

112

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
112/2011

Monográfico sobre reformas en materia de Protección Social

ESTUDIOS

Líneas de tendencia de las reformas en materia de protección social
Jesús Cruz Villalón

Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico
María Amparo Ballester Pastor

Proceso de convergencia e integración de los regímenes de Seguridad Social: significación y aspectos críticos
José Luis Monereo Pérez

La jubilación ordinaria
Santiago González Ortega

La posibilidad de adelantar la jubilación tras la reforma de 2011
Lourdes López Cumbre

Protección por desempleo en un escenario de crisis de empleo
Juan Gorelli Hernández

La reforma en materia de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales: modificaciones incesantes, racionalización aplazada
Cristóbal Molina Navarrete

El proceso de implantación e implementación del sistema de atención a la dependencia
Rosa M^a Pérez Yáñez

El fondo de capitalización del despido y su incidencia en el sistema de pensiones
Pablo Gimeno Díaz de Atauri

La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave
Djamil Tony Kahale Carrillo

TEMAS LABORALES 2011

112

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

112

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1ª planta
41011 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

VOCALES

JUSTO MAÑAS ALCÓN	Viceconsejero de Empleo
ESTHER AZORIT JIMÉNEZ	Directora General de Seguridad y Salud Laboral
DANIEL A. RIVERA GÓMEZ	Director General de Trabajo y Seguridad Social
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

MANUEL RECIO MENÉNDEZ	Consejero de Empleo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Catedrático de Organización de Empresas Universidad de Sevilla
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SECRETARIO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1º, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y especial monográfico-72 euros. Número suelto: 18 euros
Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96
CONSEJERÍA DE EMPLEO I.S.S.N.: 0213-0750
JUNTA DE ANDALUCÍA Imprime: ALP Impresores S.L.

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 112/2011
Monográfico sobre reformas en materia de Protección Social

ÍNDICE

ESTUDIOS

Líneas de tendencia de las reformas en materia de protección social . . . JESÚS CRUZ VILLALÓN	13
Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR	51
Proceso de convergencia e integración de los regímenes de Seguridad Social: significación y aspectos críticos JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	91
La jubilación ordinaria SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	133
La posibilidad de adelantar la jubilación tras la reforma de 2011. LOURDES LÓPEZ CUMBRE	165
Protección por desempleo en un escenario de crisis de empleo JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	221
La reforma en materia de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales: modificaciones incesantes, racionalización aplazada CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	261
El proceso de implantación e implementación del sistema de atención a la dependencia ROSA M ^a PÉREZ YÁÑEZ	299
El fondo de capitalización del despido y su incidencia en el sistema de pensiones PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI	337
La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO	365

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú)*, *Arbeit und Recht (Alemania)*, *Australian Journal of Labour Law (Australia)*, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia)*, *Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica)*, *Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá)*, *Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América)*, *Diritti lavoro mercati (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *Giornale di Diritto del Lavoro (Italia)*, *Industrial Law Journal (Sudáfrica)*, *Industrial Law Journal (Reino Unido)*, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda)*, *International Labour Review (OIT)*, *Japan Labor Review (Japón)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Relaciones Laborales (España)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Alemania)*.

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter, está destinada fundamentalmente a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos inéditos de investigación y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

La remisión de originales, de acuerdo con el formato de estilos que caracterizan a la Revista –en especial, en lo que respecta a la extensión máxima de 30 páginas, inclusión de extracto, interlineado sencillo y cuerpo principal a 12, y que pueden consultarse en detalle en el archivo que sobre reglas de estilo se localizan su espacio web específico (pinchando sobre el icono de la Revista)- y siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

La Revista TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social dispone de un espacio web específico en el que junto a las reglas de suscripción y distribución y otras características técnicas, pueden ser consultados todos sus contenidos. Debidamente clasificados por número de edición, autor, título, tipo de artículo y materia, en la base de datos creada al efecto.

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE ANDALUSIAN
REVIEW
Nº 112/2011

INDEX

STUDIES

Social Protection Reform Trends.....	13
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
A critical study: social protection reforms and gender impact	51
MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR	
Convergence process and integration of the Social Security: what it means and critical aspects.....	91
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	
The retirement	133
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	
The possibility of early retirement after the 2011 reform.....	165
LOURDES LÓPEZ CUMBRE	
Unemployment protection within an employment crisis scenario	221
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	
The reform in Mutual of Accidents and Occupational Diseases: never- ending changes, rationalization postponed.....	261
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
The implementation process and the establishment of the dependence sys- tem.....	299
ROSA M ^a PÉREZ YAÑEZ	
The capitalization fund of dismissal and its impact on the Social Secu- rity System	337
PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI	
The new economic benefit for care of children affected by cancer or another serious illness	365
DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO	

Estudios

LÍNEAS DE TENDENCIA DE LAS REFORMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL

JESÚS CRUZ VILLALÓN

*Director de la Revista Temas Laborales
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Palabras Clave: Sistema de Protección Social, reforma

La reforma en materia de Seguridad Social llevada a cabo al final de la presente legislatura, objeto último de análisis en el presente número monográfico de la revista, se inserta en la honda de reformas precedentes que se han venido produciendo en nuestro país a lo largo de las tres décadas precedentes. Cuando menos responde a las mismas claves, en la medida en que se inserta en el marco de desarrollo de los principios reformadores del Pacto de Toledo, que ha orientado la adaptación de nuestro sistema de protección a los cambios producidos en nuestro modelo de crecimiento económico y, especialmente, de nuestra realidad social.

El elemento que con mayor intensidad ha condicionado la presente reforma ha sido el derivado del impacto del intenso proceso de envejecimiento de la población, consecuencia éste a su vez de la prolongación de la esperanza de vida y de la reducción de la tasa de natalidad, a lo que se le une la postergación en la incorporación al mercado de trabajo de la población juvenil.

La reforma inicialmente pretende actuar sobre el gasto, por la vía de la prolongación de la vida laboral y con el cómputo de un periodo más prolongado de la cotización a efectos de la determinación de la base reguladora. No obstante ello, en el corto plazo pretende también incidir en la carrera de cotización de quienes hasta el presente han mostrado situaciones más elevadas de irregularidad o niveles más reducidos de cotización, transmitiendo un mensaje de estabilidad en la cotización para que despliegue efectos sobre la vertiente de los ingresos desde un primer momento.

El estudio concluye con unas propuestas de rediseño de la estructura de la Ley General, en el contexto del futuro texto refundido, que desde una perspectiva de estricta técnica jurídica dé forma al modelo de Seguridad Social diseñado por el Pacto de Toledo.

ABSTRACT

Key Words: Social Protection System, reform

In this piece of work we analyse the Social Security reform in the present legislation. In the past three decades some changes have occurred and many reforms have taken place. The Toledo Pact has been reformulated and it has been adapted to protect our system and changed in terms of economic growth and our social reality.

The key element touched by this reform is the intense impact in our ageing population, and the fact that people live more than ever before and of course this is totally bound to low birth-rates and on top of this, young people enter later than ever in the labour market.

The reform pretends to influence the expenditure with the idea of extending the labour-productive life, which implies that people should pay contributions for longer periods.

Moreover, it pretends in the short term, to change the pay contributions (for our national insurance) in those cases with irregularities, or periods in which contributions payments were low, to transmit a message of stability and to influence the income at first.

The study concludes with some proposals to redesign of the General Law, in the future text reformulated, and from a judicial technical perspective touches the Social Security and redesigns the Toledo Pact.

ÍNDICE

1. EL PERMANENTE PROCESO REFORMADOR EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: VARIOS HILOS CONDUCTORES COMUNES
2. EL MÉTODO REFORMADOR: PACTO DE TOLEDO Y CONCERTACIÓN SOCIAL
3. LA TRASCENDENCIA DE LA REFORMA DE 2011: UN PROYECTO PARA EL LARGO PLAZO
4. EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DUAL DE LA ESTRUCTURA DE LA SEGURIDAD SOCIAL
5. EL MANTENIMIENTO DEL MODELO EN SUS ESENCIAS
6. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE TÉCNICA JURÍDICA

1. EL PERMANENTE PROCESO REFORMADOR EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: VARIOS HILOS CONDUCTORES COMUNES

A los efectos de poder presentar el alcance y significación de la última de las reformas verificada en materia de Seguridad Social al final de la presente legislatura¹, es necesario situarla, ante todo, en el marco reformador general de la protección social a lo largo de su evolución en nuestro sistema público propio del Estado social de Derecho². La Ley de referencia no constituye un hito aislado, sino que se inserta dentro de un proceso reformador más amplio, con otras reformas legislativas coetáneas y antecedentes a la misma.

En efecto, el sistema público de Seguridad Social se encuentra sometido a permanentes procesos de reforma desde sus orígenes, si bien es fácil percibir como éste tipo de cambios legales se han incrementado notablemente en los últimos tiempos. Es cierto que puede tenerse la impresión de que estos cambios son exclusivos de los últimos tiempos o bien que los mismos no tienen parangón en cuanto a su intensidad respecto de los que se han producido en décadas precedentes. Aun cuando no cabe la menor duda de que las medidas reformadoras en el ámbito jurídico se han acelerado con llamativa profundidad últimamente, ello es algo común a todos los ámbitos institucionales conectados con la actividad económica y, en paralelo, con los más sensibles a las transformaciones sociales. Pero, es más, basta con efectuar una revisión pausada de la evolución de nuestra legislación en materia de Seguridad Social desde sus orígenes como para comprobar que el ritmo de cambio ha sido permanente y sólo en determinados aspectos meramente superficial.

¹ Sobre todo, por medio de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (BOE 2 de agosto), sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Complementariamente a la anterior, entre otras, Ley 28/2011, de 22 de septiembre (BOE de 23 de septiembre), por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social.

² Cfr., por todos, S. González Ortega, Seguridad Social año 2002: balance general de una reforma en curso, TL 66 (2009); J. López Gandía, Las reformas legislativas en materia de Seguridad Social, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

Ante todo, el proceso de creación, profundización y asentamiento de la protección social como sistema de intervención del poder público ha sido resultado de un desarrollo lento, que ha requerido el transcurso de varias décadas hasta que se pueda hablar con propiedad de la existencia de un Sistema Público como tal dentro de nuestro Estado Social. Desde la antigua fórmula del mutualismo asegurativo hasta la configuración actual como un Sistema unitario ha transcurrido un largo periodo de sucesivas reformas legales, que puede considerarse todavía a estas alturas como inacabado, pudiendo identificarse elementos de cambio que todavía responden a esa línea de actuación e incluso que aún requerirá de actuaciones en el futuro. Baste al efecto con mencionar las medidas acometidas en orden a la integración de los regímenes especiales de la Seguridad Social en las dos grandes ramas (general y autónomos) previstas como cierre de la unificación del modelo, respecto a la cual se anuncian en la Ley medidas futuras al respecto e incluso es previsible que en el inmediato futuro se tendrá que continuar en dicha senda. Esta vertiente de integración de regímenes especiales ha experimentado un importante impulso en el marco de las reformas legislativas afrontadas a lo largo de la presente legislatura. En paralelo a ello ha de tenerse presente igualmente la tendencia a la convergencia de esas dos grandes ramas, por medio de la aproximación en términos de financiación y de acción protectora del régimen de autónomos hacia el régimen general.

Un segundo impulso renovador ha venido tradicionalmente derivado de la extensión de los estados de necesidad estimados como determinantes de las contingencias que dan lugar a la correspondiente acción protectora. En esta vertiente es cierto que el modelo de protección pública a través del sistema público de Seguridad Social se encuentra sustancialmente consolidado y extendido a las que son típicas en los modelos nacionales de nuestro entorno, de modo que ese impulso renovador responde más a momentos iniciales o de asentamiento del sistema, por lo que no se pueden identificar novedades relevantes en este terreno en los últimos años. Sin lugar a dudas, la extensión más destacada de los últimos tiempos y, desde luego, de enorme trascendencia verificada en nuestro Estado de bienestar, se sitúa en la incorporación al mismo de la protección social por dependencia. Aun cuando fue en su momento elemento capital de debate, finalmente se optó por incorporarla institucionalmente extramuros de la Seguridad Social, por mucho que se hubiera podido insertar con toda coherencia dentro de la misma; condicionantes mal entendidos, conectados con su financiación al margen de las cotizaciones sociales y su gestión por las Comunidades Autónomas, determinaron la opción finalmente adoptada³. Esto reconfirma que las medidas reformadoras que comentamos

³ Cfr. Sobre el particular el número 89 (2007) de esta revista dedicado monográficamente a esta materia, así como el balance de la implantación e implementación de la última fase abordado en el presente número por parte de Rosa Pérez Yáñez.

en estos momentos y referidas a los últimos tiempos sean en esencia de tono menor, si dejamos al margen lo que refiere a la protección por dependencia. No obstante, algunas actuaciones novedosas en esta vertiente no han dejado de adoptarse recientemente y, aunque sólo sea por la importancia que tienen desde la perspectiva personal de los beneficiados por las mismas, merecen ser citadas, por mucho que carezcan de impacto en lo que suponen las grandes cifras de beneficiarios y de desembolso económico respecto del total de la acción protectora de la Seguridad Social. Debe citarse, por ejemplo, a estos efectos, como más reciente, el establecimiento de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave⁴. En un arco temporal algo más amplio, habría que referirse a la incorporación de la prestación por paternidad⁵, incluida la ampliación de su duración desde los 13 días hasta las cuatro semanas, aun cuando la misma ha experimentado sucesivas prórrogas en su efectiva entrada en vigor⁶.

Un tercer hilo conductor, muchísimo más influyente de lo que inicialmente parece, deriva del impacto sobre el sistema de Seguridad Social de los principios constitucionales determinantes del modelo igualmente constitucional de Seguridad Social. Ante todo, el principio de universalidad subjetiva, conforme al cual el texto constitucional garantiza que la acción protectora del sistema abarca a “todos los ciudadanos”; modelo que obliga a compatibilizar el tradicional sistema conformado sobre una base profesional al criterio de protección subjetiva universal, lo que determinó en su momento la incorporación de las prestaciones no contributivas al sistema público de Seguridad Social; prestaciones que han adquirido plena carta de naturaleza en nuestro modelo de protección social, por mucho que se mantenga la lógica contributiva en el seno del modelo. Es cierto, igualmente, que esta dualidad, que fue instaurada hace ya más de dos décadas, se encuentra plenamente consolidada y no ha experimentado transformaciones significativas en los últimos tiempos. No obstante, a semejanza de lo que se indicó en el apartado precedente, se trata de una materia sometida a constantes retoques de perfeccionamiento, particularmente por lo que se refiere al espacio de actuación de cada uno de los dos niveles de protección. A estos efectos, como elemento reciente de actuación podría mencionarse, a título de ejemplo, lo relativo a las medidas acometidas en materia

⁴ Art. 135 quáter Ley General de Seguridad Social, incorporado por medio disp. final 21ª de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre (BOE 23 de diciembre), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

⁵ Cfr. Art. 133 octies ss LGSS. Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo (BOE 21 de marzo), por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural

⁶ Cfr. Art. 48 bis Estatuto de los Trabajadores, conforme a la redacción dada por la Ley 9/2009, de 6 de octubre (BOE 7 de octubre), con la suspensión transitoria de la ampliación hasta el 1 de enero de 2012, conforme a la disp. trans. 13ª de la Ley 39/2010, citada en nota 4.

de complementos a mínimos en las prestaciones contributivas, singularmente la regla consistente en que en ningún caso el importe de tales complementos sea superior a la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas vigentes en cada momento⁷. Y, desde luego, no puede dejar de mencionarse la importante actuación pública en materia de sucesivas prórrogas de las ayudas extraordinarias por desempleo, igualmente en su modalidad no contributiva⁸; por mucho que se presenten como medidas de carácter coyuntural y extraordinarias, ante las necesidades patentes provocadas por la prolongación de situaciones de elevado desempleo a resultas del escenario de crisis económica que padecemos con continuidad, lo cierto es que se están convirtiendo en una pieza central de actuación de los poderes públicos para atender a situaciones patentes de desempleo de larga duración⁹.

Estrechamente vinculada a la vertiente constitucional se encuentra todo lo relacionado con la efectividad del principio de igualdad de trato y de no discriminación en materia de Seguridad Social. Particularmente relevante a estos efectos es toda la renovación de la acción protectora en orden a lograr una efectiva igualdad entre mujeres y hombres¹⁰. Las actuaciones en este ámbito, por desperdigadas y variadas no dejan de ser relevantes. El principio de transversalidad de género obliga a que esta vertiente se encuentre presente en todo el conjunto de medidas abordadas, teniendo muy en cuenta la realidad concreta sobre la que se aplica la vigente legislación de Seguridad Social y su concreto impacto sobre la específica situación de la mujer en nuestra sociedad. En la última de las reformas uno de los aspectos que pesa con mayor intensidad es el relativo a la indiscutible realidad de carreras profesionales irregulares y, por tanto, trayectorias de cotización igualmente irregulares, de un número muy significativo de mujeres, que determina como efecto derivado superiores dificultades en superar los períodos de carencia mínimo o, en su caso, de alcanzar los períodos de carencia más extensos para tener derecho a la pensión contributiva más elevada. La ampliación de los requisitos legales establecidos al efecto, sin lugar a dudas, tiene un efecto inmediato y diferenciado sobre las mujeres, que ciertamente está presente en la última de las reformas, con reglas que van concebidas para compensar sus efectos negativos sobre las pensiones

⁷ Art. 50.2 Ley General de la Seguridad Social, conforme a la redacción dada por la Ley 27/2011.

⁸ La última de las actuaciones, en el RDL 10/2011, de 26 de agosto (BOE 30 de agosto), de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

⁹ Sobre el particular, con mayor detenimiento, ver el trabajo incorporado en el presente número monográfico a cargo de Juan Gorelli Hernández.

¹⁰ Por todas, el completo análisis abordado al respecto en el artículo que se incorpora al presente número monográfico a cargo de M^a A. Ballester Pastor.

de las mujeres, al margen de la valoración positiva o de insuficiencia que se pueda efectuar al respecto.

En igual medida, la presencia más intensa de la mujer en ciertas profesiones y, por ende, en ciertos regímenes especiales, determina también la correlativa influencia de las reformas en esta materia; baste con mencionar al efecto, la casi exclusividad en la presencia de la mujer dentro de los beneficiarios incluidos en el régimen especial de empleados al servicio del hogar familiar.

Lo mismo puede referirse respecto de prestaciones que presentan un perfil claramente femenino, en el sentido de que el mayor porcentaje con gran diferencia de beneficiarios de tales prestaciones son mujeres. Caso prototípico de esto último sucede sin la menor duda en relación con la pensión de viudedad, tradicionalmente concebida como una prestación destinada a las mujeres que a lo largo de su vida esencialmente han asumido responsabilidades familiares y, por ello, carecen de posibilidades de alcanzar el período de cotización requerido para obtener la pensión de jubilación. También en esta prestación se produce una intervención con ocasión de la última de las reformas. Las importantes transformaciones sociales verificadas respecto de la situación de la mujer, debido a su notable incorporación al trabajo y con relativa continuidad a lo largo de su vida activa, unido a la incorporación en nuestro sistema de la pensión no contributiva por jubilación, obliga a reconsiderar la funcionalidad y, por tanto, el régimen jurídico de esta prestación por viudedad. Eso sí, comoquiera que esas transformaciones sociales inciden de manera bien diferente según cohortes generacionales, los cambios a estas alturas no pueden ser todavía profundos, debiendo actuarse con prudencia y mantenerse con ciertas correcciones la funcionalidad básica que tal prestación ha tenido tradicionalmente. Con todo, los cambios ya se van avecinando y, cuando menos, las actuaciones van en la línea de lograr una cierta convergencia de protección social entre hombres y mujeres a edad avanzada, con independencia de su trayectoria laboral a lo largo de su vida activa. De ahí que la medida más significativa al respecto consista en el incremento del porcentaje de la base reguladora, que pasa del 52 al 60 %¹¹.

En todo caso, a nadie se le escapa que, aunque los factores precedentes se encuentran presentes en la reforma de 2011, ninguno de ellos llega a convertirse en el hilo conductor principal de la misma. Las razones determinantes de la misma son diversas a las precedentes, siendo a su vez comunes a las que se han producido en las reformas precedentes más inmediatas de 1997, 2002 y 2007¹².

¹¹ Disp. Adic. 30 Ley 27/2011.

¹² Ley 24/1997, de 15 de julio (BOE 16 de julio), de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social; Ley 35/2002, de 12 de julio (BOE 13 de julio), de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible; Ley 40/2007, de 4 de diciembre (BOE 5 de diciembre), de medidas en materia de Seguridad Social.

En efecto, al margen de las percepciones, perspectivas o valoraciones que se puedan realizar al efecto, no cabe la menor duda de que los elementos que más han incidido en la actual reforma de 2011 han sido los relacionados con el impacto que sobre la Seguridad Social tiene el incremento de la esperanza de vida de la población y la reducción de la natalidad, que provoca un perceptible aumento del envejecimiento general de la población, con los efectos que ello conlleva sobre el previsible incremento del coste económico global de la Seguridad Social, en lo que se ha venido en calificar como sostenibilidad financiera del sistema en ese marco ya no tan futuro de envejecimiento de la población residente en España.

Así lo expresa de forma muy inmediata el propio preámbulo de la Ley: “El sistema de Seguridad Social tiene que seguir haciendo frente a importantes desafíos, afrontando a largo plazo las exigencias derivadas, entre otras, de las tendencias de evolución demográfica, a fin de garantizar la sostenibilidad financiera de aquél. El hecho incuestionablemente positivo de que la esperanza de vida aumente progresivamente en España, hasta haberse convertido en el segundo país del mundo con mayor pervivencia de la población, enfrenta también el reto de que, en el futuro, será necesario asumir el pago de más pensiones durante más tiempo a causa de dicho envejecimiento de la población”.

Ello determina que las medidas más relevantes y publicitadas de la reforma de 2011 se concentren en la pensión de jubilación, como en gran medida lo han sido las otras reformas que le han precedido en los últimos años.

Ciertamente, los datos de evolución demográfica de los últimos tiempos son relevantes en España y, quiérase que no, inciden directamente sobre el número total de pensionistas por jubilación, la duración media de la prestación y, en suma, la denominada tasa de dependencia, es decir, el número de beneficiarios en relación con el número de cotizantes en un momento dado. Más allá de la presión más inmediata derivada de la aguda situación de crisis económica, con su impacto sobre el incremento del déficit y la deuda públicas, que ciertamente ha estado igualmente en el trasfondo del calado de la reforma, lo cierto es que en el medio plazo hay factores poblacionales que impactan sobre el equilibrio financiero de la Seguridad Social en términos decisivos y no meramente coyunturales. Tenemos una edad legal de jubilación que prácticamente se ha mantenido inmutable desde el establecimiento de nuestro sistema público de pensiones, cuando las cosas han cambiado mucho en las últimas décadas y la previsión es que continúe avanzando este proceso; por ejemplo, en los últimos 40 años el tiempo de disfrute medio de una pensión de jubilación ha pasado de los 5 a los 15 años; en estas cuatro décadas, quienes superan los 65 años ha pasado de representar el 9,66 % del total de la población española a acercarse al 17 %: es decir, la población de más de 65 años se ha incrementado en casi 4,3 millones, a razón de más de un millón por década y duplicando am-

pliamente la población que alcanzaba esa edad en 1970. Hace cuatro décadas la mayoría de los trabajos se centraban en actividades duras y penosas para una población que llegaba muy deteriorada físicamente a la jubilación, realidad que es bien diversa hoy, cuando el grueso de los ocupados trabaja en el sector servicios y con calidad de vida y de salud mucho mejores. Esta realidad sólo debe interpretarse en sentido positivo: como un logro de nuestro sistema social y económico, de las condiciones y calidad de vida alcanzadas por los españoles a través de nuestro sistema sanitario, alimenticio, costumbres, transformación del sistema productivo y condiciones laborales. Eso sí, también resulta obligado tener muy en cuenta que el envejecimiento de la población española, a resultas del proceso combinado del incremento de la esperanza de vida y de las bajas tasas de natalidad, provoca un efecto de presión sobre las expectativas de crecimiento del gasto social en pensiones para el futuro. Lo anterior, por añadidura, se ve incrementado por el hecho igualmente positivo de que la población juvenil prolonga su periodo de vinculación al sistema educativo, con el efecto derivado de incorporación más tardía al mercado de trabajo. Eso sí, esa comprensión positiva del fenómeno no puede tampoco dejar al margen la circunstancia de que el mantenimiento del equilibrio generacional, de no efectuarse cambio alguno en la legislación laboral y social, presiona intensamente hacia un incremento de la llamada tasa de dependencia, es decir, la relación entre las personas ocupadas y las correspondientes beneficiarias de pensiones públicas.

Todo ello, por añadidura, debe ser contemplado en un contexto mundial, que presiona el escenario concreto de la legislación nacional sobre Seguridad Social. Por mucho que esa legislación social tenga el mencionado carácter territorial reducido a nuestro Estado, sin embargo no deja de situarse en un panorama económico mucho más amplio, donde las decisiones relativas al coste de la protección social dentro del conjunto del gasto público no pueden por desgracia mantenerse ajenas a las exigencias de competitividad de costes de nuestros productos y servicios dentro de una economía cada vez más globalizada. Por ello, los actuales retos derivados de las decisiones políticas en materia de protección social necesariamente se encuentran condicionados por ese escenario global, cuando no están exigiendo un gran acuerdo político a nivel mundial en esta materia. Eso sí, en la medida en que ello no pasa de ser un desiderátum difícil de alcanzar, un diseño pragmático de las políticas públicas en esta materia no puede desconocer los condicionantes que nos vienen del exterior y que nos impiden actuar exclusivamente sobre los ingresos, sin tener en cuenta la evolución de los gastos, particularmente en materia de pensiones.

Tampoco puede desconocerse el hecho de que con las reformas en materia de pensiones siempre se encuentra como trasfondo la distribución entre cobertura vía reparto y cobertura vía capitalización, o si se quiere entre cobertura pública y privada de las necesidades económicas de las personas que

abandonan el mercado de trabajo al final de su vida laboral. Posiblemente esta perspectiva haya sido igualmente uno de los hilos conductores más influyentes, a pesar de que haya sido al propio tiempo el menos publicitado. En efecto, al respecto se suele señalar que el sistema de pensiones por jubilación en España es en el conjunto europeo de los que manifiesta tasas más elevadas de sustitución de la pensión de jubilación, es decir, el porcentaje representado por la pensión pública respecto del monto total de los ingresos retributivos que se venían percibiendo durante el último período de actividad profesional del beneficiario del régimen público de Seguridad Social. Las cifras que se suelen aportar al respecto son la de que España se sitúa en torno al 80 % de tasa de sustitución, situándose entre las más elevadas de Europa. Desde ciertas instancias se viene proponiendo la necesidad de proceder a reducir esas tasas de sustitución, si bien con cierto nivel de confusión, en la medida en que no se precisa ni el modo de llevarlo a cabo ni la finalidad con la que se realiza. En particular, desde esas instancias se suele defender que con la reducción de la tasa de sustitución no se trata de reducir la cuantía de las pensiones, pero se trata de una afirmación que no viene acompañada de cómo se produce esa cuadratura del círculo, salvo que se esté pensando en un incremento de los niveles salariales en paralelo a una congelación de las pensiones públicas, o probablemente con mayor fundamento en una reducción de las pensiones públicas que vendría compensada con un reforzamiento de los instrumentos de ahorro privado que complementarían de futuro a las pensiones públicas. Eso sí, para verificarse este mecanismo, que no comportaría sino introducir una distribución diversa a la actual entre sistema de capitalización y de reparto, habría que evaluar cuál es la capacidad de ahorro, vía fondos de pensiones o asimilados, por parte de los trabajadores en nuestro país. Posiblemente a estos efectos sería preciso efectuar cálculos ponderados en atención a las diferentes franjas salariales, partiendo de la presunción de que los niveles retributivos más bajos poseen una capacidad de ahorro prácticamente marginal, de modo que no resultaría oportuno efectuar sobre los mismos una actuación dirigida a reducir las tasas de sustitución, pues ello desembocaría automáticamente en una reducción muy significativa de la tasa de sustitución para ellos. En el otro extremo se pueden encontrar aquellos que situados en las franjas salariales superiores, quienes muy probablemente gozan de una mayor capacidad de ahorro, si bien probablemente sean quienes tengan una tasa de sustitución comparativamente más reducida a la media, al tener topadas por arriba sus pensiones, con el máximo establecido con carácter general; ello posiblemente aconseje el mantenimiento del criterio de los topes máximos, pero difícilmente se puede pensar en medidas de mayor intensidad sin incurrir en riesgos de desequilibrio financiero del sistema público de Seguridad Social.

