y completo sobre el tema, vid. TOSO S., *Reddito di cittadinanza o reddito minimo?*, Il Mulino, Bologna.

<sup>10</sup> Entre los defensores de la renta básica vid. VAN PARIJS P., VANDERBORGHT Y., *Il reddito minimo universale*, Milano, Università Bocconi Editore, 2013.

<sup>11</sup> Son conocidas las observaciones críticas sobre la materia de RAWLS J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, traducción italiana 1982, edición riveduta 2008, Milano; para una reconstrucción histórica del concepto de renta básica BRONZINI G., *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2011.

<sup>12</sup> En este sentido vid. las consideraciones de MARTELLONI F., *Il reddito di cittadinanza nel discorso giuslavoristico: le interferenze con la disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2014, n. 2, pág. 202.

<sup>13</sup> ATKINSON A., *Disuguaglianza. Che cosa si può fare?*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2015.

personas su dignidad y se suprime la “humanidad misma”<sup>14</sup>; así como, sobre las posibilidades y las formas prácticas para combatirla, a través de una eliminación o al menos de una reducción de aquella. En definitiva, existen muchas preguntas sobre los derechos de los pobres.

Retomando lo hasta ahora expuesto se puede decir que la renta básica definida como renta absolutamente universal proporcionada a todas las personas mayores de edad, incluyendo a los empleados, como se afirma, no es practicable porque “no es sostenible económicamente”<sup>15</sup>. Se debe, entonces, centrar el análisis en la diferente hipótesis de una renta mínima garantizada, es decir, una renta sometida a criterios bien definidos y proporcionada a las personas, esencialmente, que no estén empleadas.

Por tanto, no existen dudas sobre la necesidad y la urgencia de introducir esta forma de protección asistencial, que parece una “respuesta eficaz a la dramática emergencia social contemporánea”<sup>16</sup>.

Se trata de una respuesta esperada y discutida desde hace mucho tiempo y que está apoyada por la “reorganización de las prestaciones asistenciales dirigidas al contraste de la pobreza” (Ley n. 33/2017). Además, es una respuesta que ya tenía que acompañar la reforma integral del sistema de Seguridad Social a través de los últimos Decretos de aplicación de la Ley n. 183/2014.

### 3. LOS EXPERIMENTOS REALIZADOS Y LAS MEDIDAS ADOPTADAS PARA COMBATIR LA POBREZA

En el sistema italiano se han introducido en los últimos tiempos algunas medidas, dirigidas a la protección del estado de la pobreza económica de los ciudadanos y a su inclusión social. Ello representó, en su mayor parte, meros intentos o experimentos de rentas mínimas garantizadas, pues se trataban de intervenciones selectivas y condicionadas a la necesidad de la participación activa de los destinatarios.

Debe recordarse, en primer lugar, el “reddito minimo di inserimento”, establecido de forma experimental a partir del Decreto Legislativo n. 237/1998 y de la posterior Ley n. 328/2000 (art. 23), cual herramienta de apoyo a la renta para las personas en riesgo de exclusión social e incapaces de proporcionar su mantenimiento y el de sus hijos<sup>17</sup>.

Esta experimentación fue diseñada específicamente para personas sin rentas o con una renta no superior a un determinado umbral de la pobreza, y con prioridad a las personas con hijos menores a cargo o niños con discapacidades severas. Entre los requisitos exigidos se previeron la disponibilidad para trabajar y asistir a cursos de formación profesional. Se trataba, en esencia, de una medida temporal y selectiva, ya que en primer lugar se incluyeron las unidades familiares en dificultades, y no las personas pobres, como tales.

<sup>14</sup> RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Bari, Editori Laterza, 2012, pág. 235.

<sup>15</sup> STIRATI A., *Reddito minimo garantito e politiche per l'occupazione: alcune considerazioni*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2014, n. 1, pág. 73.

<sup>16</sup> LASSANDARI A., *Il reddito, il salario e la “mossa del cavallo” (a proposito di un recente convegno su reddito di cittadinanza e salario minimo)*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2014, n. 1, pág. 54.

<sup>17</sup> Sobre el instituto GAETA L., *Il reddito minimo d'inserimento*, in *Diritto del mercato del lavoro*, a cura di RUSCIANO M., ZOPPOLI L., Napoli, ESI, 1999, pág. 291.

Más adelante, se formuló con la Ley n. 350/2003 (art. 3, párrafo 101), el “reddito di ultima istanza”, para reemplazar el “reddito minimo di inserimento”, que también como “instrumento de acompañamiento económico a los programas de reinserción social”, estaba destinado a las familias en situación de riesgo de exclusión social. En este sentido, en ausencia de normas legales precisas sobre el contenido de dicho beneficio social, sólo se previó su creación por las regiones con la participación del Estado desde el punto de vista de la financiación.

Respecto a este instituto surgió una conocida controversia en la Corte Constitucional. Se debe, de hecho, recordar que la materia de la asistencia social, dentro de la cual se coloca correctamente la renta mínima, es de competencia residual de las regiones; y que, por tanto, queda al Estado la “determinación de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados en todo el territorio nacional” (art. 117, párrafo 2, letra m, Cost.).

El problema de la delimitación exacta de la competencia estatal y regional en la específica materia fue objeto de una fuerte discusión, que se centró en las diferentes razones ligadas a la autonomía regional, por un lado, y en las exigencias de uniformidad de la protección, por otro lado.

La Corte Constitucional estaba llamada a pronunciarse sobre el “sistema de la disciplina y la financiación del gasto social” y, en particular, sobre “las modalidades de gestión de los recursos del Fondo Nacional de las políticas sociales, que se consideran perjudiciales para la autonomía financiera de la Regiones”. Ello significó la inclusión del “reddito di ultima istanza” en el campo de la asistencia social (Corte Constitucional 29 de diciembre de 2004, n 423); sin embargo, la decisión parece abierta a la intervención de la legislación estatal al fin de definir “normas necesarias para garantizar que todas las personas, en todo el país, disfruten de un rendimiento garantizado [...] sin que la legislación regional pueda restringirlo o condicionarlo” (Corte Constitucional n. 423/2004 cit.).

Pues bien, después de los intentos de regulación de las formas de renta mínima garantizada antes mencionados, se ha dispuesto la “*social card*”, orientada a la compra de bienes y servicios a favor de la población vulnerable en un particular estado de necesidad (art. 81, párrafo 32, Decreto Legislativo n. 112/2008).

Ahora bien, se debe aclarar que la “carta acquisti” no parece comparable con la figura de la renta mínima. La constitucionalidad de esta medida ha sido afirmada en otra decisiva sentencia de la Corte Constitucional, que, en este caso claramente, ha establecido que una normativa dirigida a proteger las situaciones de extrema debilidad de la persona humana debe ser también reconstruida a la luz de los principios fundamentales de los artículos 2 y 3, segundo párrafo, de la Constitución, y art. 38 y art. 117, segundo párrafo, letra m, de la Constitución. El complejo de las disposiciones constitucionales mencionadas permite, por lo tanto, afirmar el deber del Estado de establecer las características cualitativas y cuantitativas de las prestaciones esenciales para aliviar situaciones de extrema necesidad (Corte Constitucional n. 10/2010).

En definitiva, se quiere destacar con todo lo referido que ha sido legitimada la intervención del Estado con respecto a la formulación de tales providencias para los ciudadanos necesitados.

También ello debe reflejarse en el “Sostegno per l’inclusione attiva” (SIA), así como en el “assegno di disoccupazione” (ASDI), en particular con el fin de evaluar la diferencia entre las medidas anotadas, así como para elaborar un perfil crítico de éstas.

Concretamente, el SIA se ha disciplinado y extendido a todo el territorio nacional con el Decreto ministerial de 26 de mayo de 2016, modificado posteriormente por el Decreto interministerial de 16 de marzo de 2017. Consiste en la creación de un beneficio económico para las familias en condiciones de pobreza, en las cuales hay la presencia de al menos un hijo menor, o un hijo con discapacidad (incluso si éste es mayor de edad) o de una mujer en estado de embarazo<sup>18</sup>. Para acceder al mismo, se requiere la ciudadanía italiana o europea o la posesión del permiso de residencia CE para residentes de larga duración, así como la residencia en Italia desde al menos dos años antes del momento de presentación de la solicitud para la obtención del beneficio. A esto se añade el requisito relativo a la condición de necesidad evaluada por el indicador de la situación económica equivalente (ISEE), regulado por el d.p.c.m. de 5 de diciembre de 2013.

Lo que distingue el “SIA” son también los “proyectos personalizados”, preparados y ejecutados por los municipios con sus propios recursos y destinados a superar la condición de pobreza y promover la inclusión social. Se puede precisar que la falta de firma del proyecto por parte de los destinatarios determina la exclusión del beneficio, y que tiene una gran trascendencia la importancia generalizada de la “condicionalidad”. Esto último significa que es necesaria la participación de los beneficiarios de las prestaciones, que asumen el compromiso de realizar las actividades especificadas en el mismo proyecto, cuáles son la adhesión a las iniciativas de formación o de políticas activas y la aceptación de puestos de trabajo adecuados.