Finalmente, resulta obligado resaltar cómo el régimen de Seguridad Social se modela a través de un diálogo permanente con la legislación laboral y que,

en particular, las condiciones y la intensidad de la acción protectora de la Seguridad Social mira no solamente a las necesidades de sus beneficiarios, sino en paralela medida a su impacto reflejo sobre la evolución del mercado de trabajo. Desde esta perspectiva ya no sólo se atiende al equilibrio financiero del sistema de protección social, sino en igual medida a la voluntad de permanencia o de reincorporación al mercado de trabajo por quienes pueden abandonarlo o bien han perdido su empleo. Particularmente influyente al respecto son las intervenciones reformadoras en el ámbito tanto de la prestación por desempleo como de la pensión de jubilación. En esta reforma, a la vista de las altas tasas de desempleo alcanzadas, se ha optado más por actuaciones en el corto plazo y no de rediseño del modelo por lo que afecta a la prestación por desempleo. Por el contrario, en lo que refiere a la pensión de jubilación, han estado muy presentes los usos de los mecanismos de jubilación anticipada en el contexto de los procesos de reestructuración empresarial; al extremo que no acaba siendo fácil comprender esas dos tendencias claramente contradictorias entre la incorporación de fórmulas dirigidas a la prolongación de la edad de jubilación junto con la pervivencia, en algunos casos reforzamiento, de los mecanismos de jubilación anticipada¹³. A la postre toda la actuación que se ha realizado sobre esta última se encuentra ante todo referida a las preocupaciones sobre la evolución del mercado de trabajo de la población de edad más avanzada, con dificultades de recolocación tras un expediente de regulación de empleo. En este contexto, particularmente significativa ha sido la intervención respecto de aquellos expedientes de regulación de empleo en los que las grandes empresas muestran una situación económica suficientemente holgada, manifestada en la obtención de beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores, como para poder asumir costes superiores y, en particular, no hacer recaer sobre fondos públicos sus procesos pactados de reducción de empleo, con la obligación en particular de asumir el coste de la correspondiente prestación por desempleo¹⁴.

2. EL MÉTODO REFORMADOR: PACTO DE TOLEDO Y CONCERCIÓN SOCIAL

Desde mediados de los años '90 se ha procurado que las reformas estructurales en materia de Seguridad Social se adoptaran con un amplio consenso político y social, con la pretensión de que se puedan acometer reformas con impacto en el medio y largo plazo no condicionadas a las posibles alternancias en las mayorías de partido en el Gobierno, al tiempo que reciban el suficiente

¹³ Sobre el particular, ver el estudio dedicado a las jubilaciones anticipadas en el presente número monográfico a cargo de Lourdes López Cumbre.

¹⁴ Disposición adicional 16ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

apoyo de legitimación reforzada proveniente de los interlocutores sociales a través de la concertación social.

En cuanto a lo primero, el consenso entre los partidos políticos mayoritarios en atención a su representación parlamentaria se ha articulado a través del denominado Pacto de Toledo, que ha dado lugar a la constitución de una comisión parlamentaria sobre la materia, formalmente prevista como no permanente, pero que a la vista de su estabilidad y consolidación de facto ha adquirido el carácter de permanente, incluso con alguna propuesta de convertirla como tal, aunque no llegó a aprobarse¹⁵. El primer fruto del Pacto de Toledo se alcanzó en 1995, que recogía hasta un total de 15 recomendaciones; recomendaciones que se resumirían en las siguientes: la separación y clarificación de las fuentes de financiación; la necesidad de constitución de reservas que atenuaran los efectos de los ciclos económicos, que dio lugar a la creación del Fondo de reserva de la Seguridad Social; la mejora de las bases; la financiación de los regímenes especiales y la simplificación e integración de los mismos; la mejora de los mecanismos de recaudación y lucha contra la economía irregular; la integración de la gestión; la evolución de las cotizaciones sociales; la edad de jubilación y reforzar la equidad y el carácter contributivo del sistema; revalorización de las pensiones conforme al IPC previsto; la mejora de las cuantías de las pensiones de viudedad y orfandad; la mejora de la gestión; la previsión social complementaria y el seguimiento del sistema¹⁶.

Como resulta bien conocido, el Pacto de la Toledo marco la línea de actuación de las reformas sucesivas en materia de Seguridad Social, siendo en gran medida resultado del mismo la reforma legislativa de 1997 ya citada. Las reformas sucesivas de 2002, de 2007 y también la presente de 2011 igualmente han estado influidas por las intervenciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo. Dicha Comisión ha trabajado con una técnica muy propia del método anglosajón de diagnóstico, propuesta y evaluación, lo que determina que periódicamente se hayan efectuado en su seno valoraciones de resultados de las reformas acometidas en materia de Seguridad Social¹⁷.

¹⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, proposiciones de Ley, 11 de abril de 2006, <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/congreso-proposicion-01.pdf>

¹⁶ Análisis de los problemas estructurales del sistema de seguridad social y de las principales reformas que deberán acometerse, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie E, 12 de abril de 1995, http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/E/E_134.PDF

¹⁷ Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo. Texto del Informe y votos particulares, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie E, 2 de octubre de 2003, <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/comision-informe-01.pdf>

Informe de Evaluación de 2005, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Diario de sesiones de 1 de diciembre de 2005, <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/legislacion/pacto-toledo/comision-informe-02.pdf>

Ha de tenerse en cuenta que las propuestas de reforma contenidas en el primero de los documentos del Pacto de Toledo eran enormemente ambiciosas y complejas en su articulación, como para que su puesta en práctica no se hubiese agotado con las medidas acometidas en la segunda mitad de los años '90. Por ello, los cambios sucesivos a lo largo de la última década, progresivamente en lo sustancial también siguen la misma senda: la hoja de ruta marcada por el Pacto de Toledo. Desde el punto de vista de su contenido, la reforma actual sigue respondiendo a la pauta de incorporar propuestas pendientes de materializar de las consensuadas en el primero de los documentos del Pacto. Incluso puede afirmarse que todavía se trata de un proceso no completamente acabado, en la medida en la que se puede vislumbrar que en el futuro todavía se tendrán que adoptar algunas medidas adicionales para cerrar por completo el cumplimiento de la totalidad del Pacto, por mucho que puede entenderse que a estas alturas ya se ha actuado en todos sus elementos.

Pero igualmente ha sucedido desde la perspectiva del método empleado con la reforma de 2011. En efecto, la última de las reformas, a pesar de las conocidas tensiones experimentadas en el contexto de crisis económica y de algunas medidas adoptadas por el Gobierno más de carácter general en el contexto de la crisis económica, finalmente también ha sido resultado de un informe consensuado en el seno de la Comisión parlamentaria no permanente del Pacto de Toledo; informe de evaluación de resultados, incluidas las propuestas de reformas sugeridas al Gobierno desde el Parlamento¹⁸. Del mismo modo que esa actuación en sede Parlamentaria ha venido acompañada de la correspondiente valoración e informes provenientes del propio Gobierno¹⁹.

Esta actuación no ha dejado al margen del debate político la discusión en cuanto a la intervención del Estado en materia de Seguridad Social y, singularmente, en materia de pensiones, más allá de lo que se ha pretendido a través de ciertos discursos políticos que intentaba situar la materia entre las que se califican como materias de Estado, a situar más allá del enfrentamiento partidista. No obstante, lo que sí ha garantizado este método es un fuerte consenso entre los grandes partidos por lo que se refiere a los aspectos más estructurales del Sistema de Seguridad Social y, con ello, una intensa garantía de que las reformas legales acometidas se pueden programar con una proyección aplicativa en el medio y largo plazo, sin riesgos de reversibilidad de las medidas acordadas en sede parlamentaria a resultas de posibles cambios de mayoría en las Cámaras legislativas.

¹⁸ Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie D, 13 de enero de 2011.

¹⁹ Así, como último de ellos, Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, colección Seguridad Social nº 35, Madrid 2011. También, Documento de Revisión del Pacto de Toledo del Pacto de Toledo de 29 de enero de 2010.

Tal proceso de actuación política y legislativa es previsible, por ello, que actúe igualmente respecto de la última de las reformas acometidas, objeto del presente comentario. Sobre todo, ello garantiza los dilatados y progresivos tiempos aplicativos de esta reforma, que se encuentran proyectados para su puesta en práctica a lo largo de varias décadas y con ello de varias legislaturas. La importante trascendencia que tienen en esta reforma las disposiciones transitorias, con una implementación paulatina de la reforma, tan sólo resulta concebible y asumible en la medida en que funciones el método de consenso político instaurado por el Pacto de Toledo. La inviabilidad de proceder a efectuar reformas de inmediata entrada en vigor y la adaptación de las mentalidades de trabajadores y empresarios para configurar las carreras profesionales y, consiguientemente de cotización, sólo permite que las reformas de Seguridad Social entre nosotros se puedan acometer con esta proyección en el medio y largo plazo y, por tanto, con la garantía de permanencia derivada del consenso político establecido al respecto.

En paralelo, y de forma complementaria a lo anterior, se ha buscado que en igual medida las reformas de carácter estructural en el ámbito de la Seguridad Social se adopten con un fuerte consenso ciudadano, logrado por la vía de los correspondientes Acuerdos de concertación social. A estos efectos, es digno de resaltar el cambio notable de resultados obtenidos no casualmente a partir de la celebración del Pacto de Toledo, de modo que los consensos logrados en un ámbito extienden su impacto al otro y viceversa. En efecto, durante la década de los años '80 las reformas legislativas abordadas en materia de pensiones públicas fueron objeto de una muy fuerte contestación, particularmente desde los ámbitos sindicales, provocando un clima bien conocido de ruptura y de tensión entre el Gobierno y las organizaciones sindicales. Aunque ya en aquel periodo se intentó articular el entendimiento con estas últimas a través de la concertación social, los resultados no se lograron en términos de acuerdo. Sin embargo, ese panorama se ha ido reconduciendo progresivamente, al extremo que las reformas abordadas en la materia a partir de mediados de la década de los años '90 han obtenido el respaldo más o menos generalizado por parte de las organizaciones sindicales más representativas, incorporando sucesivamente también a las organizaciones empresariales. Ya la reforma de 1997 fue en cierto modo apoyada por la concertación social, por medio del acuerdo suscrito entre el Gobierno y las organizaciones sindicales²⁰. Tal sucedió igualmente en parte con las reformas de 2001 con el apoyo sólo de uno de los sindicatos más representativos y la organización empresarial²¹ y más plenamente con la de 2006²².

²⁰ Acuerdo de 9 de octubre de 1996.

²¹ Acuerdo para la mejora del sistema de protección social suscrito en abril de 2001 entre el Gobierno, CCOO y CEOE, <http://www.uv.es/ugt/doc/igeneral/varios/dialogo2.html>

²² Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, celebrado entre el Gobierno, CCOO, UGT y CEOE, <http://personal.us.es/jesusacruz/acuerdoSS%2013-07-06.pdf>

En los mismos términos, por muy sorprendente que haya resultado, en un escenario de perceptible enfrentamiento entre Gobierno y sindicatos a resultas de las coetáneas reformas laborales, finalmente se ha logrado que la presente reforma haya sido igualmente pactada hasta su concreción de detalle con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. A pesar de que su contenido sea algo más amplio, es fácil percibir cómo el grueso del pacto contenido en el Acuerdo Social y Económico de febrero de 2011 se refería a la reforma de las pensiones y en general de la Seguridad Social²³. Esta fórmula de Acuerdos de concertación social, se ha extendido a otras reformas en ámbitos más especializados, como a mero título de ejemplo es la relativa a la integración de los asalariados agrarios en el régimen general²⁴.

Esta práctica de consenso social se refleja igualmente en la labor adicional de influencia por parte de los agentes sociales realizada a través del Consejo Económico y Social. Así, los Dictámenes realizados en su seno en materia de Seguridad Social se encuentran marcados en su contenido por el logro previo de los acuerdos de concertación social, al extremo que en muchas de sus propuestas no hacen otra cosa que garantizar y reforzar los Acuerdos de concertación logrados previamente a la correspondiente presentación del anteproyecto de Ley de reforma legislativa. Ello se percibe con claridad tanto en los Dictámenes correspondientes a las reformas de 1997²⁵, de 2007²⁶, así como de la última de ellas de 2011²⁷; sin olvidar tampoco los correspondientes a reformas sobre aspectos concretos de desarrollo tanto del Pacto de Toledo como de los correlativos acuerdos de concertación social; por ejemplo, el relativo al Fondo de Reserva de la Seguridad Social²⁸, a las cláusulas sobre jubilación obligatoria en los convenios colectivos²⁹, o a la integración de los trabajadores por cuenta

²³ Celebrado igualmente entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativa, <http://personal.us.es/jesuscruz/Acuerdo%20Social%20y%20Economico.pdf>

²⁴ Preacuerdo sobre integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social, suscrito el 8 de marzo de 2011 por el Secretario de Estado de la Seguridad Social y los representantes de CEOE, CEPYME, UGT y CCOO, <http://www.eumedia.es/portales/files/documentos/PREACUERDORASSFIRMA8032011.pdf>

²⁵ Dictamen 8/1996, de 27 de noviembre, sobre el anteproyecto de Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social.

²⁶ Dictamen 1/2007, de 24 de enero de 2007, sobre el anteproyecto de Ley de medidas en materia de Seguridad Social.

²⁷ Dictamen 2/2011, de 23 de marzo de 2011, sobre el Anteproyecto de Ley sobre Actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

²⁸ Dictamen 5/2007, de 31 de mayo de 2007, sobre el anteproyecto de Ley Reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

²⁹ Dictamen 1/2005, de 13 de enero de 2005, sobre el anteproyecto de Ley sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria.

propia agrarios en el régimen especial de trabajadores autónomos³⁰, o bien la sucesiva integración de los asalariados agrarios en el régimen general³¹.

Este método de abordaje de las reformas legislativas en materia de Seguridad Social, a pesar de que ha recibido un fuerte respaldo público, también ha sido recientemente criticado desde algunas instancias, particularmente el relativo a la utilización de la concertación social como instrumento para perfilar el contenido de la reforma. Desde tales instancias se pondera que este método impide afrontar decididamente las reformas que requiere nuestro sistema público de la Seguridad Social, probablemente porque se valora que ello acaba frenando el alcance de las medidas a adoptar. No obstante, más allá de la complejidad y dificultades que presenta este modo de actuación, desde muy diversas vertientes el resultado final no puede valorarse sino muy positivamente. Ante todo, su canalización por la vía de la concertación social atiende a un manifiesto requerimiento constitucional de toma en consideración del papel que le corresponde asumir tanto a las organizaciones sindicales como a las asociaciones empresariales de estructuración del tejido social, actuando como instrumento de canalización de los intereses económicos y sociales que le son propios (art. 7 CE), permitiendo que la acción gubernamental sea sensible a la complejidad de intereses en juego, de la relevancia de la afectación a grupos sensibles de nuestra sociedad. Más aún, en la práctica se puede ver con relativa facilidad que dicho mecanismo no ha frenado la acción política del Estado, en el sentido de que se ha realizado sin impedir que la iniciativa legislativa y la orientación general de la misma corresponda al poder ejecutivo, quien finalmente es quien formula las propuestas iniciales de reforma, sus objetivos y contenidos básicos, al propio tiempo que asume la responsabilidad del contenido concreto del proyecto de ley que se presenta en sede parlamentaria. Al mismo tiempo, su encaje con el método de trabajo propio del Pacto de Toledo propicia igualmente que no se devalúe el protagonismo que en materia legislativa les corresponde a los partidos políticos, aspecto que sí se puede producir a través de otros productos derivados de la concertación social en nuestro país, particularmente los que afecta a las reformas laborales. En cuanto a su contenido, ese mecanismo ha permitido que el cierre de la reforma se efectúe con los debidos contrapesos, que compense los efectos más negativos que ciertas

³⁰ Dictamen 13/2006, de 25 de octubre de 2006, sobre el Anteproyecto de Ley por el que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del régimen especial agrario de la Seguridad Social en el régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. En este caso, el precedente de concertación social fue el acuerdo suscrito el 20 de octubre de 2005 por los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales y de Agricultura, Pesca y Alimentación y los representantes de las organizaciones agrarias ASAJA, COAG y UPA.

³¹ Dictamen 05/2011, de 27 de abril de 2011, sobre el Sobre el Anteproyecto de Ley por la que se procede a la Integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social.

reformas en el ámbito de la protección social pueden tener sobre los grupos sociales más desfavorecidos, particularmente en esta ocasión por lo que afecta a aquellos colectivos con riesgos de soportar carreras profesionales irregulares, que como efecto reflejo provoquen actuaciones de reducción notable en las prestaciones económicas recibidas finalmente del sistema de Seguridad Social. Finalmente, el mecanismo de concertación social constituye un instrumento manifiesto de aceptación social y, con ello, qué duda cabe, de pacificación social, que se vería fuertemente alterada tal como muestra la experiencia de otros países bien próximos al nuestro.

Por lo demás, la última de las reformas ha sido de notable complejidad en cuanto al proceso de elaboración, por cuanto que en el curso de la misma no solamente han influido los procesos precedentes a doble nivel político y de concertación social. Teniendo en cuenta el relevante alcance de la Seguridad Social desde la perspectiva económica general, son muchos los intereses en juego, que incluso trascienden los atendidos por sindicatos y empresarios. A mayor abundamiento, se trata de una reforma que se ha producido a lo largo de un período bastante dilatado, que se ha extendido casi dos años, entre proceso de discusión en el seno de la Comisión del Pacto de Toledo, desarrollo de la interlocución con los sindicatos y desarrollo de la tramitación parlamentaria propiamente dicha del correspondiente proyecto de Ley. Ello ha dado lugar a que en el curso de todo ese procedimiento se hayan verificados intervenciones externas muy variadas, provenientes para empezar de los ámbitos europeos, en la medida en que esta reforma por lo que afecta a las pensiones haya sido coetánea de otras similares en los países más próximos al nuestro, con manifiesta influencia mutua de los acometidos en unos y otros países, incluso con criterios marcados desde las propias instituciones comunitarias.

De igual forma en el debate correspondiente, desde la perspectiva interna, han participado, como suele ser habitual por lo demás, ciertas instancias financieras, particularmente aquellas interesadas en incrementar las oportunidades de negocio por la vía ya mencionada de reducir la tasa de sustitución de las pensiones con vistas a fomentar el incremento del ahorro privado.

Pero, sobre todo, es digno de mencionar el dato de que en el proceso también han intervenido con notable relevancia ciertas entidades que han elaborado y publicado determinados informes, con específicas propuestas de reformas, directamente dirigidas a influir sobre el proceso reformador. A estos efectos, referiría dos en concreto, por haber sido probablemente las que han obtenido un mayor impacto mediático: de un lado el informe publicado por Fundación de Estudios de Economía Aplicada (Fedea)³² y de otra parte el ela-

³² La reforma de las pensiones, <http://www.crisis09.es/pensiones/>

borado a requerimiento de la aseguradora Unespa³³. Desde luego, el panorama puede parecer muy escorado y limitado con la mención tan sólo de estos dos documentos, pero creo que por su valor ilustrativo merece la pena una referencia expresa a los mismos; aun cuando lo sea por tratarse de las propuestas que reclaman reformas más radicales, probablemente las más opuestas a la filosofía final de la reforma efectuada, pero que desde luego no han dejado de tener una influencia notable en la dirección de alguna de las medidas abordadas, si bien lo hayan hecho con mayores matices y contrapesos a lo propuesto en esos documentos. De contraste, también cabe indicar que en el otro frente de comprensión de la reforma en materia de pensiones, también se han difundido documentos en cierto modo de respuesta a los anteriores y, por ello, con propuestas de claro signo opuesto; baste con mencionar al efecto los provenientes de Attac³⁴.

3. LA TRASCENDENCIA DE LA REFORMA DE 2011: UN PROYECTO PARA EL LARGO PLAZO

A pesar de que ya son muchas las reformas en materia de pensiones acometidas en nuestro sistema de Seguridad Social, de clara relevancia desde mediados de los años ochenta, probablemente la actual de 2011 sea de las más ambiciosas, por no decir la de mayor profundidad, por el panorama diverso que pretende establecer en materia de protección frente al proceso de envejecimiento de la población española y las transformaciones verificadas en el mercado de trabajo con impacto sobre el régimen de Seguridad Social.

Y, precisamente, uno de los elementos más expresivos de esa pretensión de actuación sobre lo verdaderamente estructural del sistema es que las reformas se proyectan en el largo plazo, con proyección al escenario que se puede diseñar de aquí a 15 años. Ello se deduce inmediatamente del hecho de que se trata de una Ley que publicándose en agosto de 2011 posterga su entrada en vigor, como regla general, hasta principios de 2013³⁵; algo ciertamente excepcional hoy en día, cuando la inmensa mayoría de las leyes viene contemplando su entrada en vigor inmediata, con voluntad de impacto automático sobre las relaciones laborales y la economía. Igualmente se deduce expresamente del largo periodo transitorio de implementación de las concretas medidas propuestas;

³³ Reflexiones para la reforma. Comisión para el estudio de los efectos del envejecimiento en el futuro del Estado de Bienestar, <http://www.unespa.es/frontend/unespa/Reflexiones-Para-La-Reforma-Del-Estado-Del-Bienestar-vn3050-vst226>

³⁴ ¿Están en peligro las pensiones públicas? Las preguntas que todos nos hacemos. Las respuestas que siempre nos ocultan

³⁵ Disposición final duodécima Ley 27/2011, de 1 de agosto.

por ejemplo, en lo que refiere a la aplicación paulatina de la edad de jubilación, de los años de cotización y de la base reguladora de la pensión por jubilación³⁶. El legislador es plenamente consciente del elevado calado de la reforma y, particularmente, que lo que se pretende es tener impacto sobre las actitudes laborales y empresariales frente a las carreras profesionales de los trabajadores, que repercuten sobre las correspondientes carreras de cotización. De este modo, se trata de una reforma que tiene un valor ambivalente, que no contradictorio, según la perspectiva desde la que se observe. Desde cierto punto de vista, de impacto inmediato, por cuanto que la capacidad de articulación desde este instante de una carrera de cotización continuada en el tiempo y con niveles razonables de trabajo a tiempo completo, particularmente por las generaciones más jóvenes, influirá en su momento en el reconocimiento y percepción de la correspondiente pensión pública; de este modo, la reforma pretende tener una repercusión social inmediata, por cuanto que pretende mandar un claro mensaje a la población en general respecto de la trascendencia de cambiar ciertas actitudes tanto laborales como empresariales, al objeto de que pueda diseñarse desde el primer momento una carrera profesional estable y con niveles razonables de cotización, por la repercusión de lo que se haga ahora sobre el reconocimiento de las pensiones futuras. Desde el punto de vista opuesto, por cuanto que no se pretende una actuación en el corto plazo sobre el régimen jurídico público de las pensiones, sino que se dilata su impacto sobre las generaciones futuras que pasen de la situación de activos a pasivos.

A tenor de ello, y por paradójico que pueda resultar, tratándose de una reforma que incide formalmente exclusivamente sobre la vertiente del reconocimiento del derecho y de su entidad, por tanto, sobre la vertiente del gasto, sin embargo, es posible que su impacto más inmediato --de tener éxito la proyección de la reforma que se efectúa--, será actuar sobre la vertiente de los ingresos. De este modo, puede afirmarse que de manera más inmediata lo que se pretende es que se corrijan en la medida de lo posible los diseños de carreras irregulares, con menor preocupación por cubrir los periodos de cotización en las franjas profesionales más jóvenes. Por ello mismo, de tener resultados la reforma, la misma debe presionar para evitar situaciones de ocultamiento de actividades profesionales, de economía sumergida, que no tengan su reflejo en las carreras de cotización de las generaciones más jóvenes.

³⁶ Disposición transitoria vigésima y quinta de la Ley General de la Seguridad Social, conforme a la redacción dada por la Ley 27/2011 de 1 de agosto.

4. EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DUAL DE LA ESTRUCTURA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Uno de los proyectos más ambiciosos del Pacto de Toledo en cuanto al diseño y articulación general del sistema público ha consistido en la propuesta de configuración de dos grandes regímenes de la Seguridad Social: el régimen general para los trabajadores asalariados y un régimen especial para los trabajadores autónomos³⁷. Y, precisamente también por su complejidad, se trata de la propuesta más complicada y que, por ello, ha resultado la de más difícil y lenta materialización práctica³⁸.

El primer hito digno de reseñar lo constituyó la inclusión de los autónomos agrarios dentro del régimen especial de trabajadores por cuenta propia³⁹. Más recientemente se produjo la integración de los funcionarios públicos de la Administración General del Estado en el Régimen General⁴⁰, así como la integración de los asalariados agrarios también en el Régimen General con efectos del 1 de enero de 2011⁴¹ y, finalmente, la previsión de la integración del servicio doméstico igualmente en el Régimen General con efectos del 1 de enero de 2012⁴².

Todo ello, finalmente, queda presentado de forma emblemática por medio de dar nueva redacción al precepto de la Ley General de Seguridad Social que contempla la relación de regímenes especiales, tal como en su momento propuso el Dictamen del Consejo Económico y Social:

³⁷ “Recomendación 6. Simplificación e integración de regímenes especiales. La experiencia nos muestra que existen ciertas disfunciones en cada uno de los Regímenes Especiales que se apartan de los fines para los que fueron creados.

Por ello, y desde la previsión legal existente de unificación de la estructura del sistema, la Ponencia recomienda que se continúe en este proceso reduciendo de manera gradual el número de los regímenes actualmente existentes y logrando la plena homogeneización del sistema público de pensiones, de manera que a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien en el régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien en el de trabajadores por cuenta propia, contemplando, no obstante, las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo.

³⁸ Véase para mayor detalle, el estudio incorporado al presente número monográfico a cargo de José Luis Monereo Pérez.