Con referencia al problema en cuestión, se debe recordar que el “ASDI”, por primera vez, se estableció, con carácter experimental, en el Decreto Legislativo n. 22/2015 y que tiene la función (diferente) de proteger y ofrecer apoyo a los trabajadores que se han beneficiado por toda su duración de la “Nuova assicurazione sociale per l’impiego” (NASPI); estos están sin empleo y en una situación económica de necesidad, encontrándose en vía de prioridad aquellos trabajadores que pertenecen a familias con menores de edad, y con una edad más cerca de la jubilación (art. 16, párrafo 2, Decreto Legislativo n. 22/2015).

Si bien, la formulación de este beneficio está también condicionada, so pena de pérdida del beneficio, a la adhesión a un “proyecto personal”, elaborado por los servicios de empleo, que contiene compromisos específicos de investigación activa de trabajo, de disponibilidad de participación en iniciativas de orientación y formación, y, de aceptación de adecuadas propuestas de trabajo.

Como se ha señalado ampliamente en la doctrina, el ASDI parece una figura “híbrida”, configurable como una forma de protección asistencial no a favor de los

<sup>18</sup> Se debe, también, recordar la regulación anterior de la “carta acquisti sperimentale” experimentada en 12 municipios italianos con más de 250.000 habitantes (art. 60, D.L. n. 5/2012), del cual el “SIA” constituye “extensión, fortalecimiento y consolidación”, como se prevé en el art. 1, párrafo 387, letra a, L. n. 208/2015: se puede ver C. cost. 5 abril 2013, n. 62, que ha considerado infundada la cuestión de constitucionalidad del artículo 60, D.L. n. 5/2012, y ha afirmado que corresponde a la legislación estatal el ejercicio del poder regulador y el establecimiento de normas detalladas sobre el tema.

ciudadanos que lo necesitan, sino más bien de los trabajadores asegurados contra el desempleo<sup>19</sup>; de hecho, es restringida a los beneficiarios de la NASPI, por lo tanto, a aquellos que han cumplido los requisitos contributivos necesarios.

Con todo ello, se pretende exponer que no se trata, pues, de una medida exactamente asistencial, cual es la correspondiente a un segundo nivel de protección social para el desempleo involuntario, que está presente en diferentes sistemas jurídicos nacionales. Esto es, el ASDI no es universal y, como se ha aclarado, deja fuera “los trabajadores más débiles” excluidos del ámbito de aplicación de la nueva seguridad social por el desempleo (NASPI)<sup>20</sup>.

#### 4. EL PAPEL DE LAS REGIONES EN LA MATERIA

Se deben, en este punto, considerar algunas experiencias, inicialmente esporádicas pero poco a poco cada vez más frecuentes, que se producen a nivel regional. Las regiones, de hecho, han tomado independientemente medidas de regulación de la renta mínima para combatir la pobreza de los ciudadanos.

Parece interesante, en particular, examinar las características y los objetivos perseguidos y evaluar, fundamentalmente, cómo tales medidas pueden conciliarse con las herramientas reguladas a nivel nacional y esencialmente con el mencionado “SIA”.

Hay una tendencia considerable a la regulación de herramientas de protección territoriales destinadas a los grupos vulnerables y pobres. Como ya se ha mencionado, a través de la interpretación dada por la Corte Constitucional, se puede argumentar que los márgenes de la competencia del Estado en este campo se han ampliado, y se han también desentrañado las incertidumbres sobre la intervención reguladora correcta a nivel nacional.

Pues bien, varias regiones han experimentado soluciones para combatir la pobreza, que, aunque diversamente denominadas y reguladas, parecen estar marcadas por algunos rasgos comunes. En particular, se centran en la verificación de la condición de debilidad económica de los beneficiarios y en la disponibilidad de los mismos a trabajar. Desde luego, esto permite categorizar tales iniciativas como figuras que se asemejan a una renta mínima garantizada<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> CINELLI M., *Disoccupazione e Jobs Act: il senso delle nuove tutele*, in *Diritto e lavoro nelle Marche*, 2015, nn. 1-2, pág. 19; BOZZAO P., *I nuovi trattamenti di disoccupazione: a piccoli passi verso l'Europa*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, a cura di FIORILLO L., PERULLI A., Torino, Giappichelli, 2015, pág. 201 ss.

<sup>20</sup> RENGA S., *Post fata resurgo: la rivincita del principio assicurativo nella tutela della disoccupazione*, in *Lavoro e Diritto*, 2015, n. 1, pág. 77; BALANDI G.G., *Mercato del lavoro (tutele nel)*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, 2016, lo que ha aclarado que no se ha conseguido la virtuosa “integración” entre asistencia social y previdencia social distintas en el artículo 38, párrafos 1 y 2, Cost.: sobre la interpretación del artículo 38 Cost. PERSIANI M., *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, Cedam, 1960 y ID., *Art. 38*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro italiano, 1979, pág. 232.

<sup>21</sup> Se puede recordar la Ley de la Región Campania, que estableció una forma de renta mínima garantizada, impropriadamente llamada “renta de ciudadanía” (Ley de 19 de febrero de 2004, n. 2): ZOPPOLI L., *Reddito di cittadinanza, inclusione sociale e lavoro di qualità: profili giuridico-istituzionali*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2007, I, pág. 75. Se puede, también, recordar la Ley de la Región Lazio de 20 de marzo de 2009, n. 4, que introdujo una renta mínima garantizada con el fin (...)

En primer lugar, puede referirse al «reddito di inclusione sociale attiva», introducido en la Región Molise (Reglamento de aplicación de 13 de enero de 2016, n. 1), que ya ha sido definido no exactamente como «reddito di cittadinanza» (art. 49, l. 26 enero 2012, n. 2). Su objetivo es “proporcionar a las personas con dificultades económicas las herramientas necesarias para reforzar su independencia económica y personal, también a través de las vías de activación social y profesional”.

Como expresamente se ha previsto, los servicios sociales a nivel territorial deben permitir el ingreso al “proceso de inclusión social a través de un proyecto personalizado”. El proyecto debe prever la evaluación social de la unidad familiar y la propuesta de inclusión social, que consiste por ejemplo en el servicio voluntario cívico, en cursos de formación, en rutas de apoyo a la familia, de apoyo psicológico y/o de educación.

Además, las medidas de inclusión activa y apoyo a la renta, como mecanismos de protección social “de última instancia”, son objeto de la Ley de la Región Valle d’Aosta (l. 10 de noviembre de 2015, n. 18). En este instrumento, la intervención económica es limitada en el tiempo y queda sujeta a la disponibilidad de aceptar una oferta de trabajo, de participar en programas de formación o de recalificación que están dirigidos específicamente a la reinserción en el mercado laboral. Parece importante, en este sentido, el “pacto de inclusión”, celebrado entre el beneficiario y el Centro para el empleo local competente, que contiene objetivos de inclusión social, de formación, de empleabilidad y de inserción laboral, así como de reducción de los riesgos de marginación. Este pacto también comprende las obligaciones de los beneficiarios y las consecuencias del incumplimiento de tales obligaciones.

La atención debe centrarse, en particular, en la Ley de la Región Emilia Romagna (Ley 19 diciembre de 2016, n. 24), que, entre las más recientes, profundiza a fondo el tema a través de la creación del “reddito di solidarietà”. Se trata de una medida dirigida a promover el crecimiento social y económico, la mejora de las habilidades y conocimientos de las personas y el acceso al empleo.

La mencionada medida, cual apoyo económico, se acompaña de un proyecto de activación social y de inserción laboral, precisamente con el fin de superar la condición de pobreza y el riesgo de marginación del solicitante y su familia. Los posibles destinatarios, evaluados por el indicador de la situación económica (ISEE), pierden su derecho a la renta en el caso de que no sea suscrito el proyecto o ellos no cumplan con sus compromisos de activación social.

En cuanto a la coordinación entre las medidas regionales y nacionales, se establece expresamente la “incompatibilidad” del “reddito di solidarietà” con el SIA y el ASDI, porque se trata de medidas que no se superponen y son alternativas. Más exactamente el “reddito di solidarietà”, que se puede definir subsidiario, sólo se concede si la unidad familiar no se incluye en el ámbito de aplicación del SIA<sup>22</sup>.

En referencia a la intervención monetaria otorgada por la Región Friuli Venezia Giulia (l. 10 Julio de 2015, n. 15), definida “misura attiva di sostegno al reddito”, se

---

de promover la inclusión social de los trabajadores desempleados, como medida de contraste de la desigualdad social y de la exclusión.

<sup>22</sup> El reglamento regional 6 abril 2017, n. 2 (art. 9).

afirma explícitamente que a quienes se benefician del SIA y cumplan los requisitos para el acceso a la medida elaborada por la Región, se les garantizará una integración con los recursos regionales de las cantidades pagadas por el Estado. Es, por lo tanto, admisible en este caso la acumulación de los ingresos estatales y regionales.

Significativa es también la Ley de la Región Sardeña (l. 2 agosto de 2016, n. 18), que establece el “reddito di inclusione sociale”, entendido como “herramienta útil a la composición de los derechos sociales fundamentales de los ciudadanos”. Tal renta parece destinada a integrar las acciones nacionales diversamente respecto a la disposición de la Ley de la Región Emilia Romagna. El “reddito di inclusione sociale” se define, de hecho, como “medida complementaria y adicional” con respecto al SIA.

Respecto a todo lo anotado, se puede realizar la siguiente apreciación y es que, a pesar de la diferente terminología utilizada, las herramientas territoriales reflejan unas especies de rentas mínimas garantizadas, a veces entendidas como adicionales; otras veces, por el contrario, como una alternativa con respecto a la renta garantizada a nivel nacional.