³⁹ Ley 18/2007, de 4 de julio (BOE 5 de julio), por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

⁴⁰ Art. 20 Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre (BOE 3 de diciembre), de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

⁴¹ Ley 28/2011, de 22 de septiembre (BOE 23 de septiembre), por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social.

⁴² Disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

“2. Se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes:

- a) Trabajadores por cuenta propia o autónomos.
- b) Trabajadores del mar.
- c) Funcionarios públicos, civiles y militares.
- d) Estudiantes.
- e) Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo”⁴³.

Por lo demás, en paralelo a lo anterior, el diseño del Pacto de Toledo de fijar un horizonte final de existencia de dos únicos regímenes --general para asalariados y especial para autónomos--, tenía como objetivo adicional y complementario el establecimiento de un proceso de progresiva aproximación de la acción protectora entre el régimen general y el de autónomos, que, naturalmente, para garantizar el equilibrio financiero del sistema, exige como elemento de acompañamiento la elevación del régimen de cotizaciones, particularmente por lo que afecta al régimen especial de los autónomos. Esa aproximación tenía que producirse necesariamente por la vía de la incorporación al régimen especial de autónomos de prestaciones de la acción protectora tradicionalmente residenciadas de forma exclusiva en el régimen general para los asalariados y, por tanto, no previstas para los autónomos. También en este frente se ha ido avanzando notablemente, particularmente a partir de la aprobación del Estatuto del Trabajo Autónomo⁴⁴. Ello se ha ido concretando sucesivamente en la incorporación obligatoria de la incapacidad temporal, así como de la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales para los trabajadores autónomos económicamente dependientes⁴⁵, la previsión de la inclusión en el régimen especial de los trabajadores autónomos a tiempo parcial⁴⁶ y, muy especialmente, por el reconocimiento de la nueva prestación económica por cese de actividad⁴⁷.

Del listado recogido en el anteriormente mencionado precepto de la Ley General que enumera la relación de regímenes especiales se observa que el

⁴³ Art. 10.2 Ley General, conforme a la redacción dada por la disposición adicional cuadragésima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto; art. 10 a su vez modificado por disposición final 1ª de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre (BOE 23 de septiembre), por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social.

⁴⁴ Ley 20/2007, de 11 de julio (BOE 12 de julio).

⁴⁵ Art. 26.3 LETA.

⁴⁶ Art. 24 LETA, conforme a la redacción dada por la disposición adicional 10ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto

⁴⁷ Ley 32/2010, de 5 de agosto (BOE 6 de agosto), por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

proceso aún no está concluido, por cuanto que restan aún algunos regímenes por integrar en los dos básicos. Más aún, aunque se trate de algo anecdótico por el ya escasísimo número de trabajadores a los que afecta, en ese listado --ni en la versión anterior ni en la derivada de la reforma de 2011-- nunca se ha mencionado el régimen especial de la minería del carbón, si bien siempre se ha sobreentendido incluido por la vía implícita de su incorporación por medio de la facultad otorgada al Ministerio de Trabajo, de modo que la normativa que regula este régimen especial se mantiene vigente⁴⁸; por añadidura, la propia reforma de 2011 en otros pasajes de la misma lo sigue mencionando como régimen especial que aún pervive⁴⁹. Eso sí, se trata más de residuos, de menor trascendencia, a la vista del proceso de integración de amplio alcance logrado a lo largo de los últimos años. De un lado, hay que tener en cuenta que los trabajadores del mar, aunque incluyan tanto a los asalariados como a los autónomos, en estos momentos incorpora a un número muy reducido de beneficiarios; también ya indicamos que la minería del carbón afecta a un número reducidísimo de trabajadores⁵⁰; al mismo tiempo que ya hemos mencionado el proceso de integración verificado con los funcionarios públicos. Más aún, legalmente se pretende que respecto de estos dos regímenes que perviven --trabajadores del mar y de la minería del carbón-- las diferencias sean las menos posibles, por cuanto que desde su diseño se intenta que se rijan “por las leyes específicas que se dicten al efecto, debiendo tenderse en su regulación a la homogeneidad con el Régimen General”⁵¹. En todo caso, el propio Pacto de Toledo expresamente aceptaba la pervivencia del respeto a las especialidades de estos dos colectivos --trabajadores del mar y minería del carbón--, si bien no daba por supuesto que ello tuviese que implicar necesariamente el mantenimiento de los dos regímenes especiales; lo dejaba abierto y, por tanto, no excluía la posibilidad de integración en el régimen correspondiente, aunque lo fuese con la contemplación de un sistema especial; incluso probablemente esto último sería lo más coherente con la filosofía general del Pacto de Toledo, por lo que no es descartable que en el futuro se pudiese avanzar en esta línea. Y, finalmente, el régimen de estudiantes tiene una muy escasa relevancia en cuanto a lo que significa en el conjunto de la acción protectora.

Con ello, podría pensarse que el proceso de integración en los dos grandes regímenes se encuentra a estas alturas prácticamente cerrado. No obstante, la

⁴⁸ Decreto 298/1973, de 8 de febrero (BOE 27 de febrero), por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social para la minería del carbón.

⁴⁹ Apartado tres de la disposición adicional cuadragésima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto; así como apartado cuatro de la disposición final primera de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre.

⁵⁰ Así, atendiendo a los datos medios del mes de agosto de 2011, frente a un total de afiliados al Sistema del orden de 17.500.000 personas, al régimen especial del mar sólo pertenecía 52.730 y al régimen de la minería del carbón 6.065 personas.

⁵¹ Art. 10.3 Ley General de la Seguridad Social, conforme a la redacción dada por la Ley 28/2011, de 22 de septiembre.

realidad de las cosas no es tan así, de modo que aún tendremos que comprobar cómo se verifica el proceso de implementación de estas reformas y valorar en qué medida es posible en el futuro avanzar más en la línea de la propuesta formulada en el seno del Pacto de Toledo. Varias circunstancias es necesario tener en cuenta a los efectos de comprender cómo el proceso no se encuentra, ni mucho menos, cerrado.

Ante todo, como una manifestación más de tratarse de un proyecto diseñado en el largo plazo, los procesos de integración que se han efectuado recientemente contemplan períodos de transición dilatados en el tiempo, donde una vez más tienen un importante alcance las disposiciones transitorias de puesta en práctica de la integración en el correspondiente régimen, sea el general o el especial. Así, por ejemplo, el proceso de convergencia de las cotizaciones sociales de los asalariados agrarios en el régimen general se prevé que se prolongue por un período de casi 20 años, pues se contempla una escala progresiva que concluye en el año 2031. En parecidos términos, la integración de los autónomos agrarios se somete a un régimen de voluntariedad y, en todo caso, de cierta pervivencia del tratamiento precedente, para los que estuvieran encuadrados en dicho régimen especial en el momento de la integración. En la misma línea, la integración de los funcionarios públicos sólo resulta de aplicación a quienes acceda a la condición de tales a partir de 2011.

De otro lado, por cuanto que para los funcionarios públicos, al menos por ahora, solo afectan a los encuadrados dentro de la MUFACE, quedan fuera de la integración en el régimen general los correspondientes a las fuerzas armadas (ISFAS) y al poder judicial (MUGEJU). Más aún, aparte de lo ya dicho que la integración sólo afecta a los funcionarios de nuevo ingreso, incluso para éstos sólo es parcial, pues tan sólo afecta al régimen de clases pasivas, pero no para el resto de la acción protectora. Con seguridad, se trata sólo de un primer paso, limitado en cuanto a su alcance subjetivo y objetivo, pero que por su parcialidad de seguro provocará medidas más intensas de integración en el inmediato futuro.

Del mismo modo, hay que tener en cuenta que la integración del régimen especial de empleados del hogar se encuentra pendiente del desarrollo reglamentario, al que se remite en gran medida la norma legal para concretar el alcance temporal del mismo y su identidad de tratamiento especialmente por lo que refiere a la acción protectora; ya adelantándose una disciplina diferenciada por lo que afecta a la cotización a la Seguridad Social.

Pero, sobre todo, lo más relevante desde el punto de vista del diseño final del proceso de integración en los dos grandes regímenes previsto se presenta en el hecho de que la eliminación de la mayoría de los regímenes especiales viene inmediatamente acompañada de la consiguiente conformación de un “sistema” especial dentro del régimen en el que se integran: agrarios autóno-

mos dentro del régimen especial de trabajadores autónomos⁵², agrarios asalariados dentro del régimen general⁵³, servicio doméstico dentro del régimen general⁵⁴. Incluso, tal como hemos apuntado anteriormente, sin llegar a dársele ese calificativo, la integración de los funcionarios públicos no deja de presentar separaciones de tratamiento en cuanto a lo que no se refiere a las clases pasiva, con lo cual sin llegar a dársele el tratamiento de tal es como si se configurara como un nuevo sistema especial. Incluso en algunos otros supuestos aparece los esbozos de la presencia de un sistema especial oculto, como es el caso de los trabajadores autónomos económicamente dependientes dentro del régimen especial de trabajadores por cuenta propia. De este modo, el mecanismo de los sistemas especiales que hasta el presente era un mecanismo ciertamente marginal, para referirlo a colectivos profesionales muy específicos (industria resinera, manipulado y empaquetado de tomate fresco, frutas y hortalizas e industria conservera de vegetales, etc.), se convierta a partir de ahora en una fórmula de mucho mayor alcance tanto desde el punto de vista subjetivo cuantitativo como objetivo de especialidades del sistema de cotización o de particularidades de la acción protectora.

En suma, los antiguos regímenes especiales tienden a ser sustituidos por sistemas especiales dentro de los dos grandes regímenes de Seguridad Social. Eso sí, no cabe deducir de ello que nos enfrentamos a un mero proceso de cambio terminológico para acabar teniendo los mismo resultados prácticos, pues materialmente el cambio de regulación es muy notable, de modo que los elementos diferenciales no son generalizados a diferencia de lo que sucedía con la existencia de los antiguos regímenes especiales. Por otra parte, ciertos elementos de especialidad de los nuevos sistemas especiales, expresos o implícitos, no es descartable que tengan un cierto carácter de transición y, por tanto, pudiera vislumbrarse que en el futuro se caminará en la senda de una mayor identidad de tratamiento; en suma, que se caminará hacia una minoración del alcance diferencial de los nuevos sistemas especiales.

En todo caso, todo lo anterior no muestra sino que el proceso de convergencia es complejo, de fuerte impacto económico en el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social, incluso de ciertas especialidades connaturales al modo de integración en el mercado de trabajo de ciertos profesionales que dificulta notablemente la homogeneización de tratamiento. Eso sí, cada vez más se acentúa un cierto principio orientador de las reformas en esta vertiente, consistente en concebir que la protección social prestada por la Seguridad Social debe atender esencialmente al estado de necesidad del sujeto, si se trata de prestaciones no contributivas, y del periodo de carencia y nivel de cotización si

⁵² Art. 2 Ley 18/2007, de 4 de julio.

⁵³ Art. 2 Ley 28/2011, de 22 de septiembre.

⁵⁴ Disposición adicional 39 Ley 27/2011, de 1 de agosto.

se trata de prestaciones contributivas, dejando al margen el sector productivo o profesional en el que se integre el beneficiario del régimen público.

Como último apunte de lo afirmado precedentemente, aunque se trate de una mera cuestión de inserción formal, a estas alturas ya no casa que el nivel contributivo de la seguridad social se entronque con el régimen general de la Seguridad Social, de modo que el modelo a presentar en un futuro debe ser el de que los dos grandes regímenes refieran exclusivamente al nivel contributivo, en tanto que el brazo no contributivo debe ubicarse extramuros de esta modalidad. Esta última reflexión debería a nuestro juicio tenerse muy en cuenta a la hora de la estructuración del futuro nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en términos tales que las prestaciones no contributivas deberían ubicarse en título de la Ley diferenciado al del régimen general, tal como aparece situado actualmente.

5. EL MANTENIMIENTO DEL MODELO EN SUS ESENCIAS

En ciertas ocasiones el intenso calado de determinadas reformas legislativas, el hecho de que los análisis de las mismas tiendan como es lógico a centrarse en lo que éstas tienen de novedosas, puede que provoque un cierto desenfoque en la visión de conjunto, en términos tales que se olvida efectuar el complementario diagnóstico y valoración de lo que permanece constante. Y conviene hacer esta última labor, en la medida en que resulta oportuno preguntarse en qué medida a resulta de tales reformas tan incisivas se ha llegado a alterar cualitativamente el modelo y las bases sobre las que se configura, o bien, por el contrario, todo ello se lleva a cabo con el mantenimiento de sus señas de identidad.

Por ello, aunque pudiera resultar en cierto modo una gran obviedad, no está de más en estos momentos proceder a resaltar la circunstancia de significación no secundaria de que, a pesar del notable número y profundidad de las reformas acometidas en los últimos años y, particularmente, con la correspondiente a 2011, todo ello se efectúa con fuerte pervivencia de lo que constituyen justamente los principios generales inspiradores del modelo español de Seguridad Social. Más aún, en reiteradas ocasiones, se viene a declarar expresa y formalmente que los cambios que se introducen se llevan a cabo con vistas a la “modernización”, “actualización” “adaptación”, “adecuación” a los cambios económicos y sociales, pero precisamente con la voluntad de garantizar la pervivencia general del mencionado modelo, con especial pretensión de fortalecimiento del sistema público de pensiones. Así, a mero título de ejemplo, el Acuerdo Social y Económico de febrero de 2011, como acuerdo de concertación que recoge la actual reforma que comentamos, en la declaración

introdutoria justificativa de su contenido viene a afirmar que “el Acuerdo introduce reformas que aseguran la sostenibilidad financiera y la viabilidad futura de nuestro sistema de Seguridad Social, especialmente para las generaciones futuras, sin poner en cuestión su carácter público y universal”.

De todos esos elementos básicos que se pretenden que pervivan, a pesar de los intensos cambios que se viene verificando en los últimos tiempos, destacaría los siguientes.

Modelo de reparto versus modelo de capitalización. La voluntad de mantenimiento del sistema de Seguridad Social conformado a lo largo de más de cuatro décadas, en la medida en que se construye sobre un modelo de reparto, las reformas actuales en lo esencial no lo alteran, sino que incluso lo refuerzan desde esta perspectiva y con ello se conserva el compromiso de defensa de esta fórmula de solidaridad intergeneracional. Sobre esta base se construye el Pacto de Toledo, que describe como el modelo de reparto es el generalizado en toda Europa, sin que ningún país haya llegado a proponer una alteración del mismo, de modo que se defiende tal modelo por ser el más adecuado y, en todo caso, compleja su sustitución: “Las demandas teóricas de sustituir el actual sistema de reparto y solidaridad intergeneracional por otro basado en la capitalización del sistema público de pensiones y en la previsión individual”.

Es cierto que no dejan de existir presiones externas para reducir o aminorar el alcance del sistema de reparto, sin olvidar que algunos elementos aunque sean marginales de capitalización existen ya en nuestro sistema, como es en lo relativo a la protección por accidentes de trabajo o bien ciertos residuos de las mutualidades de previsión social para los trabajadores autónomos. En ese contexto, la incertidumbre reside en ponderar hasta qué punto, manteniendo el principio general de conformación de un modelo de financiación sobre la base del criterio de reparto, es posible que se introduzcan ciertos matices al mismo, de modo que algún elemento adicional de capitalización pudiera aparecer en nuestro régimen de pensiones públicas.

Sobre esto último no puede dejar de mencionarse la pretensión incorporada a la reforma laboral de 2010 de constitución de un Fondo de capitalización, formalmente presentado para atender parte de los costes de los despidos por causas económicas y empresariales en las empresas, que sustituyera a la fórmula provisional de abono de parte de la indemnización por estos despidos a cargo del Fondo de Garantía Salarial⁵⁵. Resalto el calificativo de “formalmen-

⁵⁵ Disposición final 2ª RDL 10/2010, de 16 de junio (BOE 17 de junio), sucesivamente trasladada a la disposición adicional 10ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE 18 de septiembre); precepto éste último a su vez reformado por el artículo 3 del Real Decreto Ley 10/2011, de 26 de agosto (BOE 30 de agosto) de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

te” vinculado a las indemnizaciones por despido, por cuanto que materialmente se pretende que las cantidades acumuladas en ese posible Fondo podrían ser rescatadas por el trabajador no sólo en caso de despido, sino también en el supuesto de movilidad geográfica, de desarrollo de actividades formativas y, sobre todo, en el caso de jubilación. De este modo, si se va más allá de la literalidad de la Ley, esta fórmula materialmente funcionaría como un mecanismo de constitución de un auténtico Fondo de capitalización para pensiones de jubilación, complementaria del sistema de reparto de la Seguridad Social, con la especialidad de que el trabajador podría adelantar el efectivo cobro de las cantidades ahorradas en ciertos casos de necesidad económica coyuntural, como serían el del despido.

Eso sí, la propuesta legal se vislumbra de una enorme dificultad y, por tanto, de notable incertidumbre de hasta qué punto se puede materializar en la práctica. El motivo principal, fácil de advertir, reside en que se trata de una fórmula que requiere de una fuerte financiación adicional, mientras que el precepto que lo anuncia viene a afirmar que ello se introducirá “sin incremento de las cotizaciones empresariales”. El propio Gobierno encargó un estudio a una Comisión de expertos, cuya conclusión principal fue la de la casi inviabilidad financiera de instaurar dicho Fondo de capitalización sobre tales premisas de ausencia de aportación empresarial a la financiación del mismo⁵⁶.

De este modo, el Gobierno, atendiendo a las recomendaciones del Grupo de Expertos, ha procedido a mantener la provisionalidad del abono de estas cantidades por parte del Fondo de Garantía Salarial, sobre unas bases cualitativamente bien diversas a las del posible Fondo de Capitalización, esencialmente porque sólo van dirigidas a atender parte de las indemnizaciones por despido (dejando al margen por completo la situación de jubilación), porque se basa para su financiación en las cotizaciones al mencionado Fondo y porque la cuantía recibida por el trabajador despedido lo es en función de la indemnización por despido que le pudiera corresponder y no por lo cotizado personalmente por la empresa para él, en suma en clave de un sistema de reparto y no de capitalización.

⁵⁶ Informe del Grupo de expertos sobre el Fondo de capitalización para los trabajadores, http://www.tt.mtin.es/periodico/laboral/201109/Infor_grupo_expert_%20F_Capit_trab.pdf

^{En} estos términos, el propio Informe resume del siguiente modo sus conclusiones principales: “A la vista del análisis desarrollado en las páginas anteriores este Grupo de expertos ha constatado:

^{a)} La dificultad de crear un Fondo de Capitalización para todos los trabajadores, relacionado con la indemnización por despido, con los condicionantes establecidos en la Disposición Adicional Décima de la Ley 35/2010.

^{b)} Que en cualquiera de las fórmulas posibles y atendiendo a lo establecido en la Ley 35/2010, el pleno desarrollo del FCT exigiría un volumen de recursos extraordinariamente elevado

^{c)} Que la cuantía derivada del compromiso previo de subvencionar los despidos por causas objetivas, que parece estar en la base de la propuesta de creación de un FCT, podría ser asumida durante unos pocos años por los actuales excedentes del FOGASA”.

En todo caso, el debate no se encuentra definitivamente cerrado, desde el instante en que la norma contempla aún como transitorio el sistema de abono con cargo al Fondo de Garantía Salarial (hasta el 31 de diciembre de 2013), sin que el Gobierno abandone la posible constitución del mencionado Fondo de capitalización, si bien posterga notablemente en el tiempo el proceso de negociación con los interlocutores sociales de la configuración del mismo, siendo bastante fundado llegar a pensar que finalmente se acabará por abandonar la propuesta, por las manifiestas dificultades de sostenimiento financiero de la misma, incluso en un escenario de crecimiento económico y de incremento del empleo.

Modelo contributivo versus modelo universal. Nuestro texto constitucional contempla que la Seguridad Social deberá establecer un régimen público de protección “para todos los ciudadanos” (art. 41 CE), de lo que deriva que la universalidad subjetiva se convierta en un criterio inexorable del modelo vigente de Seguridad Social. Ya lo indicamos al inicio, este mandato constitucional fue el que determinó en esencia la implantación a inicios de los años ’90 de la acción protectora no contributiva, de particular trascendencia en lo que afecta al régimen de pensiones públicas. Eso sí, las pensiones no contributivas actúan en nuestro sistema como una red de seguridad última para proteger a aquellos que no pueden acceder a las pensiones contributivas del sistema por no alcanzar los períodos de carencia previstos en el mismo para ver reconocido el derecho a la correspondiente pensión contributiva. Dicho de otro modo, el reconocimiento constitucional de la universalidad y de la incorporación de las prestaciones no contributivas resulta plenamente compatible con el modelo originario de nuestro sistema basado en un régimen profesional de pensiones contributivas. Más aún, como hemos indicado, las no contributivas se presentan como una simple “red de seguridad”, que por muy importante que sea para sus beneficiarios, en el conjunto del sistema no constituyen el grueso del sistema de pensiones. Por el contrario, el modelo se encuentra concebido sobre la base de que la inmensa mayoría de los trabajadores accedan en su momento a la pensión contributiva de jubilación, de modo que las no contributivas mantengan un carácter esencialmente residual en la composición global de la acción protectora de la Seguridad Social.

En ese contexto, las reformas que se han verificado en los últimos años en materia de Seguridad Social no han pretendido alterar el precedente diseño, de modo que han jugado ciertamente con un incremento de los requisitos para causar el derecho a la pensión contributiva, particularmente con un incremento de los períodos de carencia, pero por paradójico que pueda resultar sin que ello llegue a afectar al reparto de juego entre el porcentaje de pensiones no contributivas y contributivas. En definitiva, las reformas van en la línea de incrementar la contributividad del sistema, tanto en el sentido habitual dado al término de aumentar la correlación entre lo cotizado y lo reconocido como prestación de Seguridad Social, como también en el sentido de propiciar que se incremente el

número de beneficiarios de las prestaciones contributivas con mantenimiento de la marginalidad cuantitativa de las no contributivas. En particular, conviene resaltar que el progresivo incremento del período de carencia hasta llegar a los 15 años efectivos de cotización en ningún momento ha provocado un desplazamiento de beneficiarios hacia las pensiones no contributivas; ni es previsible que se produzca de futuro, a tenor de la configuración de nuestro mercado de trabajo unido a la reglas de compensación para tener en cuenta las situaciones de aquellos colectivos sometidos a superiores riesgos de carreras profesionales irregulares. Por lo demás, conviene también destacar el hecho de que la reforma de 2011 no incide directamente sobre la regla relativa al período de carencia para la pensión de jubilación (que la mantiene en los 15 años efectivos), a pesar de que se incorpore la regla del cómputo de la base reguladora con el referente de los últimos 25 años; pero esto último se hace técnicamente sin incrementar el periodo de carencia⁵⁷. Cosa diferente es que con esa ampliación a efectos del cómputo de la base reguladora de manera indirecta se invite a carreras profesionales más estables y a periodos de cotización más amplios en el conjunto de la población ocupada.

Fuentes de financiación y separación de las mismas. Aparte de lo ya indicado respecto de la continuidad del modelo de reparto frente al modelo de capitalización, el Pacto de Toledo incorporó un criterio básico en la financiación del sistema, consistente en un reparto de las fuentes de financiación. Separación de las fuentes en el sentido de pretender que las prestaciones contributivas fueran cubiertas económicamente con cargo a las cotizaciones sociales de trabajadores y empresarios, en tanto que las no contributivas lo fuesen con cargo a los presupuestos generales del Estado, es decir, con cargo a impuestos⁵⁸. Este criterio, se ha ido materializando progresivamente a través de las diferentes reformas acometidas desde mediados de los años '90, en un proceso casi cerrado a estas alturas. De este modo, la reforma de 2011 ya casi agota este objetivo y, a estos efectos, su virtualidad principal se sitúa casi exclusivamente en el mantenimiento del criterio. Por ello, sólo de manera marginal se puede encontrar alguna mención a esta cuestión en el texto legal de la reforma⁵⁹.

⁵⁷ Art. 4 Ley 27/2011, de 1 de agosto. Con mayor precisión todo lo que afecta a las novedades en materia de pensión de jubilación, cfr. el estudio en el presente número monográfico a cargo de Santiago González Ortega.

⁵⁸ Así, conforme a la recomendación novena del Pacto de Toledo, “La financiación de las prestaciones de naturaleza contributiva dependerá básicamente de las cotizaciones sociales y la financiación de las prestaciones no contributivas y universales (sanidad y servicios sociales entre otras) exclusivamente de la imposición general”.

⁵⁹ “Separación de fuentes de financiación. El Gobierno buscará fórmulas que hagan compatibles los objetivos de consolidación y estabilidad presupuestaria con los de plena financiación de las prestaciones no contributivas y universales a cargo de los presupuestos de las Administraciones Públicas, con especial interés en el cumplimiento de los compromisos de financiación mediante impuestos de los complementos a mínimos de pensiones” (disposición adicional duodécima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto).

En todo caso conviene efectuar una importante precisión respecto del significado y alcance del principio de separación de fuentes. En concreto conviene advertir que este principio de separación de fuentes constituye en esencia un compromiso de naturaleza político y, a lo sumo, un instrumento de carácter contable interno de la Tesorería General de la Seguridad Social, pero sin que ello repercuta en modo alguno sobre el reconocimiento y disfrute de las prestaciones correspondientes por parte de los beneficiarios del Sistema. En concreto, las prestaciones del Sistema se contemplan como derechos subjetivos perfectos, bastando con que se cumplan los requisitos objetivos predeterminados legalmente, sin que en ningún caso se pueda proceder a denegar la prestación o dejar de abonarse la misma debido a que algunas de las mencionadas fuentes de financiación resultan insuficientes para cubrir las correspondientes obligaciones económicas de las entidades gestoras de la Seguridad Social. Así, por ejemplo, si en una determinada situación como la actual de crisis económica se produce un elevado incremento del desempleo y, derivado de ello, un notable aumento del gasto de la Seguridad Social para atender a las prestaciones económicas por desempleo, se deberán habilitar los créditos extraordinarios públicos necesarios para atender las correspondientes prestaciones, pero en ningún caso podrán incumplirse las previsiones legales de reconocimiento y pago de tales prestaciones fundado ello en la ausencia de fondos económicos destinados al desempleo.

Modelo de gestión centralizada versus descentralizada. Sin aparecer como algo explícito entre las descripciones en los documentos oficiales del modelo español de Seguridad Social, no cabe la menor duda de que desde la perspectiva de la regulación y la gestión del sistema se propende a una centralización del mismo, tanto por lo que refiere a la disciplina de su régimen jurídico como a la aplicación en términos de gestión de la acción protectora. La idea de solidaridad, fuertemente condicionante de toda la configuración del modelo, exige fórmulas de centralidad tanto desde la perspectiva territorial como profesional. De ahí que el cerrado criterio de nuestra jurisprudencia constitucional en clave de precisar de modo amplio la reserva como competencia exclusiva del Estado de todo cuanto refiera al “régimen económico de la Seguridad Social” (art. 149.1.17 CE), ha desembocado en que la Seguridad Social constituya de las pocas materias que han permanecido estrechamente insertas en el ámbito del poder central, por lo demás con fuerte apoyo de esta línea de actuación por parte de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Sin perjuicio de que se haya producido algún atisbo de intervención por parte de las Comunidades Autónomas, tanto en el plano regulativo como de gestión, hasta el momento presente ello se ha realizado con un carácter marcadamente secundario y garantizando en todo caso la unidad de caja y, por tanto, la unidad del sistema a nivel del conjunto del Estado. Todo esto se confirma de manera

implícita en las reformas habidas desde la norma estatal, por cuanto que se mantiene el criterio de plenitud en el desarrollo normativo (sea legal o reglamentario) y de control igualmente pleno de la gestión económica del sistema.