Cabe destacar, por último, la “estrategia para combatir las dificultades económicas y sociales, la pobreza y la exclusión social”, promovida por la Región Puglia con la Ley 14 de marzo de, 2016, n. 3. Consiste en un sistema integrado de intervenciones; entre ellas, destaca el establecimiento de la específica medida denominada “reddito di dignità regionale”. Dispone de apoyo financiero y de instrumentos de inclusión social activa de aquellas personas y familias, cuya situación económica no les permita tener los medios adecuados para una vida digna. En concreto, se puede mencionar disposiciones como la activación de las políticas activas de empleo y de las políticas de formación, inclusión, reintegración y la activación de medidas para facilitar el acceso a la vivienda y la recualificación de entornos de vida.

## 5. EL ESTABLECIMIENTO DEL “REDDITO DI INCLUSIONE” Y LA “REORGANIZACIÓN DE LAS MEDIDAS ASISTENCIALES DIRIGIDAS A EL CONTRASTE DE LA POBREZA”: ALGUNAS OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA LUZ DEL ESQUEMA DE DECRETO LEGISLATIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE DELGA N. 33/2017

La legislación italiana, como se ha anticipado, se compone de un grupo no homogéneo de medidas para los ciudadanos en situación de pobreza, introducidas con carácter experimental y que consisten en cantidades muy limitadas. Asimismo, también incluye el “assegno sociale” para las personas de más de sesenta años, las prestaciones para el apoyo a la discapacidad y la prestación asistencial por la maternidad y las familias numerosas.

Son básicamente medidas de protección social para las personas en edad avanzada y las familias con hijos menores de edad o personas con discapacidad; pero, sin embargo, no se contempla, en esencia, la pobreza en sí misma. En este punto, se requiere, por tanto, la necesidad de completar y de reorganizar el marco normativo vigente.

En efecto, la exigencia de evitar el empobrecimiento progresivo de la población, así como la necesidad de poner en práctica una “estrategia nacional de lucha contra la pobreza”, a través de la revisión y de la racionalización del gasto social, fue, más

recientemente, subrayada por la Recomendación del Consejo Europeo de 12 de julio de 2016 sobre el programa nacional de reforma 2016 de Italia<sup>23</sup>.

Por su parte, la mencionada Ley n. 33/2017 (art. 1, párrafo 1, letra a), estableció la introducción de “una medida nacional de lucha contra la pobreza”, que se define como la “imposibilidad de disponer de todos los bienes y servicios necesarios para llevar a cabo un nivel de vida digno”, así como contra la exclusión social. Además, como se señala explícitamente en el Memorándum de entendimiento entre el Gobierno y la Alianza contra la Pobreza de abril 2017, se trata de un “tema crucial” para el desarrollo de un sistema de welfare más equitativo.

El “reddito di inclusione sociale” se identifica como “nivel esencial de las prestaciones que deben ser garantizadas de manera uniforme en todo el territorio nacional” (art. 117, párrafo 2, letra m, Cost.).

En base al esquema del Decreto Legislativo, en aplicación de la Ley n. 33/2017, el “reddito di inclusione” (REI), establecido a partir del 1 enero de 2018, se entiende como una “medida universal condicionada a la prueba de los medios y a la adhesión a un proyecto personalizado de activación y de inclusión social y laboral, dirigido a la finalización de la situación de pobreza” (art. 2)<sup>24</sup>. Se trata de un beneficio económico, que está acompañado de servicios y de ayuda, como una formación personal al solicitante.

En el mismo instrumento, la identificación de los beneficiarios no se puede separar del requisito de duración mínima del período de residencia en el país, de la situación económica de la unidad familiar y de la previsión de proyectos personalizados. Con todo ello, se reproduce, en esencia, el modelo típico de renta mínima garantizada.

Sin embargo, se debe aclarar que la nueva renta de inclusión social, al menos en la primera fase de implementación, estará restringida a un área de personas seleccionadas en base a la edad y a las responsabilidades familiares. Aunque el esquema de Decreto Legislativo prevé una extensión progresiva de la gama de los beneficiarios, se da prioridad a las unidades familiares en las cuales hay un miembro menor de 18 años, una persona con discapacidad, una mujer en estado de embarazo, un trabajador de 55 años o más de edad que está en situación de desempleo y ha dejado, desde al menos tres meses atrás, de beneficiarse de toda prestación para el desempleo o, si no tiene este derecho, es desempleado desde al menos tres meses (art. 3, esquema de Decreto Legislativo).

En consecuencia, la gama de sujetos implicados en la nueva medida es limitada, en comparación con el número de núcleos en situación de pobreza absoluta<sup>25</sup>. Se puede, entonces, declarar que el “reddito di inclusione” no sea exactamente una renta mínima garantizada, al menos en la primera fase; coincidiendo, de hecho, con una medida asistencial categórica, ya ampliamente conocida y experimentada.

<sup>23</sup> La Resolución del Parlamento Europeo de 19 de enero de 2017 ha señalado la importancia de los regímenes de renta mínima adecuadas para la preservación de la dignidad humana y la lucha contra la pobreza y la exclusión social.

<sup>24</sup> En virtud del artículo 3 del esquema de decreto legislativo se prevé que, con referencia a la situación económica, la unidad familiar del solicitante debe estar en posesión de un valor ISEE (indicador de la situación económica equivalente) que no exceda 6.000 euros.

<sup>25</sup> Las consideraciones formuladas por el “Rapporto sulla programmazione di bilancio”, mayo 2017.

La medida de inclusión social introducida por el reciente esquema de Decreto no representa, en puridad, una medida de carácter universal, y sólo tiene una aspiración de convertirse en ella, sin una concreción de los tiempos de esta posible transformación o ampliación.

En este apartado, se atribuye una importancia trascendental a la preparación del proyecto personalizado en base a las necesidades de la unidad familiar. Tiene relevancia, en particular, la identificación de los objetivos y resultados que deben ser perseguidos y que son la consecuencia de un proceso de negociación con los propios beneficiarios, que de esta manera están más incentivados a tomar un papel activo en el acceso al mercado de trabajo (art. 6, párrafo 3). El proyecto personalizado es, de hecho, definido “a través de la más amplia participación de la unidad familiar en situación de dificultad, teniendo en cuenta sus deseos, expectativas y preferencias” (art. 6, párrafo 8)<sup>26</sup>.

Asimismo, se requiere que los miembros de la familia beneficiarios de la renta de inclusión se adhieran a las actuaciones definidas en el proyecto personalizado; en caso contrario, serían aplicadas algunas sanciones, que van desde la reducción del beneficio económico a la pérdida de la prestación (art. 12).

Como se sabe, el vínculo necesario entre la disponibilidad para el trabajo y la prestación asistencial impregna la experiencia de varios sistemas jurídicos nacionales. En el contexto italiano, en particular, como resultado de los cambios introducidos por el Decreto Legislativo n. 22/2015, el principio de condicionalidad ha adquirido mayor importancia en relación con la disciplina de las redes de seguridad social en general. Sin embargo, se discute la necesidad de una ponderada condicionalidad a la oferta de un trabajo que sea apropiado y que responda a las expectativas del solicitante.

Se debe, también, considerar que la lucha contra la pobreza solicita la creación de puestos de trabajo dignos y sostenibles para los grupos sociales desfavorecidos (Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2010 sobre el papel de la renta mínima en la lucha contra la pobreza y la promoción de una sociedad inclusiva en Europa); y, que, permanece, en cualquier caso, la preocupación de que las mismas disposiciones relativas a la condicionalidad pueden conducir a “efectos precisamente contrarios de los deseados”, por ejemplo a través de una constante “presión” en el receptor, de verse forzado a estar activo<sup>27</sup>.

En última instancia, hay algunas dudas acerca de las disposiciones contenidas en el esquema del Decreto Legislativo, subsiste, de hecho, el riesgo de introducir una medida que no es nueva y que es excesivamente restrictiva en la selección de los destinatarios. Siendo así, deja en el desamparo, al menos en un primer momento, a una gran cantidad de personas necesitadas y sin garantías efectivas.

<sup>26</sup> Sobre la relevancia de una participación activa del beneficiario a la realización de los derechos sociales ALES. E., *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2015, p. 455.

<sup>27</sup> BALANDI G.G., BUOSO S., *Legalità e circolazione delle risorse nella sicurezza sociale*, in *Legal frame work. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, a cura di GOTTARDI D., Torino, Giappichelli, 2016, pág. 79.

Por lo tanto, al menos hasta que no será garantizada la financiación para ampliar la renta de inclusión (REI) a todas las familias en dificultades económicas, Italia seguirá siendo básicamente un país, miembro de la Unión Europea, carente del tercer nivel de protección que se compone de una renta mínima garantizada.

Se contempla, asimismo, la “reorganización de las medidas asistenciales” destinadas a luchar contra la pobreza, disponiéndose que desde el 1 de enero de 2018 la ASDI y el SIA dejarán de ser reconocidos, tal y como está previsto en el esquema del Decreto. En realidad la ASDI, no obstante su naturaleza ambigua (contributiva/asistencial), podría configurar el segundo nivel de protección contra el desempleo involuntario, de manera similar a lo que es previsto en otros ordenamientos jurídicos.

En conclusión, a diferencia de la experiencia de otros contextos nacionales, en los cuales ya se ha introducido un sistema de protección social para la protección del desempleo involuntario y de la pobreza, el sistema jurídico italiano está intentando compensar la falta de una renta mínima garantizada.