La última de las reformas se mantiene también en esa línea de actuación. Si existe alguna novedad, más que en el plano de lo territorial, habría que situarlo en el ámbito de lo profesional o sectorial. Me refiero a la tendencia, no de carácter meramente técnico, hacia la unificación organizativa y administrativa de la gestión. Y ello, tanto de manera indirecta como directa. La menos perceptible, la indirecta, verificada por la vía ya comentada de la integración de regímenes especiales, que a la postre tiende igualmente a unificar los mecanismos de gestión administrativa, tanto en lo que refiere a la financiación vía gestión de las cotizaciones como en lo que afecta a la acción protectora con identidad de organismos actuantes en este terreno. De manera más directa, por una tendencia a la reconfiguración de los órganos administrativos gestores de la Seguridad Social, con tendencia igualmente hacia la uniformidad. En este último terreno, la novedad más significativa consiste en la habilitación al Gobierno para crear la “Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social”, en la onda de las técnicas instrumentales de actuación de la Administración Pública hoy en día, con el objeto de otorgarle a la misma una mayor capacidad de actuación flexible y menos burocratizada. En particular, esta Agencia asumiría las competencias de la gestión y demás actos de aplicación efectiva del sistema de la Seguridad Social, así como aquellas otras funciones que se le encomienden, integrándose en las mismas las funciones relativas a la afiliación, cotización, recaudación, pago y gestión de las prestaciones económicas, salvo las correspondientes a la cobertura de desempleo, ni a los servicios sociales de la Seguridad Social, ni por supuesto a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social en la medida en que en estos momentos se encuentra sustancialmente transferida a las Comunidades Autónomas. El resultado material de la creación de la Agencia no será otro que el de la simplificación de instancias administrativas en el seno de la Seguridad Social, que se materializará en su momento a través de la integración en la misma de las siguientes entidades:

- El Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- El Instituto Social de la Marina, en aquellos ámbitos que se correspondan con las funciones de Seguridad Social inherentes a la gestión del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.
- La Tesorería General de la Seguridad Social.
- La Gerencia de Informática de la Seguridad Social.
- El Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social.

Finalmente, por ahora, y hasta tanto que se mantengan los correspondientes regímenes especiales, la Agencia no intervendrá en el ámbito de los Regí-

menes Especiales de la Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado, Fuerzas Armadas y Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia⁶⁰.

Modelo de gestión pública versus privada. El carácter público es algo conconstancial al sistema de Seguridad Social, cuando menos tal como lo reconoce nuestro texto constitucional, que de forma reiterada alude al mismo: “los poderes *públicos* mantendrán un régimen *público* de Seguridad Social” (art. 41 CE). Ante todo, con ello se resalta que corresponde a los poderes públicos asumir la responsabilidad del correcto funcionamiento de nuestro Sistema de Seguridad Social, siendo el mismo quien lo debe “mantener”. De este modo, con la referencia al deber de mantenimiento, la primera materialización en lo concreto de ese carácter público de la Seguridad Social, lo que se viene a exigir es que sean los poderes públicos quienes provean los fondos económicos necesarios para atender a los servicios y prestaciones que integran la acción protectora del Sistema de Seguridad Social. Estrechamente vinculado a lo anterior, su carácter público comporta que la regulación legal ordinaria al desarrollar la acción protectora debe otorgar y reconocer a los beneficiarios del Sistema de Seguridad Social un derecho subjetivo público perfecto a ser atendidos por el mismo, obviamente sobre la premisa de concurrir en ellos los estados de necesidad que determinan la atención pública prestada por el Sistema. La atención a los ciudadanos depende en exclusiva de que los mismos reúnan los requisitos objetivos predeterminados legalmente determinantes del hecho causante. Del mismo modo, al considerarse como un derecho subjetivo público, su reconocimiento y, por tanto, la constatación del cumplimiento de los requisitos objetivos predeterminados legalmente, han de ser el resultado de un acto administrativo expreso de la atribución o denegación de la correspondiente prestación. Ello comporta, en igual medida, que esa actuación de reconocimiento del derecho a la prestación ha de efectuarse por parte de una entidad investida de autoridad pública, por ende, de una entidad gestora que ostenta la condición de poder público.

Eso sí, lo anterior es compatible con el hecho de que parte de la gestión de las prestaciones sea encomendada a entidades privadas, que actúen como colaboradoras de las entidades gestoras públicas, o bien que esa colaboración se le asigne en ciertas facetas al propio empleador. Lo relevante al final será que la responsabilidad del funcionamiento del Sistema y, por ende, de la atención al ciudadano que se encuentre en estado de necesidad recaiga sobre los poderes públicos, sin que éstos puedan hacer dejación por tal vía indirecta de la encomienda del mantenimiento del Sistema que le viene asignado por parte del texto constitucional.

De ahí que, dejando al margen el espacio que se le pueda permitir a la iniciativa privada para completar la acción protectora pública, lo que a la postre

⁶⁰ Disposición adicional 7ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (BOE 2 de agosto).

remite al debate anteriormente apuntado acerca de la tasa de sustitución de las pensiones en nuestro sistema de Seguridad Social, el margen que reste sea el de qué grado de externalización de servicios en la gestión de la Seguridad Social se llega a producir entre nosotros.

A estos efectos, el referente de consideración debe ser exclusivamente el relativo al rol asignado a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, con dos meros apuntes al respecto. El papel asumido por las Mutuas se encuentra en estos momentos notablemente asentado, sin que exista previsión de alteración a más o menos de las funciones asumidas por las mismas, salvo posibles modificaciones de detalle, que en la compresión de conjunto del modelo no comportan cambio sustancial de su grado de intervención⁶¹. En particular, escasas novedades aparecen al respecto en la última de las reformas, particularmente a la vista de que al final se ha orillado la reforma avanzada en materia de incapacidad temporal. La reforma a estos efectos se limita a mandar al Gobierno para que aborde una reforma de su marco normativo en el plazo de un año, con el concurso de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, adelantando los principios informadores de esa reforma⁶². En todo caso, esos principios informadores no difieren cualitativamente del modelo actualmente vigente, cuando menos por lo que se refiere a la vertiente aquí comentada relativa a la funcionalidad y competencias de las Mutuas. Segundo apunte, por mucho que se afirme el carácter “privado” de tales Mutuas, incluso que formalmente así lo haga la disposición de referencia de la reforma de 2011, es necesario relativizar el alcance de este término para este tipo de entidades. Sin poder entrar en mayores detalles, los elementos de “publicación” de las mismas resultan enormemente acentuados, de modo que se trata de instituciones complejas desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, más allá de lo que formalmente declare la norma; si acaso, apuntar que el carácter privado se concentra especialmente en la vertiente de actuación o gestión de tales entidades, pero no se generaliza a todos sus componentes, con un carácter público para ciertos aspectos, no siendo menor al efecto la naturaleza de la acción protectora sobre la que actúan, la titularidad de sus bienes y patrimonio, así como el muy intenso control de su gestión financiera por parte del Ministerio de Trabajo; todo lo cual incide necesariamente sobre muchos otros de los elementos de la configuración de las Mutuas.

⁶¹ Con mayor detalle al respecto, ver el estudio incluido en el presente número monográfico a cargo de Cristóbal Molina Navarrete.

⁶² Disposición adicional decimocuarta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (BOE 2 de agosto).

6. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE TÉCNICA JURÍDICA

Para concluir merece la pena efectuar algunas breves consideraciones en cuanto a la técnica jurídica empleada por la reforma de la normativa de Seguridad Social. Muy breves comentarios al respecto, por cuanto que la técnica de las reglas en esta materia a estas alturas se encuentra notablemente asentada, con estilos de regulación muy propios, que en lo más significativo se reproducen en la última de las reformas de 2011.

En particular, por la naturaleza de los deberes y derechos públicos que se contemplan en la normativa de Seguridad Social, por su carácter esencialmente económico, por su impacto general en términos igualmente económico tanto por lo que refiere a ingresos como a gastos, así como por la posición del poder público frente a los mismos, sin olvidar tampoco la necesaria agilidad en la gestión del sistema por parte de sus entidades administrativas, resulta de todo punto imprescindible que la regulación en la materia en todas sus vertientes resulte de una absoluta precisión. Absoluta precisión en el sentido, de plena claridad y seguridad jurídica de sus prescripciones, en términos tales que la aplicación de las reglas al caso concreto sea prácticamente el resultado de una operación cuasi matemática. Dicho en sentido contrario, que la regulación establecida al efecto no solamente reduzca al límite el posible margen de discrecionalidad administrativa en su aplicación, sino que incluso ofrezca muy escasos resquicios hacia la necesidad de una posterior labor de integración o de simple clarificación interpretativa por parte del poder judicial en el desarrollo de su actividad jurisdiccional. La consolidación del sistema de Seguridad Social a lo largo de un prolongado período de existencia a estas alturas, no sólo en los aspectos de modelo o de principios informadores, sino ahora en lo que se refiere a su diseño de rigurosa técnica jurídica, ofrece en estos momentos los instrumentos de este carácter jurídico como para que las sucesivas reformas no planteen dudas al respecto. En definitiva, la presente como las precedentes, son reformas que garantizan ampliamente la seguridad jurídica, en el sentido más clásico del término, tanto en cuanto a derechos como a deberes de sus destinatarios; sin perjuicio, naturalmente, de que siempre es posible encontrar preceptos puntuales donde se plantearán cierto tipo de dudas interpretativas. Tan es así, que las grandes opciones de reforma del sistema en los últimos tiempos dependen en muy escasa medida de la intervención del jurista, siendo más influyente el cálculo económico de su alcance.

Si acaso, como novedad a resaltar, se encontraría la indirecta influencia de la aplicación de las nuevas tecnologías a la gestión de la Seguridad Social, que permite la incorporación de reglas más complejas, por la variedad de situaciones que se contemplan. Muy particularmente es digno de destacar cómo cada vez tienen mayor relevancia en las normas de Seguridad Social los procesos

de reforma que presentan un carácter paulatino, con programación secuencial en el tiempo de la aplicación de la reforma hasta llegar al objetivo final en un arco temporal cada vez más prolongado, que en ocasiones se colocan en el horizonte de los próximos veinte años. Basta al efecto con mencionar los largos períodos de implementación de la reforma a través de ciertas disposiciones transitorias, ya mencionadas. De ello resaltaría sobre todo la posible inviabilidad de incorporar reglas de estas características en el pasado, tanto por la falta de la capacidad de conocimiento al detalle de la previsible evolución de las cifras macroeconómicas de la Seguridad Social como de la capacidad de incorporación de los programas informáticos de gestión que garanticen un aplicación puntual y no compleja de las resoluciones administrativas de reconocimiento de los correspondientes derechos a los beneficiarios del sistema. La misma acumulación de reformas, con su correspondiente implementación, en plazos breves temporales no deja de ser concebible en estos tiempos e imposible en el pasado.

Eso sí, tal forma de actuación, merece la pena resaltarlo, no deja también de tener sus elementos negativos. Ante todo, elementos negativos por cuanto que para el profesional del Derecho, externo a la estructura administrativa de la Seguridad Social, comporta una notable dificultad de puesta al día, de plena seguridad en cuanto a las reglas vigentes en un momento dado y, en definitiva, de asesoramiento a los particulares en cuanto a su concreta situación en cada momento, incluida la previsión de obtención de una determinada pensión y de su cuantía en el inmediato futuro. A tal efecto, sería necesario, complementar ese modo de actuación, al que se puede adaptar mejor la estructura administrativa de la Seguridad Social, pero menos sus destinatarios, con mecanismos más perfeccionados de información y asesoramiento a los mismos.

Por lo demás, la celeridad de cierto tipo de reformas en los últimos tiempos, particularmente acentuada en los momentos finales de las legislaturas, provoca que haya ciertas pulsiones legislativas hacia intervenciones que sin ningún tipo de exageración cabe calificar de “diarrea normativa”. Baste con mencionar a título aunque sea anecdótico el hecho de que una disposición reformada por la Ley de 1 de agosto ha vuelto a ser modificada por otra Ley sucesiva de 23 de septiembre, apenas mes y medio de diferencia y con rasgos de “agosticidad”. Habría que procurar que el equilibrio político en el seno del Parlamento pudiera evitar este tipo de intervenciones legislativas, que al final acaban incidiendo sobre la “seguridad jurídica” en el sentido práctico del término para el profesional del Derecho, aunque no lo sea en el sentido técnico o formal del término.

Por lo demás, debe ser bienvenida la previsión legal en la reforma de acometer la elaboración de un nuevo texto refundido de la Ley General de la Se-

guridad Social⁶³, que indiscutiblemente constituye un instrumento tradicional, pero no por ello carente de utilidad a estos efectos de reforzar los mencionados requerimientos de seguridad jurídica del aparato normativo del sistema.

Eso sí, teniendo en cuenta el plazo dilatado para el que se contempla que se materialice la refundición de la Ley General, el amplio mandato de actuación refundidora, oportuno es que con la misma se sea lo más ambicioso posible, de modo que ese nuevo texto no se limite a una labor de compilación actualizada como hoy en día puede efectuar cualquier editorial o medio de publicidad bien gestionado por un técnico profesional. Esa labor refundidora debería ahondar en las claves de las reformas acometidas en los últimos años, en el marco de la filosofía del Pacto de Toledo. Ello requeriría, por tanto, una nueva presentación y estructuración del sistema de Seguridad Social en su conjunto, lo que a nuestro juicio implicaría elementos novedosos en la presentación del sistema normativo de la Seguridad Social. En concreto y de forma meramente telegráfica, ello podría aconsejar a mero título de ejemplo lo siguiente.

En primer lugar, que la Ley General contuviera, con mayor dimensión y profundidad que la derivada del actual Ley (art. 2 LGSS), una relación de principios informadores del sistema, que tuvieran un valor pedagógico y de compromiso político de las bases sobre las que se asiente nuestro modelo, algunas de las cuales hemos referido cuando hemos relatado las señas de identidad de nuestro modelo que perviven a pesar de los innumerables cambios legislativos que se han producido. Ello cristalizaría los criterios orientadores marcados por el Pacto de Toledo, supondría su elevación al rango legal, garantizaría su pervivencia de futuro e incluso permitiría tener criterios hermenéuticos propios para un sistema normativo que a estas alturas goza de la suficiente dosis de autonomía jurídica como para incorporarlos al texto legal. Por lo demás, se trata de una técnica, la de incorporar los principios informadores, muy extendida hoy en día en las grandes leyes institucionales de nuestro sistema, incluso en algunas muy próxima a la materia que estamos tratando; baste con citar a mero título de ejemplo la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia o bien la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

En segundo lugar, reflejar la estructuración más acabada como objetivo de los dos grandes regímenes de Seguridad Social --general y de autónomos--, eliminando la autorización al Ministerio de Trabajo para la creación de nuevos regímenes especiales. Y, ello, naturalmente, sin perjuicio de que se pudiera contemplar en disposición aparte, pero de rango secundario, incluso provisio-

⁶³ “Se faculta al Gobierno para que, en un plazo de dos años, elabore un nuevo Texto Refundido en el que se integren, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, los textos legales vigentes en materia de seguridad social” (disposición adicional vigésima quinta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto).

nal, la pervivencia de otros regímenes especiales de Seguridad Social, pero aunque sea con un valor meramente emblemático darles una categorización o denominación distinta a la de “régimen” especial. En paralelo a ello, contemplar en la propia Ley la relación de sistemas especiales, en términos tales que se les otorgue mayor relevancia a los que a partir de ahora van a ser los sistemas centrales de conformación de la estructura del sistema --agrarios, servicio doméstico y funcionarios públicos--, sin perjuicio de admitir tratamientos diferenciados para ciertos colectivos ya más específicos, pero que, de igual modo, no lleguen a calificarse o denominarse formalmente como “sistemas”.

En tercer lugar, como ya propusimos en otro apartado del presente estudio, otorgar un tratamiento diferenciado en título propio a la acción protectora no contributiva, de modo que saliese fuera del título correspondiente al régimen general de la Seguridad Social. No teniendo carácter contributivo y, en particular, no siendo condición para el reconocimiento de las prestaciones no contributivas la circunstancia de ser trabajador asalariado, carece de todo sentido su inclusión dentro del título correspondiente al régimen general. Más aun, esta forma de presentación tal como aquí se propone reforzaría de forma más emblemática la presentación de los dos grandes brazos de la acción protectora del sistema.

En cuarto lugar, el perfeccionamiento del título dedicado de manera común a los dos grandes regímenes de la Seguridad Social, sobre la conciencia de que a partir de ahora ya sólo afecta a dos regímenes. Y, sobre todo, con el objetivo de trasladar a ese título regulaciones que hoy en día se encuentran sistemáticamente ubicadas dentro del título correspondiente al régimen general, pero que formal y materialmente se aplican al conjunto de los beneficiarios del sistema en su modalidad contributiva. Si bien no se puede poner tacha alguna de inseguridad jurídica, no es conveniente por la escasa corrección técnica que exista hoy en día una disposición de cierre normativo en la Ley General donde en forma de listado confuso se citan todos los artículos del título correspondiente al régimen general que se declaran “de aplicación a todos los regímenes que integran el sistema”⁶⁴. Este tipo de técnica jurídica, por muy clara que sea, no deja de ser el resultado de un parcheo normativo, en forma de reformas aluvionales para materializar la tendencia hacia la convergencia de la acción protectora entre los diversos regímenes de la Seguridad Social. Ahora bien, a estas alturas, y con la oportunidad de elaboración de un nuevo texto refundido, debe superarse esa técnica de parcheo normativo, lo que se lograría con corrección técnica por medio del procedimiento que aquí se plantea de presentación en un título independiente de todo lo que constituye hoy en día el tronco común del

⁶⁴ Véase a este respecto, la disposición adicional octava de la Ley General de la Seguridad Social, conforme a la redacción dada por la disposición final octava de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (BOE 2 de agosto).

sistema, de aplicación a todo él, por tanto, a todos los regímenes del mismo.

En quinto lugar, consolidar igualmente la presentación de los dos regímenes esenciales del sistema en la estructura de la Ley General. En concreto, ello supondría incorporar a la Ley General un nuevo título, que reflejara la regulación acabada correspondiente al régimen especial de trabajadores autónomos. Siendo éste el único régimen especial con voluntad de pervivencia, a la vista del número bien significativo de sujetos integrados en el mismo, tiene todo su sentido incorporarlo al texto de la Ley General. Por añadidura, en estos momentos se presenta la situación paradójica de que se trata del único régimen especial regulado a través de una disposición reglamentaria⁶⁵, por añadidura estando en una situación de notable incertidumbre por cuanto que multitud de sus preceptos han sido derogados por la propia Ley General u otros sustituidos por disposiciones reglamentarias posteriores y, finalmente, con la situación igualmente contradictoria de que la última de las ampliaciones de su acción protectora (la protección por cese de actividad) se ha llevado a cabo por medio de una norma con rango de Ley. El reconocimiento y equivalencia de tratamiento que merece la regulación de Seguridad Social del régimen de los autónomos no sólo está llamando a una regulación unitaria y actualizada con rango de Ley, sino que por añadidura la coherencia de la tendencia marcada por el Pacto de Toledo debe conducir a su incorporación dentro de la Ley General, al objeto de otorgar carta de naturaleza definitiva al modelo perfeñado por el propio Pacto de Toledo.

Finalmente, sería el momento de pensar en la posibilidad de excluir a los servicios sociales del ámbito de la Seguridad Social. A la vista del carácter residual que ha adquirido la acción protectora de la Seguridad Social consistente en la prestación de servicios sociales directos, más allá de las prestaciones de carácter estrictamente económico, al mismo tiempo que las Comunidades Autónomas han asumido la práctica totalidad de los servicios sociales proporcionados a la ciudadanía a través del título competencial correspondiente a la asistencia social (art. 149.20 CE), probablemente sea llegado el momento de elevar a rango formal e institucional lo que ya de facto es una realidad: la casi inexistencia de prestaciones de servicios sociales en el marco de la Seguridad Social. Criterios de eficiencia aconsejan que se materialice la atribución en plenitud del conjunto de los servicios sociales, tanto en la perspectiva regulativa como de gestión, a las Comunidades Autónomas. Naturalmente, todo ello sin perjuicio de la pervivencia de la competencia estatal de garantía de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.^a CE), con la técnica jurídica que con acierto se ha acometido en materia de

⁶⁵ Decreto 2530/1970, de 20 de agosto (BOE 15 de septiembre), por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

protección de las situaciones de dependencia. Como residuo probablemente tan sólo quedarían las prestaciones de recuperación profesional de los discapacitados, particularmente la articulada a través de las Mutuas, pero ello podría sin mayor forzatura tener un encaje diferente, sin requerir que se contemple en abstracto que los servicios sociales siguen constituyendo un brazo relevante de la acción protectora del sistema de Seguridad Social entre nosotros. La propia circunstancia de que la Ley de reforma de 2011 excluya a los servicios sociales del ámbito competencial de la futura Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social resulta bien ilustrativa de su carácter no sólo marginal sino que comienza a convertirse en un modo de cuerpo extraño en el interior del sistema.

Podría discutirse hasta qué punto una habilitación al Gobierno para elaborar un texto refundido podría llevar a cabo innovaciones en la confección de la Ley General como las propuestas aquí, si llegan a comportar un posible exceso respecto de lo que constitucionalmente se concibe como la actividad de delegación legislativa a realizar en el marco de un texto refundido. Eso sí, en todo caso, a nuestro juicio merece la pena efectuar la labor de técnica jurídica propuesta anteriormente como elemento instrumental de cierre del diseño conformado por el Pacto de Toledo.

REFORMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL E IMPACTO DE GÉNERO: UN ESTUDIO CRÍTICO

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

EXTRACTO

Palabras Clave: Seguridad Social y Género

El presente trabajo constituye un análisis crítico desde la perspectiva de género de la reforma producida en el sistema de Seguridad Social español por medio de la ley 27/2011, de 1 de Agosto. Impacto que debe ser forzosamente tenido en cuenta en el proceso de elaboración normativa por aplicación del principio de transversalidad, vinculante tanto por aplicación de la normativa de la Unión Europea como por así estar establecido también en el ámbito interno español. Con este presupuesto se elabora un estudio que se asienta en tres pilares: los defectos de la nueva norma para establecer mecanismos capaces de compensar efectivamente el impacto de género motivado por la alteración de la duración de la carrera de cotización; la escasa respuesta efectiva de la misma frente a los problemas generados por la falta de declaración del trabajo desempeñado por las mujeres; y la escasa concienciación de que la propia norma de Seguridad Social, bien formulada, puede ser en sí misma, un instrumento para el fomento de la natalidad.

Se destaca así que el nuevo marco de pensiones no tiene en cuenta el efecto perverso que genera en el colectivo de mujeres un sistema de cálculo de la base reguladora que alarga hacia el pasado el parámetro de referencia para su determinación y que establece mecanismos de relleno de lagunas que penalizan las bases más lejanas en el tiempo. Tampoco acierta la reforma en lo que guarda relación con el afloramiento del trabajo sumergido prestado para el negocio familiar, que generalmente suele llevarse a cabo por mujeres. Ni siquiera la incorporación al régimen general del régimen especial de trabajadoras/as al servicio del hogar familiar se ha realizado de modo que no promueva que este tipo de trabajos se sumerja definitivamente, como en general ocurre con el trabajo a tiempo parcial.

Y es que es necesaria una perspectiva de la conciliación/corresponsabilidad susceptible de alterar roles y conciencias, lo que requiere una mayor amplitud de miras.

ABSTRACT

Key Words: Social Security, Gender

The present work makes a critic analysis from the gender perspective of the Spanish Social Security System reform done through the Law 27/2011, of August 1st. Such impact must be considered in the process of normative-elaboration to apply the transversality principle, bound to the application of EU-law and to the internal Spanish law. With this assumption it's elaborated a study that is based in three pillars: the new norm faults to establish mechanisms capable of compensate effectively the gender impact and the different contributions periods in gender (i.e. women leave work for maternity) or the lack of an effective answer to those problems derived from the non declaration of women work. And also, the lack of consciousness that if it's properly formulated, the Social Security norm could be in itself a good engine to increase birth rates.

We highlight that the new pension framework truly does not take into account the bad effect that has on women. The current system to calculate the regulatory base includes extending those periods and establishes a fake mechanism to fulfil some holes in the compensations paid in the past.

Also, does not consider the submerged work in family business, which generally speaking is run by women. And as regards house services, does not touches the incorporation of this type of services to the general workers' regime, so instead of improving it, it promotes that this type of work end us up as submerged work as generally occurs with temp-jobs. And there is a need to have a conciliation/corresponsability attitude to change this view point.

*Perque sou condemnat ara,
Comte l'Arnau?
Perque sou condemnat ara,
Valga 'm Deu, val!
Per soldadas mal pagadas,
Muller lleyal,
Per soldadas mal pagadas,
Viudeta igual.*

Romance del Conde Arnau
Mila y Fontanals, Romancero catalán
Barcelona, 1882

ÍNDICE

1. IMPACTO DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA CENTRALIDAD DE LA ESTRATEGIA DE LA TRANSVERSALIDAD
2. EL IMPACTO DE GÉNERO MOTIVADO POR LA ALTERACIÓN DE LA DURACIÓN DE LA CARRERA DE COTIZACIÓN Y SUS LIMITADOS MECANISMOS DE COMPENSACIÓN
 - 2.1. El impacto de género provocado por los cambios operados en la determinación de la base reguladora
 - 2.2. El deficiente marco de los mecanismos de compensación del impacto de género motivado por el alargamiento de las carreras de cotización
 - 2.3. Mecanismos de compensación del impacto de género establecidos en la ley 27/2011
3. EL RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO FEMENINO NO DECLARADO COMO MECANISMO PARA LA DISMINUCIÓN DEL IMPACTO DE GÉNERO
 - 3.1. Consideración del trabajo femenino en los negocios familiares
 - 3.2. La falta de consideración del trabajo doméstico
 - 3.3. La alternativa de una correcta regulación del trabajo a tiempo parcial como mecanismo para que aflore el trabajo sumergido
4. LA NORMA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO DE LA NATALIDAD

1. IMPACTO DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA CENTRALIDAD DE LA ESTRATEGIA DE LA TRANSVERSALIDAD

El concepto de impacto de género que da título al presente trabajo reconduce al término transversalidad de género, una estrategia de actuación que fue por primera vez enunciada en la Conferencia Nacional de Naciones Unidas sobre las mujeres de Pekín, en 1995 y que desde entonces ha sido adoptada

tanto en la Unión Europea¹ como en España. El impacto de género no constituye, pues, una perspectiva de análisis jurídico de naturaleza estrictamente teórica sino, más adecuadamente, la única perspectiva coherente con el marco de principios antidiscriminatorios por razón de género establecidos tanto en la normativa de la Unión Europea como en la normativa española. Pese a la rotundidad de su formulación, sin embargo, la transversalidad de género se ha desarrollado más en el ámbito subliminal que en la esfera de las acciones reales y efectivas. De hecho los ámbitos principales en los que la idea de la transversalidad se ha manifestado con mayor intensidad han sido aquellos referidos a normas o actuaciones públicas en los que la conexión con el género resultaba clara de antemano. Es difícil encontrar, al respecto, tareas más imaginativas de identificación de repercusiones de género en espacios nuevos. Cierta renovado interés en la Unión Europea por reforzar las repercusiones de género existentes en las actividades de cuidado se sitúa en esta perspectiva de transversalidad fundamentalmente producida en espacios clásicos. De un lado la Directiva 2010/18, de 8 de marzo de 2010, de permisos parentales, independientemente de que su formulación final no haya sido excesivamente comprometida², ha incorporado rotundamente la cuestión del género en la temática de la conciliación³. De otro lado se advierte cierto compromiso jurisprudencial del Tribunal de la Unión Europea por identificar las repercusiones que la normativa sobre cuidado familiar puede llegar a tener en el ámbito de la prohibición de conductas discriminatorias: Se constata, por ejemplo, en el asunto *Roca Álvarez*⁴, en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró discriminatoria contra el colectivo de mujeres una norma estatal (el permiso de lactancia español)

¹ En la Comunicación de la Comisión Europea de 1996 sobre *La incorporación de la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en todas las políticas y actividades de la Unión Europea* se lanzó la estrategia de transversalidad como una forma de actuación comunitaria definiéndola como *la integración sistemática de las situaciones, prioridades y necesidades de mujeres y hombres, respectivamente, en todas las políticas y actividades, con vistas a promover la igualdad entre ambos sexos, y a movilizar todas las políticas y las medidas generales con el propósito específico de alcanzar la igualdad, teniendo en cuenta, de manera activa y abierta, durante la fase de planificación, sus efectos sobre las situaciones respectivas de mujeres y hombres en la ejecución, el control y la evaluación* Acerca del significado y alcance del concepto de transversalidad de género en la Unión Europea, Pérez del Río, “Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario”, *RL*, 13, 2005.