# XXXI. THE EUROPEAN PILLAR OF SOCIAL RIGHTS

HELMUT WEBER

*Jefe de Unidad de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social  
Bundesministerium für Arbeit und Soziales  
Alemania*

## 1. FACTS

The European Pillar of Social Rights sets out a number of key principles and rights to support fair and well-functioning labour markets and welfare systems. It will -with the words of the Commission - serve as a compass for a renewed process of convergence towards better working and living conditions among participating member states. It is primarily conceived for the euro area, but is applicable to all member states wishing to participate.

There are 3 main categories of the pillar:

1. Equal opportunities and access to labour market
2. Fair working conditions
3. Social protection and inclusion

Each of the categories contains several - 20 in total - topics. As it is very important that we know what we talk about, all of the pillars and topics are mentioned here and not hidden in a footnote.

### 1.1. EQUAL OPPORTUNITIES AND ACCESS TO THE LABOUR MARKET

#### 1. Education, training and life-long learning

Everyone has the right to quality and inclusive education, training and life-long learning in order to maintain and acquire skills that enable them to participate fully in society and manage successfully transitions in the labour market.

#### 2. Gender equality

Equality of treatment and opportunities between women and men must be ensured and fostered in all areas, including regarding participation in the labour market, terms and conditions of employment and career progression.

Women and men have the right to equal pay for work of equal value.

#### 3. Equal opportunities

Regardless of gender, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation, everyone has the right to equal treatment and opportunities regarding employment, social protection, education, and access to goods and services available to the public. Equal opportunities of under-represented groups shall be fostered.

#### 4. Active support to employment

Everyone has the right to timely and tailor-made assistance to improve employment or self-employment prospects. This includes the right to receive support for job search, training and re-qualification. Everyone has the right to transfer social protection and training entitlements during professional transitions.

Young people have the right to continued education, apprenticeship, traineeship or a job offer of good standing within 4 months of becoming unemployed or leaving education.

People unemployed have the right to personalised, continuous and consistent support. The long-term unemployed have the right to an in-depth individual assessment at the latest at 18 months of unemployment.

### 1.2. FAIR WORKING CONDITIONS

#### 5. Secure and adaptable employment

Regardless of the type and duration of the employment relationship, workers have the right to fair and equal treatment regarding working conditions, access to social protection and training. The transition towards open-ended forms of employment shall be fostered.

In accordance with legislation and collective agreements, the necessary flexibility for employers to adapt swiftly to changes in the economic context shall be ensured.

Innovative forms of work that ensure quality working conditions shall be fostered. Entrepreneurship and self-employment shall be encouraged. Occupational mobility shall be facilitated.

Employment relationships that lead to precarious working conditions shall be prevented, including by prohibiting abuse of atypical contracts. Any probation period should be of reasonable duration.

#### 6. Wages

Workers have the right to fair wages that provide for a decent standard of living.

Adequate minimum wages shall be ensured, in a way that provide for the satisfaction of the needs of the worker and his / her family in the light of national economic and social conditions, whilst safeguarding access to employment and incentives to seek work. In-work poverty shall be prevented.

All wages shall be set in a transparent and predictable way according to national practices and respecting the autonomy of the social partners.

#### 7. Information about employment conditions and protection in case of dismissals

Workers have the right to be informed in writing at the start of employment about their rights and obligations resulting from the employment relationship, including on probation period.

Prior to any dismissal, workers have the right to be informed of the reasons and be granted a reasonable period of notice. They have the right to access to effective and impartial dispute resolution and, in case of unjustified dismissal, a right to redress, including adequate compensation.

#### 8. Social dialogue and involvement of workers

The social partners shall be consulted on the design and implementation of economic, employment and social policies according to national practices. They shall be encouraged to negotiate and conclude collective agreements in matters relevant to them, while respecting their autonomy and the right to collective action. Where appropriate, agreements concluded between the social partners shall be implemented at the level of the Union and its Member States.

Workers or their representatives have the right to be informed and consulted in good time on matters relevant to them, in particular on the transfer, restructuring and merger of undertakings and on collective redundancies.

Support for increased capacity of social partners to promote social dialogue shall be encouraged.

#### 9. Work-life balance

Parents and people with caring responsibilities have the right to suitable leave, flexible working arrangements and access to care services. Women and men shall have equal access to special leaves of absence in order to fulfil their caring responsibilities and be encouraged to use them in a balanced way.

#### 10. Healthy, safe and well-adapted work environment and data protection

Workers have the right to a high level of protection of their health and safety at work.

Workers have the right to a working environment adapted to their professional needs and which enables them to prolong their participation in the labour market.

Workers have the right to have their personal data protected in the employment context.

### 1.3. SOCIAL PROTECTION AND INCLUSION

#### 11. Childcare and support to children

Children have the right to affordable early childhood education and care of good quality.

Children have the right to protection from poverty. Children from disadvantaged backgrounds have the right to specific measures to enhance equal opportunities.

## 12. Social protection

Regardless of the type and duration of their employment relationship, workers, and, under comparable conditions, the self-employed, have the right to adequate social protection.

## 13. Unemployment benefits

The unemployed have the right to adequate activation support from public employment services to (re)integrate in the labour market and adequate unemployment benefits of reasonable duration, in line with their contributions and national eligibility rules. Such benefits shall not constitute a disincentive for a quick return to employment.

## 14. Minimum income

Everyone lacking sufficient resources has the right to adequate minimum income benefits ensuring a life in dignity at all stages of life, and effective access to enabling goods and services. For those who can work, minimum income benefits should be combined with incentives to (re)integrate into the labour market.

## 15. Old age income and pensions

Workers and the self-employed in retirement have the right to a pension commensurate to their contributions and ensuring an adequate income. Women and men shall have equal opportunities to acquire pension rights.

Everyone in old age has the right to resources that ensure living in dignity.

## 16. Health care

Everyone has the right to timely access to affordable, preventive and curative health care of good quality.

## 17. Inclusion of people with disabilities

People with disabilities have the right to income support that ensures living in dignity, services that enable them to participate in the labour market and in society, and a work environment adapted to their needs.

## 18. Long-term care

Everyone has the right to affordable long-term care services of good quality, in particular home-care and community-based services.

## 19. Housing and assistance for the homeless

- a. Access to social housing or housing assistance of good quality shall be provided for those in need.
- b. Vulnerable people have the right to appropriate assistance and protection against forced eviction.
- c. Adequate shelter and services shall be provided to the homeless in order to promote their social inclusion

## 20. Access to essential services

Everyone has the right to access essential services of good quality, including water, sanitation, energy, transport, financial services and digital communications. Support for access to such services shall be available for those in need.

There are quite a few accompanying documents as in particular the Commission Staff Working Document - SWD(2017) 201 final. It contains to each of the 20 topics the Union Acquis, the scope and changes introduced by the European Pillar of Social Rights and proposals for Member States to implement the measures.

## 2. FIRST ASSESSMENT

In the following a first assessment of the state of play is attempted:

1. The Commission's initiative to create a European pillar of social rights should be supported. The pillar is a good framework for strengthening the social dimension of Europe.
2. A socio-political adjustment process among the Member States is urgently needed, with a view to an increase of adaptation and convergence; this does not mean more harmonization, but a clear common orientation between the Member States.
3. It is important that the basic principles contained in the pillar are actually implemented and that concrete, tangible effects can be developed to improve social conditions.
4. Priority should be given to those areas where the strongest impacts on social convergence upwards are to be expected: these are, on the one hand, the social protection and social security systems which we need to re-think and re-furbish in terms of new challenges and forms of employment stemming from the digital transformation and the digitization of the working world.
5. On the other hand, the EU needs a clear legal framework, which provides all Member States with a comprehensible mechanism for setting and adjusting a minimum wage.
6. A further legal framework should provide for a common orientation of Member States on minimum income systems for the unemployed.
7. It would be desirable if all Member States would participate in the pillar, not just the Eurozone countries. This should be stressed strongly in the pillar itself. This applies, in particular with regard to the aim of a fair “design” of the internal market and also to a social Europe all Member States need to be committed to.
8. The Commission has revised the pillar in many areas. It is good, for example, that a high level of occupational health and safety should now be sought, not just an adequate level. The inclusion of employee data protection is also important.
9. The terms for the protection against unfair dismissal need to be regarded critical. They are too much tailored for Member States with a severance payment model. There is nothing mentioned for countries, which prefer the continuity of the employment instead. This means, the employment relationship shall remain in effect if the termination is unfair. The pillar should be adapted in so far.

It is welcomed, that the pillar should obviously be adopted at the highest political level. This gives it its special political weight.

However, the success of the pillar depends to a large extent on the commitment and willingness of the decision-makers at the relevant levels in the Member States to implement the principles.

A thorough discussion of the specific wording of the pillar at expert level would strengthen the "ownership" of the Member States in terms of the principles and legitimacy required for a successful implementation.

### 3. OUTLOOK

The Commission has prepared the Pillar for around one and a half year. The result is all right, but also a bit disappointing. In any case, it is appropriate that the Commission is leading the discussion at all. Strengthening the social dimension is necessary to regain the confidence of the citizens in Europe. To do this, however, one has to become more concrete soon. Time is not lost yet as the social pillar is "fermenting". There is justified hope for some more ambitious agreements before the Social Summit of Heads of State and Government in Stockholm in November and afterwards the European Council in December 2017.