² En esto no ha supuesto una alteración relevante respecto a la regulación establecida en la Directiva precedente de permisos parentales, la Directiva 96/34, acerca de la cual elaboró un estudio crítico Cabeza Pereiro, “La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”, *Revista de Derecho Social*, 31, 2005, pág. 25 ss.

³ Esta conexión no se advierte en el articulado de la Directiva, pero sí en los Considerandos, en los que reiteradamente se menciona. Por ejemplo, el Considerando 8 comienza de la siguiente manera: *Considerando que la política familiar debe contribuir al logro de la igualdad entre los sexos ...*

⁴ STJUE de 30 de Septiembre de 2010, C- 104/09.

que se configuraba con titularidad prioritariamente femenina puesto que esta formulación causaba el efecto de perpetuar roles femeninos de cuidado. Estos dos ejemplos sirven claramente para evidenciar que en el ámbito de la Unión Europea existe actualmente una tendencia a conectar conciliación con género que en periodos anteriores no había resultado tan clara⁵. Es una conexión que manifiesta la vertiente más meridiana de la estrategia de la transversalidad, aunque en puridad de términos sea una manifestación bastante elemental de la misma.

Pero en el contexto comunitario el espíritu de la transversalidad de género no ha rebasado el espacio delimitado por el contrato de trabajo dejando fuera las cuestiones de Seguridad Social. Así, en la Directiva 2006/54, de 5 de Julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), se refiere expresamente la transversalidad al ámbito aplicativo de la Directiva⁶, que incluye relaciones individuales en toda su extensión, relaciones colectivas, regímenes profesionales de Seguridad Social y formación profesional pero que expresamente deja fuera las relaciones públicas de Seguridad Social. Es una marginalización de la protección social en relación con la aplicación del principio antidiscriminatorio en la normativa comunitaria que se enmarca dentro de una tendencia de larga tradición⁷. Ni siquiera queda alterada por lo establecido en el art. 8 del TFUE⁸ que, aún sin utilizar expresamente el término, recoge la idea de la transversalidad de género. Y ello fundamentalmente porque en el ámbito competencial propio de la Unión Europea la Seguridad Social tiene un campo de actuación muy reducido.

⁵ Tuve ocasión de analizar esta tendencia en Ballester Pastor, "Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad", *RDS*, 51, 2010, pág. 31-66.

⁶ Artículo 29 de la Directiva 2006/54: *Transversalidad de la perspectiva de género. Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva.* La Directiva 2006/54 no se aplica al ámbito de la seguridad social.

⁷ Así se desprende del análisis de la Directiva 79/7 sobre aplicación del principio antidiscriminatorio por razón de género al ámbito de la seguridad social. Un comentario acerca de este alcance limitado, entre otros, por Tejerina Alonso, "La Directiva 79/7/CEE de 19 de Diciembre de 1978 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Su incidencia en la legislación española", *Noticias de la Unión Europea*, 36, 1988, pág. 75 ss; y Guerrero Padron, "Justificación de la discriminación indirecta por razón de sexo en la seguridad social. Doctrina del TJCE", en *VVAA LA igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* celebrado en Lleida en Mayo 2004, Ed. MT y AASS, 2005, pág. 517 ss.

⁸ El art. 8 TFUE establece lo siguiente: *En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.*

En España no existen estos problemas de atribución competencial y, consiguientemente con ello, el concepto de transversalidad se enuncia en la LOIE 3/2007, de 22 de Marzo, con un carácter totalmente general del que no es posible detraer el ámbito de la Seguridad Social⁹. Debe reseñarse, sin embargo, que desprovistas del motor que han supuesto en la evolución de la política antidiscriminatoria por razón de género las referencias de la normativa comunitaria, las normas de Seguridad Social española se han enfrentado a la cuestión antidiscriminatoria en general y a la estrategia de transversalidad en particular de un modo un tanto tibio incluso teniendo en cuenta algunos preceptos básicamente correctores introducidos por la LOIE. Esta apatía se ha extendido también al ámbito de la jurisprudencia ordinaria, que ha exhibido una actitud bastante reticente a identificar eventuales repercusiones de género en las normas de Seguridad Social, incluso en sus aspectos más aparentes. Piénsese, por ejemplo, en la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la determinación de la base reguladora aplicable a la prestación de desempleo en caso de reducción de jornada por guarda legal. Pese a que este tipo de reducción de jornada tiene una repercusión mayoritaria indudable en el colectivo de mujeres, el Tribunal Supremo no aplicó en su momento la interpretación más consecuente con el concepto de discriminación indirecta, lo que hubiera justificado la teoría del paréntesis que jurisprudencialmente se había aplicado con anterioridad a otros supuestos¹⁰. Al contrario, consideró el TS¹¹ que el parámetro relevante para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo debía forzosamente ser la inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo, lo que inevitablemente reconducía a la base minorada por la reducción de jornada. De este modo el TS se mostraba insensible a la estrategia de la transversalidad de género, no solo por negarse a aceptar la posible existencia de discriminación indirecta en el ámbito de la Seguridad Social¹², sino también por negarse a tener en cuenta las repercusiones de género de una determinada interpretación de un

⁹ La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece, en su artículo 15, el principio de transversalidad de género del siguiente modo: *El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.*

¹⁰ Por ejemplo en el caso de la antigua prestación de invalidez provisional previa a la situación legal de desempleo. Por todas, STCT de 7 de Marzo de 1989.

¹¹ Por todas, SSTS de 23 de Noviembre de 2004, Rec. 166/2004; y de 4 de Noviembre de 2004, Rec. 3108/2003.

¹² Tal y como se defendía en el voto particular de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de Junio de 2005, Rec. 1655/2005.

texto normativo¹³. La solución jurisprudencial dada resultaba particularmente expresiva de dicha actitud reticente a la consideración del impacto de género teniendo en cuenta que, con anterioridad, el mismo Tribunal Supremo había establecido que la base salarial para el cálculo de la indemnización en caso de despido debía calcularse en atención al salario completo del trabajador/a previo a la reducción de jornada¹⁴. Para corregir esta interpretación la LOIE¹⁵ tuvo que establecer expresamente que, en la prestación de desempleo, la base aplicable era la correspondiente a la jornada anterior a la reducción de jornada. Lamentablemente, sin embargo, la aportación de la LOIE en este ámbito no fue más que una corrección puntual a una situación concreta: para el resto de prestaciones de Seguridad Social diferentes del desempleo no se producía automáticamente la retroacción al momento de la prestación laboral a tiempo completo, sino meros ajustes mediante cotizaciones ficticias de carácter temporal. Ni siquiera con la LOIE se ha producido, pues, la generalizada aplicación de la teoría del paréntesis para el cálculo de la base reguladora en cualquier prestación cuando la situación de partida es una reducción de jornada por guarda legal. El impacto de género como perspectiva de actuación del poder judicial en el ámbito de la Seguridad Social quedó, a partir de esta doctrina, definitivamente desterrado.

Curiosamente, pese a la escasa entidad de la competencia de la Unión Europea en el ámbito de la Seguridad Social en relación con el género, de alguna sentencia del Tribunal de la Unión Europea es posible advertir implícitamente que la jurisprudencia comunitaria favorece la interpretación favorable a la consideración de la base más alta correspondiente al trabajo a tiempo completo. Y ello a pesar de que, de una primera lectura, pudiera interpretarse lo contrario. En efecto, en el asunto *Gómez Limón*¹⁶, el TJCE¹⁷ consideró que no era con-

¹³ Por esta razón se planteó cuestión de inconstitucionalidad del art. de referencia 8el art. 2.11.1 LGSS) por parte del TSJ de Cataluña. Sobre los eventuales problemas de constitucionalidad de la doctrina del TS en torno a la base reguladora de desempleo en jornadas reducidas por guarda legal, Gala Duran, “De nuevo sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo en los casos de reducción de jornada por cuidado de familiares. ¿Es inconstitucional el art. 211.1.LGSS? Comentario al Auto del TSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2005”, *Iuslabor*, 4, 2005.

¹⁴ Por todas, STS de 11 de Diciembre de 2001, Rec. 1817/2001.

¹⁵ Art. 211.5 LGSS conforme a redacción dada por la LOIE: *En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.*

¹⁶ STJCE de 16 de Julio de 2009, C-537/07.

¹⁷ Las referencias al Tribunal de Justicia en sede comunitaria se realizarán por medio de la mención “TJCE” cuando se trate de sentencias anteriores al año 2010, y de la mención “TJUE” cuando se trate de sentencias posteriores a ese año. La denominación diferenciada obedece al cambio terminológico que entró en vigor ese año.

trario a la Directiva 79/7, de 19 de Diciembre de 1978 (antidiscriminatoria por género en el ámbito de la Seguridad Social) que la prestación de Seguridad Social de la trabajadora en reducción de jornada por cuidado de hijos se calculara exclusivamente conforme al salario minorado por reducción de jornada. De esta manera parecía coincidir con la doctrina del Tribunal Supremo español que había negado la aplicación de las bases por jornada completa. Pero la conclusión fue diferente en el asunto *Meerts*¹⁸, con relación al salario relevante para el cálculo de la indemnización por despido. En este asunto el TJUE consideró que dicha indemnización debía calcularse en atención al salario correspondiente a la jornada completa y no conforme a la reducida por cuidado. Pese a lo que pudiera parecer esta diferencia en el resultado de los pronunciamientos no constituye una contradicción porque en el asunto *Gómez Limón* la cuestión giraba en torno a una prestación de Seguridad Social cuya configuración y alcance es competencia exclusiva interna mientras que en el asunto *Meerts* la cuestión era exclusivamente retributiva. Así pues, cuando el TJUE tiene competencia para actuar porque la cuestión se mueve estrictamente en el ámbito de la responsabilidad indemnizatoria empresarial en relación al salario percibido, establece claramente que el ejercicio del derecho al disfrute de los permisos parentales no puede impedir el acceso a otros derechos, particularmente el derecho a la indemnización que hubiera correspondido por extinción si el trabajador no se hubiera encontrado en situación de permiso parental. No es difícil advertir, pues, que el espíritu de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Comunitario es reforzar el impacto de género en general, aunque el contenido de sus fallos deba detenerse forzosamente cuando entran en escena temas que exceden de su competencia.

Este es el contexto en el que han surgido las reformas y propuestas de reforma de Seguridad Social de los últimos meses en España. Resulta de particular interés destacar que, aunque en algunos aspectos y finalidades de estas normas la relación con el género resulta más que evidente (por ejemplo, la inversión de la pirámide poblacional en relación con la conciliación, y ésta, a su vez, en relación con el género), y aunque ciertamente existen varias referencias a la cuestión del género en los documentos y normas de reforma, no puede decirse que hasta la fecha se haya producido una adecuada correlación entre las innovaciones operadas o pretendidas y su impacto de género. Se advierte, de hecho, cierta complacencia en el tratamiento de los temas de género, que aparecen sin el suficiente rigor, a veces como fórmulas de estilo, a veces como peajes inevitables e incomprensibles.

Debe destacarse, asimismo, que la cuestión del impacto de género, cuando ha aparecido en las reformas más recientes de la normativa española, lo ha

¹⁸ STJCE de 22 de Octubre de 2009, C-116/08.

hecho con una dimensión muy limitada a aspectos meramente declarativos. Por ejemplo, la ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo se ha limitado a ejemplificar situaciones constitutivas de discriminación por razón de género. Así ha sucedido cuando ha dado una nueva redacción al art. 22.4 ET para que establezca la necesidad de que las categorías profesionales se acomoden a criterios o sistemas tendentes a garantizar la ausencia de discriminación tanto directa como indirecta¹⁹, lo que ya había sido establecido desde antiguo por el Tribunal Constitucional²⁰. Lo mismo puede decirse de la redacción dada por la ley 35/2010 para el art. 23.2 ET, en el que se recuerda que los criterios para el ejercicio de los derechos de carácter formativo recogidos en convenio colectivo deben garantizar la ausencia de discriminación por razón de género, tanto directa como indirecta²¹; o de la redacción del art. 24.2 ET en el que la prohibición de discriminación por razón de género en su vertiente directa e indirecta se refiere a los ascensos y a la promoción profesional²². Igualmente irrelevante en cuanto a sus repercusiones efectivas es la nueva redacción establecida para el art. 17.1 ET, que se limita a clarificar por enésima vez la redacción de un precepto confuso desde su primera formulación. Algún interés mayor desde la perspectiva de la transversalidad tiene apenas la incorporación que se hace al párrafo cuarto del art. 82.3 ET por medio de la ley 35/2010 en la que se establece que las situaciones de descuelgue salarial *no podrán suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razón de género*. Constituye una regla aplicable al descuelgue salarial que persigue evitar que por esta vía de excepción a la eficacia vinculante del convenio se neutralicen preceptos correctores de las discriminaciones contenidos en los convenios colectivos supraempresariales. Resulta en todo caso bastante llamativo que todo el cúmulo de reformas llevadas a cabo por la ley 35/2010 no haya superado una perspectiva tan elemental y simplista del impacto de género. No ha abordado, por ejemplo, la cuestión del derecho a la adaptación de la jornada de trabajo desde una perspectiva que permita superar

¹⁹ Art. 22.4 ET conforme a redacción dada por la ley 35/2010: *La definición de las categorías y grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre hombres y mujeres.*

²⁰ Ya desde la STCo 145/1991, de 1 de Julio.

²¹ Art. 23.3 ET conforme a redacción dada por la ley 35/2010: *En la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores mujeres y hombres.*

²² Art. 24.2 ET conforme a redacción dada por la ley 35/2010: *Los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación.*

la escasa virtualidad otorgada al art. 34.8 ET²³. El derecho a la conciliación, así, sigue vinculado en nuestro ordenamiento al derecho a la ausencia, sin que se planteen seriamente ni la corresponsabilidad social ni la empresarial en las actividades de cuidado. Ni siquiera se ha operado todavía, hasta el momento en que se redactan estas líneas al menos, la reforma del permiso de lactancia en los términos señalados en la STJUE dictada en el asunto *Roca Álvarez (supra)*, lo que necesariamente obliga a un replanteamiento generalizado del modo en que el ordenamiento español ha abordado hasta ahora la cuestión de la corresponsabilidad. Advuértase, al respecto, que el tipo de condicionamientos establecidos en nuestro sistema de Seguridad Social actualmente para que la suspensión/prestación de maternidad transite parcial y limitadamente de la madre al padre no es precisamente respetuoso con el concepto de corresponsabilidad, y su corrección no se ha abordado seriamente en ninguna de las muchas reformas de la conciliación que se han operado en nuestro país. Sigue faltando asimismo un planteamiento consecuente frente a la fuerza mayor familiar, en los términos establecidos en la Directiva 2010/18, de 8 de marzo. Definitivamente, pues, la reforma operada por la ley 35/2010 ha asumido la estrategia de la transversalidad de género desde una perspectiva de muy escasa sensibilidad.

Algo parecido ha sucedido en la norma reformadora de la negociación colectiva aprobada por medio del RDL 7/2011, de 10 de Junio. Apenas es posible identificar en esta norma una llamada a cuestiones con repercusión en el género. Aparece en el nuevo art. 84.2 f ET cuando establece la preferencia aplicativa del convenio de empresa frente al sectorial en el nuevo supuesto de concurrencia que prevé para una serie de materias, entre las que se encuentran *las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal*. Resulta una referencia interesante por cuanto parece presumir la sensibilidad conciliadora en el ámbito empresarial y, consecuentemente, deriva a este ámbito aparentemente más adaptable a las circunstancias particulares de ambas partes, la determinación preferente de las medidas de conciliación. El problema surge porque el ámbito del acuerdo empresarial no es necesariamente sensible a las necesidades de conciliación de los trabajadores/as, sobre todo porque entre las materias enumeradas en el nuevo art. 84.2 ET para establecer la preferencia aplicativa del convenio de empresa aparecen el horario y la distribución del tiempo de trabajo. En este contexto, las cuestiones de conciliación no debieran constituirse en una de las temáticas de preferencia del ámbito empresarial, sino en un tema que debiera garantizarse en todo caso en beneficio de los trabajadores/as, con el objetivo de asegurar que los eventuales derechos de conciliación establecidos en sede sectorial no terminan desapare-

²³ Particularmente relevante al respecto ha sido la reciente STCo 26/2011, de 14 de marzo, en la que se refuerza el carácter de derecho fundamental de los derechos vinculados al cuidado y a la conciliación.

ciendo en sede empresarial. Este nuevo precepto no es solo ajeno a la estrategia de la transversalidad, sino potencialmente peligroso desde una perspectiva de género. Pero el resto del articulado del RDL 7/2011 evidencia similar filosofía: por ejemplo, en el nuevo art. 85.3. i) ET se establece como contenido obligatorio del convenio el porcentaje de la jornada que podrá distribuirse de manera irregular, estableciendo incluso para el caso de defecto de acuerdo un porcentaje del 5%. Por razones obvias este tipo de previsiones resulta particularmente peligroso para las personas con sujetos dependientes a cargo. La cuestión que inevitablemente surge es que si el legislador no ha sido capaz de identificar siquiera las repercusiones negativas desde una perspectiva de género que la conciliación plantea no es factible que sea capaz de identificar conexiones más remotas, aunque a ello le obligue teóricamente la estrategia de la transversalidad.

Las premisas del presente estudio se asientan, así pues, en un contexto hostil o, al menos, escasamente sensible a las obligaciones que conlleva la estrategia de la transversalidad. Resulta particularmente paradójico reclamar la aplicación de dicha estrategia, expresamente formulada en sede comunitaria e interna española, cuando, como se ha expuesto, los preceptos que se están aprobando en este momento son potencialmente peligrosos en sí mismos desde una perspectiva de género. No se puede olvidar, sin embargo, que la estrategia de la transversalidad está enunciada rotundamente en el art. 15 LOIE, y que desde instancias comunitarias se está produciendo un importante empuje hacia la identificación de las repercusiones de género, siquiera en sus aspectos más visibles relacionados con los derechos de conciliación. Por ello en las páginas que siguen se va a intentar una aproximación al tema que supere los formalismos y que identifique realmente el impacto de género de nuestro Sistema de Seguridad Social a partir del texto de las reformas recién realizadas. Se comprobará que los objetivos de la transversalidad de género no son contradictorios con los que pretende la reforma del Sistema de Seguridad Social, sino totalmente complementarios. Incluso una correcta normativización a la luz del impacto de género es susceptible de facilitar importantes objetivos de la propia reforma.

2. EL IMPACTO DE GÉNERO MOTIVADO POR LA ALTERACIÓN DE LA DURACIÓN DE LA CARRERA DE COTIZACIÓN Y DEL PARÁMETRO DE REFERENCIA PARA EL CÁLCULO DE LA BASE REGULADORA

2.1. El impacto de género provocado por los cambios operados en la determinación de la base reguladora

Existen una serie de alteraciones establecidas en la ley 27/2011 que, por implicar un mayor perjuicio para aquellos sujetos con vidas laborales más

accidentadas e irregulares, terminan por incrementar el impacto negativo por razón de género.

La primera, y más evidente, es la que se produce cuando se alarga el parámetro temporal de referencia para el cálculo de la base reguladora en jubilación. La Ley 27/2011 establece que, después de que transcurra el plazo transitorio correspondiente²⁴, dicho periodo de referencia abarcará un espacio temporal de 25 años²⁵. Resulta evidente que, cuanto más se retrotraiga en el tiempo el periodo relevante para el cálculo de la pensión más perjuicio terminarán causando en la cuantía final de la misma, los periodos de inactividad. Si se tiene en cuenta que las carreras femeninas presentan niveles de inactividad y de rotación más elevados en los periodos fértiles, en parte por la existencia efectiva de hijos/as y también en parte por la discriminación generada contra las propias mujeres que se encuentran en momentos biológicos en que la maternidad es potencialmente posible, el impacto de género de la nueva previsión es más que evidente.

La segunda se da como consecuencia del nuevo sistema de cobertura de lagunas para las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación instaurado en la Ley 27/2011 que, como se sabe, en comparación con el sistema aplicable hasta la actualidad, supone una alteración de doble significado²⁶: de un lado, en la referida Ley 27/2011 se otorga mayor valor a las lagunas de cotización acaecidas en el periodo de tiempo inmediatamente anterior al periodo que ha de tenerse en cuenta para el cálculo de la base reguladora (puesto que las lagunas en tal caso se rellenan con las mensualidades más cercanas al hecho causante); de otro lado, las lagunas más remotas se rellenan con la mitad de la base

²⁴ Dando nueva redacción a la DT quinta LGSS.

²⁵ Previa alteración del art. 162.1 LGSS cuya redacción, es como sigue: La base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será el cociente que resulte de dividir por 350 las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

²⁶ Establece la Ley 27/2011 como redacción del art. 162.1.1.2 LGSS la siguiente: *Si en el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran periodos durante los cuales no hubiese existido la obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán de acuerdo con las siguientes reglas: 1º: Si durante los 36 meses previos al periodo que ha de tomarse para el cálculo de la base reguladora existieran mensualidades con cotizaciones, cada una de las correspondientes bases de cotización dará derecho, en su cuantía actualizada, a la integración de una mensualidad con laguna de cotización y hasta un máximo de 24, a partir de la mensualidad más cercana al hecho causante de la pensión en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente. En ningún caso, la integración podrá ser inferior al 100% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración. 2º Las 24 mensualidades con lagunas más próximas al periodo al que se refiere la regla anterior, se integrarán con el 100% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración; 3º El resto de mensualidades con lagunas de cotización, se integrarán con el 50% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración.*

mínima, lo que implica una diferencia notable con relación al sistema actualmente vigente, que rellena las lagunas con la cuantía establecida para las bases mínimas. Si se tiene en cuenta, como se acaba de exponer, que el parámetro de referencia para la determinación de la base reguladora se amplía, y que las mujeres tienen defectos de cotización predominantemente en los periodos de tiempo coincidentes con etapas fértiles, debe concluirse que una penalización en el mecanismo de relleno de las bases distantes en el tiempo relevantes a efectos de determinación de la base reguladora es susceptible de tener efectos perjudiciales en la pensión resultante aplicable al colectivo de mujeres.

2.2. El deficiente marco de los mecanismos de compensación del impacto de género motivado por el alargamiento de las carreras de cotización

En el Acuerdo Social y Económico (ASE) para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, firmado el 2 de Febrero de 2011 expresamente se reconocía el impacto desigual entre hombres y mujeres del alargamiento de la carrera de cotización²⁷. Resulta innecesario en este momento incidir en la evidente repercusión de género que tiene la exigencia de periodos más largos de cotización: son las mujeres las que, estadísticamente, tienen carreras profesionales más accidentadas e irregulares por lo que un endurecimiento de los requisitos de cotización que exige una permanencia más estable y duradera en el mercado de trabajo sin duda repercute más negativamente en el colectivo de mujeres que en el de hombres. Por ello tiene un efecto claramente negativo para el colectivo de mujeres la eliminación de los días cuota para la determinación de concurrencia del periodo mínimo de carencia para acceder a la pensión de jubilación que establece la nueva Ley²⁸: si las mujeres son, en relación con los hombres, un colectivo con mayores problemas para llegar al periodo mínimo de cotización dada su mayor inestabilidad laboral resulta evidente que la eliminación del mecanismo dirigido a favorecer dicho acceso por medio de la consideración como periodo de cotización de un tiempo adicional en atención a las pagas extraordinarias recibidas (días cuota) implica una mayor dificultad de acceso para el colectivo femenino.

El Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 25 de Enero de 2011 señala la im-

²⁷ Así se establece expresamente en el subapartado titulado *Mujeres* contenido en la parte primera (pensiones) del ASE en el que literalmente se establece lo siguiente: *Es evidente que distinguir entre carreras largas y comunes y cortas a efectos de determinar la edad legal de jubilación tendrá un impacto desigual entre hombres y mujeres.*

²⁸ El texto del art. 161.1.b primer párrafo *in fine* LGSS en la redacción dada por la Ley 27/2011 establece, con relación a la carencia para el acceso a la prestación de jubilación lo siguiente: *A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.*

portancia de seguir avanzando en políticas de igualdad a efectos de promover la equiparación de salarios, lo que se presenta en el Informe como uno de los elementos más relevantes para suavizar el impacto de género²⁹. El Informe Parlamentario simplifica notablemente la cuestión al reconducir todas las vertientes de la discriminación laboral femenina al ámbito retributivo, pero en todo caso reconoce que la discriminación laboral de base sitúa a las mujeres en una situación particularmente vulnerable en el marco de la protección social. Sin embargo, a partir de esa referencia general, el objetivo del Informe se traslada a otros ámbitos, y el impacto de género se conecta con la conciliación, con la promoción del acceso a pensión de los miembros de la unidad familiar que no desarrollan trabajo retribuido y con el modo de otorgar relevancia, en la dimensión de la protección social, al trabajo generalmente no declarado de las mujeres en los negocios familiares.

Finalmente, en el ASE, las medidas sugeridas para corregir este impacto estuvieron relacionadas exclusivamente con las actividades de conciliación por cuidado de hijos. Fueron de dos tipos: a) adelantamiento de la edad de jubilación ordinaria antes de los 67 años a las mujeres, consistente en nueve meses por cada hijo, con un máximo de dos años, siempre que con ese periodo dispusieran de la carrera de cotización suficiente para la jubilación plena entre los 65 y los 67 años; b) ampliación a tres años del periodo de cotización ficticia por excedencia para cuidado de hijos. Ambos mecanismos implican, con diferente alcance como más abajo se expone, que el ASE optó por una corrección del impacto de género fundamentalmente asentado en el mecanismo de las cotizaciones ficticias³⁰.

Cuando esta previsión del ASE se trasladó al Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y, más adelante, a la actual ley 27/2011, se produjo una alteración en la denominación del bloque de medidas, que dejó de llamarse *Mujeres*³¹ para pasar a denominarse *Beneficios por cuidado de hijos*. Así es como queda enunciado en el art. 9 de la ley 27/2011. Esta alteración resulta un cambio fundamental puesto que una conexión exclusiva entre mujeres y conciliación provoca el efecto de justificar el mantenimiento de los roles tradicionales. Pero salvo este ajuste nada nuevo

²⁹ Un comentario del alcance del Informe Parlamentario en general y, en particular, con relación al impacto de género, por Panizo Robles, “Dos décadas de reformas de la Seguridad Social: del Pacto de Toledo de 1995 al Acuerdo Social y Económico de 2011”, *Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 336, 2011, pág. 91 ss.

³⁰ Estas cotizaciones ficticias se añaden a las otras que ya existen en el Sistema de Seguridad Social español. Las analicé en Ballester Pastor, *El cómputo recíproco de cotizaciones en el Sistema español de Seguridad Social*, Madrid, 2007, pág. 157 ss.

³¹ Parte de la doctrina reinterpretó la feminizada referencia al beneficio de conciliación previsto en el ASE para referirlo también a los hombres. Por ejemplo, Panizo Robles, “Dos décadas de reformas de la Seguridad Social...”, op. cit., pág. 77.

es posible identificar en la nueva ley respecto a lo establecido en el ASE con relación a las repercusiones de género de la alteración en el periodo de cotización para el acceso a la pensión de jubilación. Se advierte inmediatamente que, tanto en uno como en otro texto, la corrección se limita a intentar compensar los perjuicios en el acceso a la pensión de jubilación provocados en el colectivo de sujetos con responsabilidades familiares. Destaca inmediatamente, pues, que no es una medida de compensación para el colectivo femenino, sino para el colectivo de sujetos con responsabilidades familiares. Esta precisión resulta interesante porque refuerza el objetivo de la corresponsabilidad. Pero el mecanismo de compensación es cicatero y escasamente sensible a los problemas reales que genera en el colectivo de mujeres una medida de alargamiento de las carreras de cotización como la proyectada. Y ello fundamentalmente porque, aunque sin duda una de las circunstancias que ralentiza el desarrollo normal de las carreras profesionales de las mujeres es la asunción de responsabilidades familiares, no puede olvidarse que hay otros factores concurrentes que colaboran, con similar intensidad, a la irregularidad de la vida laboral femenina a efectos de pensiones. Son factores como la simple y llana discriminación laboral, que hace a las mujeres más vulnerables a la continua rotación³²; o el mayor tiempo que éstas invierten en formación a efectos de compensar una desigual consideración social, sobre todo para el acceso a puestos en los que se encuentran infrarrepresentadas.

Ni en el ASE ni en la ley 27/2011 se ha planteado siquiera la posibilidad de medidas correctoras más consecuentes con una situación de discriminación efectiva femenina en el mercado de trabajo. Así, en España ni se ha planteado el establecimiento de diferentes edades de jubilación en atención al género pese a que es una medida ampliamente aplicada en países de nuestro entorno, incluso con menores diferencias de carácter laboral entre géneros³³, ni se han sugerido medidas correctoras de reparto entre miembros de la unidad familiar a efectos de que la cotización del sujeto con cotización efectiva mayoritaria pueda transferir parte de las mismas al sujeto con cotización minoritaria por dedicación familiar, al estilo de las que existen en países como Suecia³⁴. Se ha optado por el más simple de los planteamientos, sin atender a la situación real del mercado de trabajo español en relación con el género.

³² Al respecto, por todos, Gálvez, “La nueva reforma. Las pensiones y las mujeres”, <http://www.noalmaltrato.com/2011/01/la-nueva-reforma-las-pensiones-y-las-mujeres/>

³³ Un estudio de carácter estadístico acerca de las edades oficiales y reales de acceso a la jubilación en los países que componen la Unión Europea por Romans, “The transition of women and men from work to retirement”, *Statistics in focus. Population and social conditions*, 97, 2007.

³⁴ Refería esta particularidad del sistema de pensiones en Suecia en Ballester Pastor, “La reforma del sistema de pensiones en Suecia o los nuevos límites del Estado del bienestar”, *RMTySS*, 20, 1995, pág. 87.

2.2. Mecanismos de compensación del impacto de género establecidos en la ley 27/2011

(i) La Ley 27/2011 introduce una nueva DA 60 LGSS, con la siguiente redacción:

DA 60 LGSS: 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional cuadragésima cuarta, en cualquier régimen de Seguridad Social y a todos los efectos salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, se computará como período cotizado aquel de interrupción de la cotización, derivado de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo producidas entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. La duración de este cómputo como período cotizado será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido. Dicho período se incrementará anualmente, a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización. Este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre.

Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, a los exclusivos efectos de determinar la edad de acceso a la jubilación prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 161, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, la duración del cómputo como período cotizado será de un máximo de 270 días cotizados por cada hijo o menor adoptado o acogido.

2. En función de las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social, podrán adoptarse las disposiciones necesarias para que el cómputo, como cotización efectiva, del período de cuidado por hijo o menor, en los términos contenidos en el párrafo primero del apartado anterior, se anticipe antes del 2018, en los supuestos de familias numerosas.

3. En cualquier caso, la aplicación de los beneficios establecidos en la presente disposición no podrá dar lugar a que el período de cuidado de hijo o menor, considerado como período cotizado, supere cinco años por beneficiario. Esta limitación se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los contemplados en el artículo 180.1 de esta Ley.

Esta modalidad de cotización ficticia se caracteriza por tener un alcance general, que se refiere a cualquier aspecto relacionado con el cómputo del período cotizado salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización, salvedad ésta de notable importancia porque la falta de carencia mínima es la más susceptible de afectar al colectivo de mujeres y la que plantea situaciones más sangrantes de desprotección. En todo caso la ley 27/2011 contempla un espectro de cotización ficticia de mayor amplitud que el que se recogía en el primer proyecto de la ley de reforma (de 1 de Abril de 2011), que solo aplicaba dicha cotización ficticia a efectos de determinación de la edad de jubilación.

Con esta redacción la DA 60 LGSS lleva a cabo un interesante tratamiento paralelo a la cotización ficticia contemplada en la DA 44 LGSS, cuyos beneficios son acumulativos. De hecho éste es el único sentido que cabe dar a la DA 60 que precisamente comienza señalando su aplicación *sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Adicional cuadragésima cuarta*. Recuérdese que la DA 44 LGSS, introducida por la LOIE, establece una cotización ficticia en beneficio de las mujeres que hubieran dado a luz de 112 días completos por cada parto³⁵. La cotización ficticia de la DA 44 LGSS se aplica a las mujeres trabajadoras en el momento del acceso a las prestaciones de jubilación o incapacidad permanente, con relación al tiempo de parto en el que no eran trabajadoras. La DA 60 tiene un ámbito aplicativo más extenso: se refiere a las personas (hombres o mujeres) que hubieran tenido un hijo por nacimiento o adopción en un momento en que se había producido una interrupción de sus carreras de cotización (entre los nueve meses anteriores al nacimiento o tres meses anteriores a la adopción y la finalización del sexto año posterior a dicha situación).

La principal similitud entre la cotización ficticia de la DA 44 y la de la DA 60 aparece en lo concerniente a su duración: 112 días por hijo. Esta equiparación en la duración se produce, sin embargo, tan solo hasta el año 2013 porque a partir de ese año se irá incrementando la duración de la cotización ficticia hasta llegar a 270 días por hijo. Hay dos diferencias, sin embargo, entre la nueva DA 60 LGSS y la DA 44 LGSS: esta última cotización ficticia se aplica tan solo a las mujeres que hubieran tenido algún parto si durante el tiempo previsto para la suspensión/prestación por maternidad no existía cotización en su beneficio. No se aplica, pues, la DA 44 LGSS ni a los hombres ni a las progenitoras en adopción. La cotización ficticia contemplada en la DA 60 tiene, sin embargo, una dimensión subjetiva mayor, porque abarca a todos los sujetos con actividades de cuidado y no tan solo a las madres biológicas. La segunda diferencia es que la DA 60 LGSS se aplica exclusivamente en los supuestos de interrupción de la cotización, por extinción de la relación laboral o del cobro de prestaciones de desempleo, en los concretos momentos temporales referidos, mientras que la DA 44 LGSS implica una cotización ficticia que se aplica en el momento del acceso a pensiones, siempre que en los momentos de referencia para la aplicación de la misma no existiera ninguna relación laboral.

³⁵ DA 44 LGSS. *Periodos de cotización asimilados por parto. A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la seguridad social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda.*

En todo caso, y pese a esta relativa amplitud subjetiva, el de la DA 60 LGSS es un mecanismo de eficacia bastante limitada. Por ejemplo, no tiene ninguna repercusión en la determinación de la base reguladora, ni siquiera en lo relacionado con la cobertura de lagunas, que sigue el procedimiento generalmente establecido cuyo impacto negativo de género ya ha sido tratado en otra parte del presente trabajo.

La acumulación del beneficio de la cotización ficticia establecido en la DA 60 LGSS al previo de la DA 44 LGSS supone, por medio de una formulación que definitivamente podía haber sido menos compleja, una ampliación, con ciertas limitaciones y condiciones, de la cotización ficticia prevista inicialmente exclusivamente para las mujeres por nacimiento de hijo. Ello implica que, por nacimiento de hijo, una madre tendrá derecho a la cotización ficticia prevista en la DA 44 LGSS y, adicionalmente, si se cumplen los requisitos establecidos, a la cotización ficticia prevista en la DA 60 LGSS (haciendo un total por hijo de 224 días). Si no se cumplen los requisitos previstos en la DA 44 LGSS, pero sí los de la DA 60 LGSS (por ejemplo, en caso de adopción) la cotización ficticia será de 112 días; y si no se cumplen los requisitos de la DA 60 LGSS, pero sí los de la DA 44 LGSS (por ejemplo si la trabajadora no tuvo su cotización interrumpida en los espacios temporales establecidos en la DA 60 LGSS) la cotización ficticia será de 112 días. La formulación es ciertamente compleja e incomprensiblemente desigual en sus efectos, porque no se advierte a comprender porqué merece una duplicación de la cotización ficticia un solo supuesto frente al resto.

Por lo demás, el mecanismo de cotización ficticia previsto en la DA 60 se aplica exclusivamente bajo muy particulares criterios temporales (*supra*). Pero además el tiempo ficticio atribuido por hijo no puede ser superior al tiempo efectivo de interrupción y solo puede reconocerse a uno de los progenitores que, en defecto de acuerdo, sería la madre. Por lo demás, se establece un periodo máximo de duración del beneficio previsto en la DA 60 LGSS de cinco años por beneficiario (independientemente del número de hijos), que se aplicará *de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los contemplados en el art. 180.1 de esta ley*. Cabe entender que el legislador ha querido establecer una limitación máxima por beneficiario para las cotizaciones ficticias derivadas de la DA 60 y del art. 180 LGSS consideradas en su conjunto. Llama la atención, sin embargo, que en esta consideración conjunta a efectos de límites máximos no haya incluido la cotización ficticia prevista en la DA 44 LGSS, cuya formulación es más parecida a la DA 60 LGSS que al art. 180 LGSS. Las dificultades aplicativas de aplicar el límite de cinco años exclusivamente a la DA 60 LGSS y al art. 180.1 LGS resultan, por lo demás, evidentes.

La difícil redacción del precepto y sus incomprensibles condiciones y diferencias son tan solo algunas de las críticas que merece. Sin duda el beneficio

podía haber sido más generoso y más imaginativo, por ejemplo admitiendo la posibilidad de que las interrupciones de un progenitor pudieran computarse en beneficio del otro para que éste accediera al máximo por hijo, pero el legislador ha preferido mantenerse en el espacio discreto, desconfiado y escasamente operativo que ha caracterizado tradicionalmente su intervención en estos temas.

(ii) La Ley 27/2011 establece también como mecanismo compensatorio del perjuicio de género ocasionado por el alargamiento de las carreras profesionales una ampliación de la cotización ficticia prevista para la excedencia por cuidado de hijos. Ello ha supuesto la reforma del art. 180.1 LGSS cuya redacción quedaría, de aprobarse el PLP, como sigue: *Los tres años de periodo de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la seguridad social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.* La reforma eleva el tiempo de cotización ficticia en caso de excedencia por cuidado de hijos de los dos años actuales a tres. Resulta una ampliación paradójica desde el punto de vista de la corresponsabilidad y de la transversalidad. Efectivamente, la adición de beneficios a las situaciones de ausencia de larga duración por razones de cuidado familiar debe ser objeto de particular atención porque debe evitarse el efecto promotor del abandono extenso en el tiempo de las carreras profesionales. Debe diferenciarse, pues, entre aquellas situaciones de cuidado de las que los sujetos pueden difícilmente escapar, y que deben ser susceptibles de todas las medidas posibles de compensación, y aquellas otras que implican una opción personal o familiar. La excedencia por cuidado de hijos entra dentro de este segundo grupo, por lo que debiera evitarse cualquier mecanismo que favoreciera su extensión en el tiempo, al menos si está exenta de instrumentos de reparto, como en el presente caso. Los servicios comunitarios de cuidado debieran servir para atender las necesidades correspondientes a los hijos/as menores de tres años. Sin embargo, en demasiadas ocasiones el cuidado requerido por sujetos familiares dependientes no tiene establecidos mecanismos de atención social válidos o suficientes, lo que implica que, con frecuencia, dicho cuidado recaiga de hecho en el colectivo femenino, lo que supone un forzoso alejamiento del mismo del mercado de trabajo que carece de alternativa. Sin embargo, paradójicamente, la excedencia motivada por cuidado de familiar mantiene la antigua cotización ficticia por el tiempo máximo de un año, sin que la nueva ley le haya configurado ninguna extensión similar a la existente para la excedencia por cuidado de hijos. Resulta evidente que la reforma no es demasiado consecuente con los

objetivos perseguidos por el principio de corresponsabilidad y no termina de advertir los efectos perversos que puede llegar a tener una política inadecuada de conciliación de responsabilidades incluso en el ámbito del control del gasto puesto que implica un coste que podía haberse dedicado a otros ámbitos. Definitivamente, pues, en el ámbito de la Seguridad Social la institución de la excedencia por cuidado de hijos y familiares tiene tantas deficiencias como las que acumula su vertiente laboral³⁶.

No afecta la nueva ley al mecanismo de cotización ficticia establecido para los supuestos de reducción de jornada en el art. 180.3 LGSS, de modo que se mantiene el sistema de contabilización al 100% de la base tan solo para los dos primeros años si la reducción es por cuidado de menor y para el primer año en el resto de situaciones. En el caso de que se pretendiera contabilizar al 100% el resto del tiempo transcurrido en reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares está prevista la posibilidad de suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social específico para esta situación³⁷. La ficción de cotización al 100%, sin embargo, no tiene límites temporales máximos cuando se trata de determinar la base reguladora del desempleo (art. 211.5 LGSS) en caso de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares (art. 37.5 ET), hospitalización de neonato (art. 37.4 bis ET) o violencia de género (art. 37.7 ET). Analizando en conjunto el mecanismo establecido de cotización ficticia y la posibilidad de convenio especial específico establecido para las instituciones de cuidado, resulta particularmente llamativo que no se haya planteado en la reforma el alargamiento de la cotización ficticia en el caso de reducción de jornada, siquiera para equipararlo al tiempo ficticio propuesto para la excedencia por cuidado de hijos (tres años). Si se tiene en cuenta que la reducción de jornada es una figura más conveniente puesto que permite el mantenimiento de los vínculos laborales y fomenta el reparto de responsabilidades (al no promover el abandono total del trabajo para desempeñar tareas de cuidado en exclusiva), resulta desconcertante que la promoción abierta por medio de la ampliación de la ficción de cotización no le haya alcanzado. También resulta algo inquietante que la excedencia por cuidado de familiares no solo quede al margen de la ampliación a tres años de las cotizaciones ficticias para la excedencia por cuidado de hijos, sino también del convenio especial específico previsto para las reducciones de jornada por guarda legal o cuidado

³⁶ Refiere una serie de reformas pendientes de la excedencia por cuidado de hijos y familiares tomando como referencia la nueva Directiva 2010/18 sobre permisos parentales, Lousada Arochena, "La incidencia sobre la excedencia para el cuidado de hijos/as del nuevo Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental", *Aequalitas*, 28, 2011, pág. 7 ss.

³⁷ Describe su alcance, por ejemplo, Martínez Lucas, "La cotización a la Seguridad Social y la adaptación de la jornada de trabajo", *AL*, 9, 2010, pág. 14 ss.

de familiares³⁸. No se acaba de entender que el convenio especial previsto específicamente para los supuestos de reducción de jornada más allá del periodo de tiempo de cotización ficticia al 100% no pueda extenderse a la excedencia por cuidado de familiares en aquellos mismos periodos de tiempo en que no se aplica ficción de cotización que, en todo caso, podrían dar lugar a convenio especial general, cuyo condicionado es más exigente que el configurado para el acceso al convenio especial específico para la reducción de jornada³⁹. Resulta claro que el legislador no ha tenido la suficiente habilidad para detectar aquellas situaciones vinculadas al cuidado que merecen especial atención por parte del ordenamiento a efectos de ser promovidas y garantizadas. Ha llevado a cabo, en cambio, una actividad un tanto caprichosa de supuesta corrección del impacto de género que presenta importantes carencias y que no es necesariamente la económicamente más eficiente.

(iii) Aparece en la ley 27/2011 una curiosa referencia al desarrollo futuro de mecanismos para otorgar relevancia a los periodos de atención y cuidado en relación con las carreras de cotización femeninas. La DA quinta de la Ley titulada *Elaboración por el Gobierno de un estudio y propuestas de actuación en relación con la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo* establece lo siguiente: *Se encomienda al Gobierno que en el plazo de un año presente en la Comisión no Permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo un estudio sobre las medidas a adoptar para impulsar los mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos, de las personas con discapacidad o personas en situación de dependencia, como elementos a considerar en las carreras de cotización de las mujeres. En dicho estudio se evaluarán económicamente las medidas que se propongan, y también la actual regulación existente en el sistema de Seguridad Social, especialmente en el artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social, y en el artículo 9 de la presente Ley.* Lo más curioso de este precepto es que no es exclusivamente un mecanismo de seguimiento de las medidas contenidas en el art 9 de la Ley (cuyo contenido se ha analizado en los dos apartados previos al presente), sino que tiene también un objetivo de estudio para el establecimiento futuro de medidas de corrección en el ámbito de las carreras de cotización en atención a las tareas de cuidado. Si se tiene en cuenta que, como se ha ex-

³⁸ Actualmente la regulación de los convenios especiales de seguridad social se encuentra fundamentalmente en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de Octubre, que, aunque ha simplificado y unificado las diferentes modalidades de convenio especial, no ha eliminado definitivamente la profunda disgregación del sistema. Describiendo la evolución normativa del convenio especial en España y destacando su fragmentación, Poquet Catala, “Convenio especial con la Seguridad Social para trabajadores incursos en expedientes de regulación de empleo”, *AL*, 1, 2011, pág. 3.

³⁹ Por ejemplo, para acceder al convenio especial específico previsto para la reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares no se exige cotización previa, pero sí en el caso de convenio especial general. Martínez Lucas, “La cotización a la seguridad Social...”, op. cit. pág. 15.

puesto más arriba, las medidas de corrección del impacto de género motivado por el alargamiento de las carreras de cotización se han limitado en la nueva ley a los aspectos vinculados al cuidado no tiene demasiado sentido que este aspecto se reconduzca a un estudio futuro, a menos que el propio legislador asuma la escasa relevancia de las medidas en cuestión. Destaca, asimismo, que no se mencione como contenido de este estudio de futuro el impacto de género referido a otros aspectos de la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo (tanto en su versión inicial como en las posteriores, especialmente la que dio lugar al Informe parlamentario de 2011) diferentes de la cuestión del cuidado, como la igualdad efectiva (particularmente en el ámbito retributivo), el establecimiento de incentivos fiscales para la generación de pensiones a favor de los cónyuges no incorporados al mercado de trabajo y la configuración de mecanismos para que adquiera relevancia en el plano de las carreras de cotización femeninas el trabajo desempeñado en negocios familiares. El precepto de la ley 27/2011 reproduce perfectamente la indefinición del legislador en relación con el impacto de género de la reforma de las pensiones. Al extremo, parece dar incluso la sensación de que la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo ha desaparecido en la nueva ley en todos sus aspectos excepto en el referente a la compensación por actividades de cuidado. Y es que los dos temas obviados en la reforma con referencia a la Recomendación 17ª (valoración del trabajo doméstico a efectos de pensiones; y afloramiento del trabajo sumergido por parte de las mujeres en los negocios familiares) implican planteamientos de notable complejidad que el legislador, en este momento, ha preferido no abordar, en parte por cierta falta de convencimiento en torno a su adecuación, que parece a su vez derivar de su escasa concienciación frente al impacto de género de la reforma de las pensiones; y, en parte también, porque implica un coste, mediante la atribución de derechos a sujetos hasta ahora no declarados que, en momentos de recorte, el legislador claramente no está dispuesto a asumir. Llama la atención que, paradójicamente, el afloramiento del trabajo sumergido, que tiene una composición fundamentalmente femenina, surja política y normativamente como un objetivo prioritario⁴⁰. Más adelante se tratará esta cuestión. Así pues, aunque ambos contenidos de la Recomendación 17ª constituyen estrategias de actuación muy firmes y concretas (en ello se diferencian de la mayoría del resto de recomendaciones que adoptan posiciones mucho menos comprometidas) se han difuminado hasta desaparecer en la nueva ley. Resulta evidente que la intención del legislador no ha sido la de otorgar a la cuestión del impacto de género la importancia que merece.

⁴⁰ Por todas, Resolución de 2 de Febrero de 2011, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las Directrices Generales del Plan General de Control tributario de 2011; y, sobre todo, RDL 5/2011 de 29 de Abril de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas.

(iv) La penúltima de las correcciones con repercusión en género es la que guarda relación con el derecho a la jubilación anticipada. La Ley 27/2011 tiene en cuenta la situación de la mujer víctima de violencia de género para atribuirle la posibilidad de que la eventual extinción a la que se viera abocada se catalogue como cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador a efectos de acceder a la jubilación anticipada del art. 161.bis. 2 LGSS. La incorporación del supuesto resulta, en el texto vigente, enormemente confusa. Así pues, resulta claro que no se le aplica la necesidad de que el cese se haya producido por causa de crisis, puesto que se refiere a un supuesto particular, pero no resulta claro si se exigen o no los otros requisitos para este tipo de jubilación anticipada establecidos en los apartados a), b) y c) del art. 161.bis. 2. A LGSS: tener cumplidos los 61 años de edad, encontrarse inscrita en la oficina de empleo durante un plazo mínimo de seis meses y acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 33 años. Y ello porque la formulación en el PLP es tan rotunda con relación a la jubilación anticipada de las víctimas de violencia de género⁴¹ y tan desconectada de los apartados correlativos del art. 161 bis para las situaciones de crisis que parece escapar de los requisitos generales, aunque esta conclusión parezca un tanto excesiva. De otro lado, la consideración de que esta previsión constituya verdaderamente un beneficio resulta bastante cuestionable, puesto que como se sabe, cada trimestre de adelanto va acompañado de una importante penalización en la cuantía final de la pensión.

La cuestión del impacto de género en relación con la jubilación anticipada reconduce a otra temática que no ha sido objeto de tratamiento esta vez en la Ley 27/2011 pero que sin duda debiera tener la importancia que merece. Se refiere a la anticipación de la edad de jubilación por causa de la penosidad de la actividad. A ello se refiere la Recomendación 12^a del Informe parlamentario sobre evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2011, así como el art. 161. bis LGSS (que menciona la posibilidad de que por RD se establezcan edades mínimas de jubilación inferiores a la ordinaria por la *naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre* de la actividad) y la DA 45 LGSS (que deriva a texto reglamentario el establecimiento del procedimiento para dicha anticipación, en atención a *la siniestralidad en el sector, penosidad, peligrosidad y toxicidad de las condiciones de trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral que genera en los trabajadores y los requerimientos físicos exigidos para el desarrollo de la actividad*). En este aspecto la Recomendación 12^a del Informe parlamentario sobre evaluación y reforma del Pacto de Toledo reproduce los criterios y procedimientos para el establecimiento de edades anticipadas de jubilación en atención a la penosidad de las

⁴¹ Establece el PLP lo siguiente: *La extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género dará acceso a esta modalidad de jubilación anticipada.*

ocupaciones establecidas en el art. 161 bis y en la DA 45 LGSS. Finalmente, la DA 23 de la ley 27/2011 establece la aprobación por parte del Gobierno en el plazo de un año del procedimiento general de aprobación de coeficientes reductores de la edad de jubilación a cuyo fin se deben realizar los estudios necesarios sobre *siniestralidad en el sector, penosidad, en la que se tendrá también a estos efectos la turnicidad, el trabajo nocturno y el sometimiento a rirmos de producción, la peligrosidad y toxicidad de las condiciones de trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral que genera en los trabajadores y los requerimientos físicos exigidos para el desarrollo de la actividad*. Resulta, sin embargo, que el establecimiento de este tipo de jubilaciones anticipadas por penosidad ha sufrido una distorsión, que a su vez tiene un impacto de género negativo evidente. Efectivamente, aunque tanto en la DA 45 LGSS como en la Recomendación 12 del Informe parlamentario sobre evaluación y reforma del Pacto de Toledo se hace referencia a un procedimiento técnico (mediante estudios de siniestralidad) que permita la identificación de las actividades que, por sus particulares condiciones, requieren de un tratamiento de la edad de jubilación más beneficioso, lo cierto es que el establecimiento de algunas de estas anticipaciones se está produciendo por medio de procedimientos diferentes. Así, por ejemplo, el adelantamiento de la edad ordinaria de jubilación de los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza se estableció por medio de la ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010 (ley 26/2009, de 23 de Diciembre), que a su vez lo introdujo en la DA 47 LGSS. Sin duda esta forma de regulación, dejando caer⁴², unos cuantos apartados en el texto de la LGSS resulta mucho más superficial que la que hubiera resultado de haberse puesto en marcha el proceso reglamentario, previos los estudios oportunos, al que se refiere la DA 45 LGSS para la jubilación anticipada por penosidad⁴³. Queda por ver si la llamada a un nuevo estudio técnico que lleva a cabo la DA 23 de la ley 27/2011 llegará efectivamente a realizarse y a establecer criterios objetivos, claros y, sobre todo, no discriminatorios de jubilación anticipada por razón de penosidad. Efectivamente, si no se utilizan mecanismos técnicos de identificación de esta condición es previsible que sigan manteniéndose estereotipos clásicos, que no suelen tener en cuenta la dureza de algunas profesiones típicamente femeninas. Adviértase que las ocupaciones que hasta la fecha han establecido esta modalidad de jubilación anticipada son las correspondientes a los trabajadores incluidos en el Estatuto minero, el personal de vuelo de

⁴² Es la expresión que utiliza Aradilla Marqués refiriéndose a este supuesto en “Alcance de las últimas reformas en materia de prestaciones de la seguridad Social (al hilo de la ley 26/2009, de 23 de Diciembre)”, *AL*, 10, 2010, pág. 4.

⁴³ Que sí se ha utilizado para el establecimiento de la edad anticipada de jubilación para el colectivo de bomberos al servicio de Administraciones y organismos públicos (RD 383/2008, de 14 de Marzo).

trabajos aéreos, los trabajadores ferroviarios, artistas, profesionales taurinos, bomberos y miembros del Cuerpo de la Ertzaintza. Se advierte inmediatamente que son colectivos de amplia composición masculina. Llama la atención que una actividad altamente feminizada y particularmente rigurosa respecto a las habilidades físicas que requiere, como es la del personal de limpieza o la del personal especializado en cuidados a la dependencia, no tenga establecida la jubilación anticipada por penosidad. En aspectos como éste se advierte la clara degradación en la que se encuentran las actividades de atención doméstica y familiar que llevan a cabo fundamentalmente las mujeres, lo que tiene un efecto perpetuador de desigualdades por género particularmente peligroso en el ámbito de la protección social.

(iv) La inclusión de los trabajadores/as al servicio del hogar familiar en el régimen general de la Seguridad Social operada por medio de la DA 39 de la ley 27/2011 constituye una de las innovaciones introducidas por la reforma con más claras repercusiones de género. Es una alteración en el sistema de seguridad social largamente reivindicada, no solo a efectos de avanzar en la progresiva eliminación de los regímenes especiales y por ende, en la unificación del sistema de Seguridad Social, sino también a efectos de hacer desaparecer una de las discriminaciones indirectas por razón de género más evidentes. En efecto, es sabido que el ámbito subjetivo de este régimen especial está compuesto fundamentalmente por mujeres y también lo es que sus características resultan claramente peyorativas no solo respecto al régimen general, sino también respecto al resto de regímenes especiales. La incorporación en el régimen general de este régimen especial implica, al respecto, una nueva etapa particularmente relevante. Y ello a pesar de todas las interrogantes que suscita una regulación condicionada en sus aspectos más relevantes a un desarrollo reglamentario que coincidirá con el relevo de gobierno.

Los intentos de elevación en la protección dispensada al colectivo de trabajadores/as domésticos han sido muy tardíos. De hecho, la cobertura por contingencias profesionales que por la vía fáctica se estaba reconociendo para este colectivo se incorporó expresamente al régimen especial tan solo a partir del 1 de Enero de 2011, por la acción de la ley de presupuestos para 2011 (ley 39/2010, de 22 de Diciembre). Resultaba, por ello, ciertamente paradójico que nuestro país se permitiera proponer mejoras para el colectivo de trabajadores/as al servicio del hogar familiar en la 101 Conferencia de la OIT (2011)⁴⁴, que pretendía aprobar una resolución sobre trabajo doméstico. Esta desidia en hacer efectiva una reforma que se consideraba generalmente imprescindible encuentra su justificación en la alta tasa de trabajo no declarado que aglutina este sector y que podría agravarse en el caso de que el coste en la elevación

⁴⁴ Fuente: Europa Press, recogido en publicación Internet La Ley 7940/2011.

del nivel de protección fuera inmediata e incondicionadamente transferida al empleador. Ello explica que la inclusión en el régimen general anunciada por la ley 27/2011 se haya producido con notables cautelas, acompañadas a su vez de numerosas incertidumbres. Efectivamente, de un lado, la equiparación no se producirá directamente en el régimen general, sino mediante la creación de un sistema especial, lo que evidencia que el interés del legislador es establecer notables excepciones. De otro lado, algunas referencias resultan imprecisas acerca de la anunciada desaparición del régimen especial: de hecho, aunque con carácter general parece que la integración significa la desaparición del mismo⁴⁵, estableciéndose al respecto concretas instrucciones acompañadas de un detallado régimen transitorio aplicado a las bases de cotización y a los tipos, hay momentos en que la propia ley 27/2011 parece atribuir cierta permanencia en el tiempo al régimen especial, siquiera por alguna referencia que aparece a cierta “modificación” en el régimen especial⁴⁶, que tan solo el desarrollo reglamentario podrá aclarar.

La efectividad de la integración requiere una profunda sensibilidad y generosidad susceptibles de eliminar la tendencia a que el trabajo termine desarrollándose, como es lo habitual, en el marco de la economía sumergida. E inevitablemente este efecto terminará produciéndose si todos los esfuerzos por provocar la integración del régimen especial de trabajadores/as al servicio del hogar familiar en el régimen general consisten fundamentalmente en la convergencia de tipos de cotización⁴⁷, como ha sucedido por medio de la ley 27/2011. La actual regulación de la integración del colectivo de trabajadores/as domésticos constituye, en realidad, una huida hacia delante. La progresiva elevación de la carga en la cotización se produce por medio de un régimen transitorio que concluirá en la plena equiparación en el año 2019, teniendo apenas como compensación una bonificación, aplicable durante 2012, 2013 y 2014, del 20% en la cotización empresarial (DT única de la ley 27/2011). El carácter transitorio de la bonificación y su escasa entidad hacen anticipar que tendrá escasa repercusión para evitar el tránsito a la no declaración, sobre todo porque la ley 27/2011 parece establecer (con crítica formulación) su absorción en el caso de confluencia con la bonificación ya existente aplicable

⁴⁵ En el apartado 1 de la DA 39 de la ley 27/2011 puede leerse lo siguiente: *Con efectos de 1 de Enero de 2012, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar quedará integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de un sistema especial para dichos trabajadores en los términos y con el alcance indicados en esta disposición y con las demás peculiaridades que se determinen reglamentariamente.*

⁴⁶ Por ejemplo, en el apartado 5 de la DA 39 de la ley 27/2011 se establece literalmente lo siguiente: *El Gobierno procederá a modificar la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, con efectos de 1 de enero de 2012.*

⁴⁷ Describiendo esta característica del proceso de integración Panizo Robles, “Dos décadas de reformas de la seguridad social...”, op. cit. pág. 41.

a las familias numerosas y que puede llegar hasta el 45%⁴⁸. Al mismo tiempo, la DA 39 de ley 27/2011 establece expresamente un incremento de la carga del empleador en lo referente a la prestación de Incapacidad Temporal, cuyo abono será responsabilidad suya desde el día cuarto al día octavo (DA 39.3.b de la ley 27/2011). A menos que el desarrollo reglamentario sea capaz de aportar compensaciones más comprometidas que inevitablemente deben conllevar una mayor implicación social, no es arriesgado anticipar que la integración provocará la huida del sistema. Resulta evidente que el legislador debía haber invertido en este ámbito lo desperdiciado en otros, sin pretender que una alteración de tamaña envergadura pudiera prosperar a coste 0.

Definitivamente, pues, en la mezquina configuración de los mecanismos compensatorios frente al impacto de género motivados por el alargamiento de las carreras de cotización exigido por la ley 27/2011 se refleja el reforzamiento del carácter contributivo del sistema a costa del sacrificio de buena parte de sus rasgos solidarios⁴⁹. Probablemente este sobredimensionamiento del carácter contributivo del sistema que persigue la nueva Ley no es tan inevitable como se nos ha hecho creer desde posicionamientos claramente ideologizados⁵⁰, sobre todo porque resulta indudable el efecto perverso que provoca en los grupos más vulnerables. Pero aun asumiendo que esta haya sido la opción del legislador resulta inasumible que no se hayan aplicado correcciones efectivas para

⁴⁸ En la DT única *in fine* de la ley 27/2011 se establece, tras la configuración de la reducción de cuotas del 20%, lo siguiente: *Esta reducción de cuotas se ampliará con una bonificación hasta llegar al 45% para familias numerosas, en los términos de las reducciones y bonificaciones que ya se viene aplicando en este Régimen especial*. Adviértase que se establece una “ampliación” de la reducción hasta el 45%, lo que evidencia que la voluntad del legislador es evitar la acumulación de ambas bonificaciones.

⁴⁹ Una lúcida reflexión sobre el tema por Rodríguez -Piñero, “Pensiones adecuadas, sostenibles y seguras”, *RL*, 18, 2010, pág. 9: *Una cosa es que la solidaridad intergeneracional, en la que se habían basado buena parte de los sistemas públicos de pensiones, no permita garantizar en el futuro pensiones adecuadas y sostenibles y otra cosa es que se abandone del todo esa idea y que se considere el derecho a la pensión desde la perspectiva individualista del ahorro del interesado a lo largo de su carrera productiva. La estabilidad macroeconómica, la consolidación de las finanzas públicas y la consecución del equilibrio presupuestario, con reducción de la deuda pública, resultan esenciales para asegurar el presente y el futuro de las pensiones, pero no cabe confundir el objetivo de la buena regulación de los mercados financieros con el de la mejora del sistema de pensiones*. Asimismo, Monereo Pérez y Fernández Avilés, “La conformación de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social”, *RL*, 2, 2010, pág. 6: *La obligación de mantener el sistema no puede ser contraria al necesario carácter dinámico y perfectible de la seguridad Social para lograr sus objetivos fundamentales de liberación del individuo ante situaciones de necesidad, que también son variables en el devenir histórico*.

⁵⁰ Particularmente interesante resulta la argumentación crítica de algunos economistas frente a las reclamaciones de endurecimiento contributivo del Sistema que ha encabezado otro grupo de economistas. Al respecto, Torres López y Navarro, “La propuesta de los 100 economistas sobre las pensiones. Errores, medias verdades y silencios al servicio de la banca”, *Documentos para el debate ATTAC*, 1, 2011.

aminorar los efectos perversos de género que indudablemente tiene la reforma proyectada, no solo porque así lo exige el concepto de transversalidad, sino también porque el marco actual de relaciones laborales y de Seguridad Social obliga a tener en cuenta peculiaridades de grupo⁵¹. Late, además, en toda la regulación supuestamente compensatoria del impacto de género motivado por la reformas proyectadas un importante desconocimiento de las condiciones efectivas en que se desarrolla el trabajo de las mujeres y cierta desidia a llevar a cabo los estudios oportunos para identificar y corregir los orígenes de la desprotección social a la que acaba abocada una población mayoritariamente femenina cuya situación, en términos de grupo, sin duda se agravará como consecuencia de las reformas proyectadas de Seguridad Social.

3. EL RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO FEMENINO NO DECLARADO COMO MECANISMO PARA LA DISMINUCIÓN DEL IMPACTO DE GÉNERO

3.1. Consideración del trabajo femenino en los negocios familiares

Pese a lo evidente que resulta, no existe un pronunciamiento rotundo en España, ni normativo ni meramente documental, acerca de la conexión entre el reflotamiento del trabajo sumergido en general y las implicaciones que ello puede tener en que el colectivo femenino se sitúe, en términos de protección social, en el lugar que le corresponde. En lugar de eso, con carácter mucho más puntual y esporádico, se refiere en el ASE y en el Pacto de Toledo una sola y concreta medida de afloramiento referida a una concreta situación que, efectivamente, tiene un impacto mayoritario en el colectivo femenino, pero que no deja de ser una referencia excesivamente puntual, como si ésta fuera la única situación en que se produce una ocultación del trabajo femenino que merezca ser tenida en cuenta. Al respecto, en la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo se refiere la necesidad de reconocer, a efectos de protección social, el trabajo no declarado desempeñado por las mujeres para el mantenimiento de los negocios familiares. Se proponen, al respecto, dos tipos de medidas, tanto en el texto de la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo como en el ASE: (i) fomento del reconocimiento de los periodos de cotización por trabajo efectivo desempeñado para el negocio familiar que permita acceder a derechos propios;

⁵¹ En el actual marco de relaciones laborales y de Seguridad Social se exige del legislador *un acentuado activismo normativo, destinado, en lo esencial, a regular nuevos supuestos de hecho nacidos al compás de esa quiebra*. Valdés Dal-Re, "Derecho del Trabajo y Derecho de Seguridad Social: ¿hacia unas nuevas relaciones?", *RL*, 17, 2010, pág. 5.

(ii) y posible implantación de modalidades específicas de cotización para favorecer la cotización de ambos cónyuges⁵².

La ley 27/2011 lleva a cabo una regulación muy peculiar⁵³ porque se limita a establecer que, en caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio si el juez advirtiera que se ha producido una prestación de servicios no declarada de un cónyuge para el negocio familiar, comunicará tales hechos a la Inspección de Trabajo a efectos de que se realicen las acciones correspondientes. Esta referencia no deja de ser sorprendente: al limitar la iniciativa judicial para comunicar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el trabajo sumergido de un cónyuge para la unidad familiar en caso de disolución del vínculo parece estar legitimando el trabajo sumergido en tanto en cuanto el matrimonio perviva. Por lo demás, la averiguación acerca de la efectiva prestación de servicios para el negocio familiar realizada en el momento de la separación divorcio o nulidad puede ser verdaderamente difícil cuando se refiere a momentos pasados en el tiempo. Definitivamente, pues, se trata de una regulación que no parece susceptible de generar por sí misma el afloramiento del trabajo pretendido por el Pacto de Toledo y el ASE.

Hasta ahora las acciones más relevantes para la consideración efectiva del trabajo femenino en los negocios familiares se han producido en el ámbito rural. Al respecto, la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo soste-

⁵² El texto de la Recomendación 17ª del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2011) establece literalmente en sus párrafos 10 y 11 lo siguiente: *La Comisión apoya la posibilidad - en casos de ruptura familiar- cuando concurriera la aportación de la mujer al mantenimiento de los negocios familiares, y previa resolución judicial, del reconocimiento en la carrera de cotización de la mujer, de periodos de tiempo que permitan generar derechos propios y no únicamente derivados. Ello tendría una clara incidencia en el ámbito del trabajo autónomo, en el medio rural y en los sectores del comercio y de la hostelería; además, evitaría la desprotección sobrevenida que afecta a las mujeres en esas áreas cuando se produce una separación o divorcio a edades tardías.* La Comisión considera que ha de estudiarse la implantación de modalidades específicas de contratación para aquellas personas que, colaborando en negocios familiares, no generen derechos de pensión adecuados. A tal efecto, una de las posibilidades consistiría en la utilización de cotizaciones sobre jornadas parciales que permitan la cotización de ambos cónyuges, cuando ambos realicen actividades para el mantenimiento del negocio. Igualmente cabría la posibilidad de instrumentar mecanismos de previsión complementaria para dar cobertura a estas situaciones.

⁵³ DA 52 Ley 27/2011: *Cónyuges de titulares de negocios familiares. En aquellos supuestos en que quede acreditado que uno de los cónyuges ha desempeñado, durante el tiempo de duración del matrimonio, trabajos a favor del negocio familiar sin que se hubiese cursado la correspondiente alta en la Seguridad Social, en el régimen que correspondiese, el juez que conozca del proceso de separación, divorcio o nulidad comunicará tal hecho a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al objeto de que por ésta se lleven a cabo las actuaciones que correspondan. Las cotizaciones no prescritas que, en su caso, se realicen por los periodos de alta que se reconozcan surtirán todos los efectos previstos en el ordenamiento, a efectos de causar las prestaciones de Seguridad Social. El importe de tales cotizaciones será imputado al negocio familiar y, en consecuencia, su abono correrá por cuenta del titular del mismo.*

nible del medio rural, en su DF cuarta establecía que para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Gobierno promoverá y desarrollará el régimen de cotitularidad de bienes, derechos y obligaciones en el sector agrario y la correspondiente protección de la Seguridad Social. Posteriormente el RD 297/2009, de 6 de Marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias dio forma jurídica a la cotitularidad y, entre otras cosas, consolidó los beneficios en las reducciones de cuotas del cónyuge en las explotaciones agrarias que ya había establecido previamente la Ley 18/2007, de 4 de Julio (reducción al cónyuge cotitular del 30% de la cuota que resulte de aplicar un tipo del 18,75% a la base mínima de cotización por contingencias comunes durante cinco años a los/las cotitulares menores de 40 años) refiriéndolas también a las uniones de hecho. La reducción de cuota establecida para la cotitularidad agraria tiene un carácter insuficiente, en parte por su carácter temporal, en parte porque se aplica solo a menores de 40 años, en parte porque no se ha configurado con la entidad suficiente, pero en todo caso evidencia cierta sensibilidad frente al trabajo no declarado de las mujeres en los negocios familiares en el ámbito rural que no se advierte en el resto de sectores de actividad. Además la tendencia es a ampliar el marco de garantías económicas para las mujeres que desempeñan actividades agrarias familiares aunque no sea en régimen de cotitularidad: así, en el art. 13 del Anteproyecto de Ley sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias elaborado con fecha 2 de Marzo de 2011 se establece el derecho de estas mujeres, en los casos de transmisión de la explotación agraria, de nulidad o disolución del matrimonio o de la unión de hecho o de liquidación del régimen económico a exigir una compensación económica al otro titular de la explotación agraria o a sus herederos. Así las cosas, aunque el régimen de la cotitularidad agraria sea ciertamente mejorable, supone un punto de partida que debiera ampliarse también a todo tipo de empresas de carácter familiar.

En todo caso, resulta necesario en un contexto de consolidación normativa identificar el mejor modo de afrontar estas situaciones. Ello obliga a tener en cuenta los efectos perversos que pueden tener reformas aparentemente inofensivas. Así, por ejemplo, la propuesta que aparece en la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo de ofrecer la posibilidad de cotización por jornadas parciales, lo que hasta ahora resulta imposible en el régimen especial de trabajadores autónomos, puede facilitar el reparto de la cotización entre los integrantes de la unidad familiar pero si no se establecen las garantías oportunas puede terminar favoreciendo la falta de declaración de trabajo efectivo y, por ende, puede ampliar el espacio de la economía sumergida parcial. Esta ha sido, sin embargo, la postura adoptada por la ley 27/2011 que ha establecido la posibilidad de que se pueda cotizar a tiempo parcial en el régimen especial de

trabajadores autónomos⁵⁴. Por ello resultaría necesario explorar mecanismos nuevos que favorezcan realmente que aflore este tipo de trabajo sin provocar efectos colaterales. Una posibilidad podría ser la de posibilitar cotizaciones por unidades familiares, asegurando una única pensión de jubilación que se mantendría siempre que existiera un cónyuge superviviente, evitando así que el fallecimiento del único cónyuge cotizante (que suele ser el hombre, y que suele fallecer antes que la mujer) sitúe al superviviente en una situación de deficiente protección. Ello obligaría al establecimiento de las garantías oportunas, asegurando el desarrollo efectivo de actividades por ambos miembros de la unidad familiar y estableciendo una cotización específica para las unidades familiares que debe ser superior a la que resultara aplicable en cotizaciones individuales, pero supone una alternativa de reparto de cotizaciones que puede resultar interesante⁵⁵.

3.2. La falta de consideración del trabajo doméstico

Por lo demás, el ámbito del trabajo femenino que merece ser hecho visible en los documentos de reforma no abarca el trabajo doméstico. En este sentido el objetivo del legislador se limita a intentar sacar a la superficie unas actividades concretas que son laborales conforme a los criterios legales aplicables pero no está interesado en otorgar relevancia alguna al trabajo efectivamente prestado en el ámbito estrictamente doméstico. Respecto a la situación de eventual desprotección social en la que quedan los sujetos, mayoritariamente mujeres, que limitan su actividad al ámbito doméstico y familiar las reformas efectivas o sugeridas apuntan en una doble dirección:

De un lado, la Recomendación 17 del Pacto de Toledo (igual que en el Informe Parlamentario de Evaluación y reforma de 2011) titulado *Mujer y protección social* refiere que *debe estudiarse la posibilidad de un incentivo fiscal para generar pensiones a favor de los cónyuges no incorporados al mercado de trabajo, cuando el matrimonio tenga régimen de bienes gananciales*. El mismo objetivo aparece en el ASE, aunque nada al respecto se ha enunciado en el texto del PLP. Se abandona, en todo caso, en nuestro país la posibilidad de incorporar a la Seguridad Social a las mujeres dedicadas al hogar familiar

⁵⁴ El art. 25.4 del Estatuto del Trabajador Autónomo, conforme a la reforma operada por la ley 27/2011 en su DF décima, establece lo siguiente: *Considerando los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera, la ley podrá establecer un sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomos, para determinadas actividades o colectivos y durante determinados periodos de su vida laboral. En su defecto, se aplicarán la disposición adicional séptima del texto refundido de la ley general de Seguridad Social sobre normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial*

⁵⁵ Esta idea la sugiere, para las unidades familiares en actividades agrícolas, Blazquez Agudo, *Ibidem*, pág. 44 y 45.

propio que previó la ley 24/1997, de 15 de Julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social⁵⁶. A cambio, tanto el Pacto de Toledo como el ASE proponen facilitar que sea la propia unidad familiar la que sufrague el coste de la protección social por medio de la suscripción de planes de pensiones parcialmente subvencionados por medio de incentivos fiscales. Esta configuración implica que tan solo las rentas familiares medias y altas, que son las que menos necesitan la inversión social y en las que la opción por el cuidado familiar en exclusiva es relativamente libre, serán las beneficiarias de eventuales planes de pensiones y de los incentivos fiscales que las acompañen. En cambio difícilmente las rentas más bajas que deban renunciar a los ingresos procedentes de uno de sus miembros como consecuencia forzada de una situación familiar a la que no dan cobertura ni la sociedad ni una adecuada implicación empresarial en la configuración y distribución del tiempo de trabajo, podrán asumir el coste adicional que supone la inversión en un plan de pensiones, aunque esté parcialmente subvencionado. La cuestión de la cobertura social de los sujetos dedicados exclusivamente a las tareas domésticas y familiares debiera haberse abordado desde una perspectiva consecuente con la libertad de opción personal y familiar. Por ello el primer objetivo debiera haber sido asegurar que el trabajo doméstico es efectivamente una opción personal, para lo cual resulta fundamental una política de conciliación y corresponsabilidad que implique no solo a la sociedad sino también a interlocutores sociales y empresarios para una adecuada configuración del tiempo de trabajo. A partir de este punto de partida podrían tener sentido tanto la aplicación de beneficios fiscales para la suscripción de planes de pensiones, tal y como sugieren la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo y el ASE, como incluso el eventual reparto de cotizaciones entre los miembros de la unidad familiar (desde el sujeto activo en el mercado laboral hasta el que desarrolla actividades en el marco del hogar familiar -modelo sueco-).

De otro lado, una respuesta normativa que en sus inicios se ligó a la protección de los cónyuges dependientes es, en España, la pensión de viudedad, que ha tenido un desarrollo normativo y jurisprudencial particularmente intenso⁵⁷ concluido actualmente con una configuración ampliada más allá de la situación de necesidad en la que queda el cónyuge superviviente, configurándose en cambio como una prestación extensiva aplicable en caso de fallecimiento de un sujeto incluido en el Sistema de Seguridad Social en beneficio de su cónyuge, con escasa repercusión de las circunstancias económicas concurrentes. La

⁵⁶ Refiere este aspecto Panizo Robles, "Dos décadas de reformas de la...", op. cit. pág. 93.

⁵⁷ Uno de los últimos estudios realizados acerca de esta evolución por Piñeyroa de la Fuente, "Doctrina constitucional y evolución de la cobertura de la pensión de viudedad en España", *RL*, 6, 2010.

reforma operada por medio de la ley 40/2007, de 4 de Diciembre⁵⁸, sirvió para endurecer el acceso a la pensión de viudedad estableciendo requisitos adicionales aplicables a ciertas situaciones concretas (contingencia común previa al matrimonio, unión de hecho, condición de acreedor de pensión compensatoria, etc), con lo cual rebajó el coste que suponía la prestación para la Seguridad Social. Dicha reducción, sin embargo, no tenía como parámetro de referencia en todo caso la situación de necesidad del cónyuge superviviente. Con relación a la pensión de viudedad la Recomendación 13ª del Pacto de Toledo propuso el establecimiento de una graduación en el nivel de cobertura de esta prestación a efectos de intensificar la protección dispensada a aquellos sujetos en los que fuera previsible que concurriera una situación de mayor necesidad. El Pacto de Toledo en la Recomendación 13ª proponía, al efecto, una mayor intensidad protectora en las personas beneficiarias con 65 o más años para las que la pensión constituyera su principal fuente de ingresos, mediante la elevación del porcentaje de la base reguladora utilizado. Sugería asimismo que se llevaran a cabo los estudios pertinentes a efectos de determinar los efectos que tendría que la pensión de viudedad se calculara conforme a los periodos de cotización acreditados por el causante. Pero estas situaciones constituyen una mera presunción sin llegar a configurar por tanto una graduación conforme a la situación económica real del superviviente. Parece propiciarse en el Pacto de Toledo, por esta vía de las presunciones, un mecanismo de cobertura más intensa para aquel sujeto que en la unidad familiar muestra algún grado de dependencia económica respecto del otro sujeto. Al texto final de la ley de reforma, sin embargo, ha terminado por incorporarse una corrección de la prestación de viudedad que no pretende incrementar la protección dispensada al sujeto con mayor grado de dependencia sino, supuestamente, no incentivar la falta de interés en desarrollar una actividad retribuida a quienes percibirían una prestación de viudedad. El legislador de este modo evita abordar las correcciones que requiere una prestación tan compleja como la viudedad actuando frente a un problema de existencia dudosa. La innovación en cuestión consiste en la posibilidad de que, a efectos de IRPF no se declaren, o tributen en menor cuantía, los ingresos hasta cierto nivel percibidos por las personas

⁵⁸ Esta reforma normativa ha sido objeto de numerosos comentarios. Entre otros, Díaz Aznarte, “Las prestaciones por muerte y supervivencia en el ordenamiento español tras la ley 40/2007, de 4 de Diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, en Monereo Pérez (Dir) *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la ley 4/2007, de 4 de Diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.*, Madrid, 2008; y Pérez Alonso, “Nueva pensión de viudedad y orfandad en el Régimen General de la Seguridad Social, Valencia, 2008.

perceptoras de pensión de viudedad⁵⁹. La corrección implica un beneficio cuestionable, siquiera porque el problema que pretende resolver no es tal. La viudedad en España, sin embargo, sigue constituyendo un engendro extraño, que otorga automáticamente rentas a sujetos que no deberían ser protegidos por el Sistema de Seguridad Social y que, sin embargo, no llega a otorgar una adecuada protección a sujetos económicamente dependientes del causante y que han quedado desamparados a causa de su fallecimiento. De fondo late la idea, que ha empezado a hacerse efectiva en numerosos ordenamientos de nuestro entorno, de que la pensión de viudedad debe desaparecer progresivamente por partir de una situación de dependencia económica de uno de los miembros de la unidad familiar respecto del otro que no debería perpetuarse. Sucede, sin embargo, que en un contexto de discriminación laboral por razón de género, de escasa sensibilidad ante la conciliación social y empresaria, de escasa promoción efectiva de la corresponsabilidad y, para colmo, de endurecimiento de los requisitos de cotización que permitan el acceso contributivo a las pensiones laborales ordinarias, la pensión de viudedad podría terminar siendo el único mecanismo compensatorio efectivo del impacto de género provocado por las reformas. Cualquier reforma que anticipe su regresión protectora cuando las circunstancias de base no se alteren puede causar impacto de género negativo. Y sin duda, cualquier reforma que evita abordar el problema irreal inventando y actuando frente a otros problemas inexistentes tiene el mismo efecto regresivo desde una perspectiva de género.

3.3. La alternativa de una correcta regulación del trabajo a tiempo parcial como mecanismo para que aflore el trabajo sumergido

La cuestión de la infrautilización en España del trabajo a tiempo parcial parte, a mi juicio, de una premisa falsa. No es cierto que el trabajo a tiempo parcial no exista en nuestro país. En realidad lo que debiera ser trabajo a tiempo parcial está copado por los trabajos no declarados o sumergidos, cuya titularidad es fundamentalmente femenina. De ahí que un adecuado tratamiento del trabajo a tiempo parcial podría servir para que el trabajo efectivamente

⁵⁹ DA 30.3 de la ley 27/2011: *Con efectos para las declaraciones del IRPF, a presentar a partir del ejercicio 2013, se regulará en la ley 3572006, de 28 de Noviembre, del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre Sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio, un mecanismo corrector de la progresividad en el caso de pensiones de viudedad que se acumulen exclusivamente con rentas procedentes del trabajo u otras pensiones, tomando como referencia el importe de la pensión mínima de viudedad. Para ello, las personas que compatibilizan estos ingresos estarán exentas de la obligación de declarar si no sobrepasan el límite legal establecido y, en el caso de que exista la obligación de declarar, se aplicará a las personas que perciban rendimientos del trabajo y pensiones de viudedad la separación de la escala de tributación en el IRPF por ambas fuentes.*

desempeñado por un colectivo compuesto fundamentalmente por mujeres tuviera repercusión en el ámbito de su protección social. En efecto, el tipo de trabajador adscrito a este tipo de trabajos es el que generalmente es declarado como trabajador a tiempo parcial en la mayoría de países de nuestro entorno, y que fundamentalmente se refiere a estudiantes, personas con responsabilidades de cuidado familiar o personas que no tienen otras perspectivas laborales, cuya gran mayoría son mujeres. Es lógico pensar que este tipo de trabajo existe pero que se encuentra ocupado por un colectivo que se mantiene en el ámbito del trabajo no declarado y que probablemente no desea salir de él por la mayor flexibilidad horaria que les permite. Si a ello sumamos que la declaración de un trabajo marginal durante la percepción de una prestación por desempleo dispone en nuestro país de una regulación altamente deficiente, se explican los problemas para que aflore la economía sumergida por medio de contratos a tiempo parcial. Por ello los trabajos a tiempo parcial sumergidos solo pueden emerger por medio de la flexibilidad horaria en beneficio del trabajador, y no del empresario. Sería por ello el momento de plantearse la escasa eficacia que hasta ahora han tenido las medidas promotoras del trabajo a tiempo parcial que configuran beneficios temporales exclusivamente para el empresario, y no para el trabajador.

La reforma operada por medio de la ley 27/2011 incide, sin embargo, en los mismos tópicos de antaño. Anuncia un nuevo proyecto de ley sobre trabajo a tiempo parcial que debe incluir las siguientes reformas (DA 29 de la ley 27/2011): *a) Medidas que modifiquen la regulación laboral del contrato de trabajo a tiempo parcial, en unos términos que promuevan el necesario equilibrio entre las necesidades de flexibilidad y adaptabilidad, requeridas por las empresas, y las demandas de estabilidad y seguridad en el empleo, demandadas por las personas trabajadoras; b) Revisión de los incentivos a las empresas para la utilización de la contratación indefinida mediante esta modalidad de contratos; c) Mejora de la protección social de trabajo a tiempo parcial, en particular mediante el incremento de coeficiente multiplicador establecido actualmente para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente.* Dejando de lado que el precepto no establece ninguna innovación relevante para el trabajo a tiempo parcial, debe resaltarse la notable confusión que genera en su primer apartado al establecer que la regulación correspondiente debe tender a conseguir el necesario equilibrio entre las necesidades de flexibilidad y adaptabilidad requeridas por las empresas y “las demandas de estabilidad y seguridad en el empleo demandadas por las personas trabajadoras”. Es una referencia al concepto de flexiguridad que se ha reproducido tal cual, sin tener en cuenta que, en el trabajo a tiempo parcial son otros los términos entre los que debe buscarse el equilibrio. A saber: la flexibilidad organizativa empresarial y la flexibilidad horaria o temporal del trabajador.

Debe tenerse en cuenta que puede resultar particularmente perversa una promoción de la contratación a tiempo parcial indiscriminada que no tenga en cuenta sus efectos colaterales. Y es que uno de los principales problemas que plantea la promoción de la contratación a tiempo parcial es el del riesgo que puede generar de sustitución fraudulenta de la contratación a tiempo completo. Si ya resulta suficientemente grave que en España el contrato a tiempo parcial que debiera declararse engrose el volumen del trabajo sumergido, resultaría aun más grave que la promoción económica del trabajo a tiempo parcial fuera utilizada para sumergir parcialmente parte del trabajo efectivamente realizado. De ahí que resulte particularmente problemática la promoción por medio de bonificaciones a la Seguridad Social del trabajo a tiempo parcial que se ha operado por medio del RDL 1/2011, de 11 de Febrero incluso cuando se refiere a contratos temporales. El carácter provisional de la medida no exime de crítica al sistema configurado, dada la tendencia de nuestro sistema a enquistar costumbres empresariales defectuosas a partir de cuestionables políticas promocionales.

4. LA NORMA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO DE LA NATALIDAD

Existe una referencia expresa a las graves consecuencias del descenso de la natalidad en el ámbito de la protección social en el primero de los apartados de la Exposición de Motivos del PLP⁶⁰. También aparece en la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo, directamente relacionada con las políticas de género⁶¹. De hecho pocos factores hay tan indiscutidos desde el punto de vista de la evolución del Sistema de Seguridad Social como la repercusión que tiene al respecto la tasa de natalidad. Sin embargo, como se ha expuesto más arriba, la postura adoptada por el PLP, el Pacto de Toledo y el ASE no ha superado el espacio delimitado por correcciones muy elementales. Como se advertía entonces, la cuestión del impacto de género en relación con la protección social

⁶⁰ En el que expresamente se refiere lo siguiente: *La disminución prolongada de las tasas de natalidad y el simultáneo incremento de la esperanza de vida de las personas mayores está provocando una inversión de la estructura de la pirámide de población, aumentando el número de pensionistas en relación con la población activa, esto es, variando la tasa de dependencia de los pensionistas. De no modificarse, aun parcialmente, esta tendencia mediante el incremento de las tasas de natalidad y de los flujos migratorios, la misma se acentuará en las próximas décadas, por la propia evolución demográfica.*

⁶¹ En el párrafo sexto de la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo, titulada *Mujer y protección social*, se establece que las medidas de género a abordar deben hacerse *como expresión de consideración social hacia la maternidad y, también, atendiendo a la importancia de la natalidad para el sostenimiento del sistema de pensiones en el futuro.*

tiene muchas más caras de las que se han tenido en cuenta hasta la fecha. Y una de esas facetas es la que guarda relación con las posibilidades que la propia normativa tiene para modificar al alza las tasas de natalidad. Difícilmente ello puede conseguirse si se asienta exclusivamente en cotizaciones ficticias y en correcciones esporádicas, puntuales e insuficientes. Es necesaria una perspectiva de la conciliación/corresponsabilidad susceptible de alterar roles y conciencias, lo que requiere una mayor amplitud de miras.

Sin duda el presupuesto fundamental para favorecer la corresponsabilidad es la eliminación de la discriminación por razón de sexo, en general. Y ello porque, independientemente de la existencia de unas determinadas concepciones históricas acerca del papel de la mujer, lo cierto es que un obstáculo para el reparto viene constituido por el hecho de los menores ingresos de las mujeres en la unidad familiar, y también por las mayores dificultades en su promoción profesional. Pero al mismo tiempo es necesaria una normativa específica efectiva de conciliación/corresponsabilidad que, como mínimo, no obstaculice el reparto de responsabilidades ni perpetúe determinados modelos familiares y determinados roles sociales. También sería necesaria una normativa amigable con las medidas dirigidas al cuidado familiar, que no sembrara desconfianza frente al hecho de la maternidad y el cuidado de los hijos. Lamentablemente, sin embargo, los muchos preceptos que a lo largo de la historia más reciente en España han tenido nominalmente como objetivo la conciliación de responsabilidad han tenido como presupuesto una estructura familiar tradicional, que la norma no ha querido cuestionar. La cuestión de la conciliación en la realidad normativa española sigue asentada en el derecho a la ausencia (los permisos), prácticamente igual que en la década de los 90, los 80 e incluso los 70, sin que se haya planteado de una manera seria el desmantelamiento de todo el sistema y la configuración de uno nuevo en el que la organización del tiempo sea lo primordial y el derecho a la ausencia lo secundario. Tampoco se ha planteado seriamente la urgencia de alterar los modelos familiares incrementando el papel del padre en las tareas de cuidado. De hecho la suspensión de la ampliación de la duración de la suspensión/prestación por paternidad inicialmente prevista para 2011 evidencia precisamente la escasa relevancia que se otorga a estas cuestiones.

De hecho los beneficios otorgados a la conciliación típicamente españoles (por carecer de equivalente en otros países) han tenido una efectividad dudosa: así podría decirse del desaparecido cheque bebé, de las bonificaciones por la contratación o readmisión de mujeres en maternidad reciente, de las medidas establecidas para la hospitalización del neonato e incluso de la reciente prestación establecida para el cuidado del hijo con enfermedad grave. En efecto, el *cheque bebé* ha tenido un efecto nulo en el incremento de la natalidad y sin embargo ha supuesto un coste muy considerable. También es cuestionable que las

bonificaciones a la admisión o readmisión de mujeres en maternidad reciente hayan servido para que los empresarios tuvieran una postura más favorable a la admisión o readmisión de mujeres. Asimismo, las previsiones establecidas para la hospitalización del neonato son tan excepcionales que resultan anecdóticas: de hecho, lo que evidencian es la inexistencia en España de mecanismos adecuados de actuación frente a la fuerza mayor familiar. Incluso la reciente configuración de la prestación para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 135 quater LGSS y RD 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) podría tener efectos perversos⁶² desde el punto de vista de la corresponsabilidad puesto que los permisos de larga duración retribuidos al 100% tienden a favorecer el alejamiento de las mujeres del mercado de trabajo. De hecho ni siquiera los países con tradición de corresponsabilidad más enérgica tienen configurados permisos de esta naturaleza. Ciertamente se trata de una situación lo suficientemente grave e intensa como para justificar cierta generosidad, pero ello no debiera impedir favorecer al mismo tiempo la corresponsabilidad, lo que podría haberse conseguido más fácilmente si se hubieran establecido derechos de mayor alcance cuando el permiso fuera disfrutado por ambos progenitores y no por uno solo. También hubiera resultado adecuado que el ámbito de los sujetos beneficiarios se hubiera extendido a miembros de la unidad familiar extensa, algo que resulta bastante consecuente con el tipo de vínculos familiares en nuestro país y que ayudaría a repartir entre más sujetos las actividades de cuidado. Incluso podría haberse establecido, con algunas excepciones, un límite de duración máxima para cada sujeto, lo que favorecería la alternancia.

Pero el principal problema es que el modelo normativo español es escasamente sensible frente a la maternidad y el cuidado de los hijos. En general es desconfiado y perpetúa modelos incompatibles con la corresponsabilidad. Algunos ejemplos de esta postura normativa escasamente sensible frente a la conciliación y la corresponsabilidad se presentan a continuación.

1) La participación social en el coste del cuidado de los hijos (vía Seguridad Social fundamentalmente) es muy reducida: se limita a la prestación de maternidad, la prestación de paternidad, la reciente prestación para el cuidado de hijo con enfermedad grave y a una serie de cotizaciones ficticias que han sido objeto de estudio en otra parte del presente trabajo (excedencia, reducción de jornada...). La prestación de maternidad está configurada de una manera totalmente hostil al reparto de responsabilidades, pensando en un modelo

⁶² Un interesante análisis crítico de esta prestación, en el que se destaca la cortedad de miras del legislador, por Lousada Arochena, "Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave", *AL*, 8, 2011, pág. 7.

familiar en que la mujer es la responsable exclusiva de las responsabilidades domésticas y familiares. Al respecto, no se entiende el mantenimiento del requisito de que ambos trabajen que se exige para que el padre pueda acceder a parte de la prestación de maternidad lo que hace que la prestación de maternidad disfrutada por el padre en estas condiciones sea la única prestación de seguridad social que requiere una doble cotización: la de la madre, primero, y la del padre después. Ciertamente el requisito de que ambos trabajen aplicado a la maternidad no es contrario ni a la Constitución española ni al derecho de la Unión europea, como se ha encargado de establecer recientemente el Tribunal Constitucional⁶³, pero sin duda el asunto *Roca Alvarez (supra)* introduce en su fundamentación una serie de interesantes reflexiones acerca del perjuicio que ocasionan las normas de atribución preferentemente femenina de los derechos vinculados al cuidado de los hijos. La regulación de la maternidad y paternidad en España está definitivamente atrofiada: regula situaciones que no merecen protección (hospitalización del neonato), inventa problemas donde no los hay (incompatibilidad entre la maternidad a tiempo parcial y la excedencia) y establece incomprensibles requisitos (el hecho de que la cotización sea fundamentalmente cualificada -tenga que producirse en un periodo de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante de 7 años-, penalizando con mayor cotización cuando la cotización sobrepasa este espacio temporal; o todos los requisitos para el acceso a la paternidad que se han comentado anteriormente). Todo ello, evidencia, al final, una gran reticencia social ante la maternidad, ante el cuidado, ante la paternidad y ante el reparto que inevitablemente repercute en la opción de las unidades familiares en cuanto al número de hijos.

2) El mecanismo de conciliación que fundamentalmente establece el ordenamiento español gira en torno al derecho a la ausencia (permisos). No están previstos seriamente derechos de ajuste de jornada más allá de la reducción de jornada del art. 37.5 ET, que solo es operativo en tanto en cuanto no implique alteración de horario. Asimismo, el art. 34.8 ET establece un derecho a la adaptación de la jornada cuyo alcance efectivo es, al menos, cuestionable. Por tanto su nivel de compromiso con un eventual derecho a la adaptación es bastante tibio. Esta inexistencia de reconocimiento del derecho al trabajo en los supuestos de conciliación se advierte también en otros aspectos: por ejemplo, la norma laboral española no se ha mostrado particularmente enérgica con las posibilidades de alternancia de la prestación de maternidad con el trabajo, puesto que, salvo convenio colectivo, el disfrute a tiempo parcial de la suspensión/prestación por maternidad y paternidad requiere acuerdo al respecto con el empresario. Lo mismo sucede con la posibilidad de acumular el tiempo de lactancia a la maternidad. La norma española debía haber establecido ambas posibilidades (de disfrute a tiempo parcial y de acumulación de maternidad y

⁶³ STCo 75/2011, de 19 de mayo

lactancia) como un derecho del trabajador/a, y no como una mera posibilidad condicionada al acuerdo, lo que a su vez hubiera actuado como un incentivo para que las empresas se avinieran a negociar medidas de ajuste temporal en convenios colectivos que permitieran acomodar las necesidades temporales del mayor número de trabajadores/as. Resulta de todo punto incomprensible que se mantengan derechos desfasados e inútiles en términos similares a como se hacía hace más de cien años (por ejemplo, con relación a la lactancia) y que no se plantee seriamente la necesidad de instaurar, en cambio, mecanismos efectivos de ajuste temporal para asegurar el derecho al trabajo de los sujetos con responsabilidades familiares. De hecho valdría la pena renunciar a figuras como el permiso de lactancia a cambio de una mayor implicación normativa en los derechos vinculados a los ajustes de jornada.

3) Existen en el ordenamiento jurídico laboral español serios defectos en relación con la fuerza mayor familiar. La cuestión es particularmente grave porque la obligación de permisos por fuerza mayor familiar en los casos en que resulta necesaria la presencia de padres/ madres está expresamente prevista en la Directiva 2010/18 (como lo estaba en su precedente la Directiva 96/34). Las posibilidades que establece al respecto la normativa española son claramente insuficientes. Por ejemplo, la posible excedencia fraccionada por cuidado de hijos resulta inoperante como instrumento para la fuerza mayor familiar porque puede venir condicionada a un preaviso que no siempre puede concederse. La fuerza mayor es uno de los principales retos para la conciliación efectiva en nuestro país.

4) No existe transversalidad en las normas laborales con relación a los derechos de cuidado porque la norma laboral se ha elaborado sin tener en cuenta las consecuencias que puede tener en las personas con responsabilidades de cuidado. En este contexto la existencia de responsabilidades familiares no genera realmente ninguna obligación para el empresario que le incentive para favorecer la adaptación del tiempo de trabajo: tan solo tiene que esperar a que los trabajadores/as que no pueden aguantar la situación abandonen. Se genera cierto darwinismo social en el que solo sobreviven los fuertes: los que no tienen responsabilidades familiares (generalmente hombres) o los que tienen suficientes ingresos para contratar a otros que se encarguen del cuidado. Probablemente la configuración de una obligación legal de conciliación, que recayera en el empresario, favorecería que voluntariamente adoptara mecanismos de ordenación del tiempo de trabajo favorables a los trabajadores con responsabilidades familiares. Pero, por contra, el tema se deja en manos de la buena voluntad del empresario o, en todo caso, de las posibilidades que puedan abrir los convenios colectivos.

5) Finalmente, ni siquiera la prestación de paternidad ha servido en España para favorecer la inversión de roles. La suspensión del incremento de su dura-

ción a cuatro semanas ha evidenciado que la corresponsabilidad (y en general las políticas de igualdad) son consideradas una especie de lujo del que es necesario prescindir en épocas de crisis. Entretanto, la actual configuración de 13+2 es absolutamente insuficiente como mecanismo para la alteración de roles sociales por lo que es un coste que, aunque sea bajo, resulta innecesario. Asimismo, la configuración del permiso de paternidad en la regulación española no es lo suficientemente rotunda como instrumento antidiscriminatorio. Ello se advierte, por ejemplo, en sus importantes defectos de rigidez. Efectivamente, si el objetivo del permiso de paternidad es favorecer el reparto de responsabilidad debería promocionarse su utilización y no establecer limitaciones a su ejercicio. No tiene por ello demasiado sentido que si se disfruta a tiempo parcial la jornada tenga que ser de, al menos, el 50%; o que no sea fraccionable; o que tenga que disfrutarse simultáneamente a la maternidad o inmediatamente después de ella. Asimismo, el permiso de paternidad se comprende mal en un contexto en que se dificulta la participación del padre en la maternidad y en la lactancia. No tiene demasiado sentido que, de un lado, se pretenda fomentar el reparto de responsabilidades mediante un permiso de disfrute exclusivo como el permiso de paternidad; y, de otro, se dificulte el disfrute por parte del padre del permiso de maternidad.

PROCESO DE CONVERGENCIA E INTEGRACIÓN DE LOS REGÍMENES DE SEGURIDAD SOCIAL: SIGNIFICACIÓN Y ASPECTOS CRÍTICOS

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras Clave: Seguridad Social, Regímenes Especiales, convergencia e integración, estructura y unidad del sistema, Pacto de Toledo

La reforma de la estructura interna del Sistema de Seguridad Social se inscribe en el marco del proceso reformista del Pacto de Toledo y de sus revisiones sucesivas. Se constata el carácter todavía incompleto del proceso de convergencia e integración de Regímenes de Seguridad Social, pues todavía pesan singularidades importantes y de difícil justificación. Y lejos de cristalizar en dos grandes regímenes públicos (de trabajadores por cuenta ajena y de trabajadores por cuenta propia o autónomos), nos encontramos aún con la subsistencia de regímenes especiales de trabajadores del Mar, de estudiantes y sobre todo de regímenes completos de funcionarios públicos, civiles y militares éstos últimos, además, “presionan” disfuncionalmente –para la lógica homogeneizadora del “Sistema” de Seguridad Social- por un inaceptable status de “autonomía” en sentido fuerte y su supuesta configuración “externa” al Sistema de Seguridad Social). Es de realzar en el proceso reformista-racionalizador, el reforzamiento legal de la tendencia hacia la homogeneidad de los regímenes especiales existentes con el Régimen General (que actúa como modelo normativo de referencia). Con todo, el resultado, una vez culminado el complejo y paulatino proceso de simplificación y convergencia, debería ser instaurar un *modelo de estructura del Sistema de Seguridad Social menos disgregada y más articulada internamente, tanto desde el punto de vista jurídico-material (de la acción protectora) como desde el punto de vista jurídico-instrumental (de la organización y de las técnicas funcionales utilizadas)*.

ABSTRACT

Key Words: Social Security, Special Schemes, convergence and integration, Toledo Pact

The reform of the internal structure of the Social Security System is part of the reform process under the Toledo Pact and its subsequent revisions. The incomplete nature of the convergence process and the integration of Social Security Schemes are notable, and singularities, that are important and difficult to justify, are still considerable. Far from crystallizing in two large public schemes (of employed workers and self-employed or independent workers), we still find special schemes such as the ones for Sea workers, students and, especially, complete schemes of public, civil and military officials that “push” for an homogenized logic of the Social Security “System”, for an unacceptable status of “autonomy” in its strong sense and, also, for a called “external” configuration from the Security Social System. The rationalizing reform process and the legal reinforcement of the trend toward homogeneity of special regimes to the general scheme (which acts as a reference standard model), are to be enhanced. But the result, after the complex and gradual process of simplification and convergence, should be to establish a structural model of Social Security System less disjointed and more internally articulated from the perspective of material legality (of protective action) and from the point of view of instrumental legality (of organization and functional techniques).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CARACTERIZACIÓN Y SIGNIFICACIÓN POLÍTICO JURÍDICA DE LA REFORMA ACTUAL
 - 2.1. El tratamiento de la estructura interna del sistema: evolución y perspectiva jurídico-crítica de conjunto
 - 2.2. La protección por desempleo (“por cese de actividad”) de trabajadores autónomos en la Ley 32/2010 dentro del proceso de “convergencia” con el Régimen General (Inserta en la línea de homogeneización entre regímenes de Seguridad Social)
3. LO QUE QUEDA PENDIENTE EN EL PROCESO DE “INTEGRACIÓN” Y “CONVERGENCIA” DE RÉGIMENES DE SEGURIDAD SOCIAL. ESPECIALMENTE LA RECONDUCCIÓN GRADUAL DE LOS RÉGIMENES FUNCIONARIALES AL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
4. BIBLIOGRAFÍA

“El primer principio-guía es que cualquier propuesta para el futuro, aunque deberá contar por completo con la experiencia acumulada en el pasado, no deberá ser restringida por consideración hacia los intereses sectoriales creados en la obtención de esta experiencia”.

SIR WILLIAM BEVERIDGE¹

1. INTRODUCCIÓN

La reforma de la estructura interna del Sistema de Seguridad Social se inscribe en el marco del proceso reformista del Pacto de Toledo y de sus revisiones sucesivas. Desde la misma versión originaria del Pacto de Toledo (1995), a la revisiones de 2003, 2007 y, la más reciente de 2011, la orientación hacia la simplificación y racionalidad del Sistema de Seguridad Social ha sido una de las preocupaciones principales dentro del proceso reformista. Debe destacarse que todo el proceso de integración y de convergencia de regímenes de Seguridad Social, se viene realizando con carácter *concertado* entre los agentes políticos y sociales, y responde, en términos de conjunto, fielmente a los compromisos asumidos en el marco de los diversos Acuerdos Político-Sociales celebrados. Se trata, pues, de *reformas legislativas pre-negociadas (negociación legislativa)*. En todo en el proceso racionalizador se subraya la tendencia a la unidad de la ordenación del Sistema de Seguridad Social como elemento de eficiencia y equidad. Es de realzar que este proceso de racionalización interna ha conllevado una revalorización de la técnica organizativa instrumental denominada “Sistema Especial”, pues pasa ahora, a resultas de las sucesivas reformas, de la “marginalidad” a una mayor “centralidad” y presencia en la ordenación legal del Sistema de Seguridad Social.

En su redacción originaria de 1995, el Pacto de Toledo, establecía como una de las recomendaciones principales la búsqueda de simplificación e in-

¹ Beveridge, Sr.W.: *Seguro Social y Servicios Sociales. Informe de Lord Beveridge* (1942), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, pág.6.

tegración de regímenes especiales en la dirección de alcanzar sólo dos regímenes². La cláusula de cierre, por el momento de la ordenación legal de los Regímenes Especiales la proporcional la Disposición final 1ª.Uno de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre (por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social), a cuyo tener, el artículo 10 queda redactado del siguiente modo: «Artículo 10. *Regímenes especiales*.

1. Se establecerán regímenes especiales en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciera preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social.

2. Se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes:

- a) Trabajadores por cuenta propia o autónomos.
- b) Trabajadores del mar.
- c) Funcionarios públicos, civiles y militares.
- d) Estudiantes.

e) Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo.

3. Los regímenes especiales correspondientes a los grupos b) y c) del apartado anterior se regirán por las leyes específicas que se dicten al efecto, debiendo tenderse en su regulación a la homogeneidad con el Régimen General, en los términos que se señalan en el apartado siguiente.

4. En las normas reglamentarias de los regímenes especiales no comprendidos en el apartado anterior, se determinará para cada uno

² Así se expresa en la Recomendación “6. Simplificación e integración de regímenes especiales” del Pacto de Toledo de 1995: “La experiencia nos demuestra que existen ciertas disfunciones en cada uno de los regímenes especiales que se apartan de los fines para los que fueron creados. Por ello, y desde la previsión legal existente de unificación de la estructura del sistema, la Ponencia recomienda que se continúe en este proceso reduciendo de manera gradual el número de los regímenes actualmente existentes y logrando la plena homogeneización del sistema público de pensiones, de manera que a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien en el régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien en el de trabajadores por cuenta propia, contemplando, no obstante, las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo”. Recuérdese, por un lado, que el Acuerdo político social para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social de 2001 dedicaba el Cap. VII a la “Convergencia de regímenes especiales”, y que, por otro lado, el Acuerdo Político Social sobre medidas en materia de Seguridad Social, dedicada todo el cap. V a las “Reformas en la estructura del Sistema de la Seguridad Social”, en un sentido de avanzar en el proceso de simplificación y racionalización de la estructura de la Seguridad Social. Con lo cual se realizaba la línea evolutiva de la fragmentación a la convergencia y la simplificación de regímenes de Seguridad Social.

de ellos su campo de aplicación y se regularán las distintas materias relativas a los mismos, ateniéndose a las disposiciones del presente Título y tendiendo a la máxima homogeneidad con el Régimen General, que permitan las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos regímenes.

5. De conformidad con la tendencia a la unidad que debe presidir la ordenación del sistema de la Seguridad Social, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo e Inmigración, podrá disponer la integración en el Régimen General de cualquiera de los regímenes especiales correspondientes a los grupos que se relacionan en el apartado 2 del presente artículo, a excepción de los que han de regirse por leyes específicas, siempre que ello sea posible teniendo en cuenta las peculiares características de los grupos afectados y el grado de homogeneidad con el Régimen General alcanzado en la regulación del régimen especial de que se trate.

De igual forma, podrá disponerse que la integración prevista en el párrafo anterior tenga lugar en otro régimen especial cuando así lo aconsejen las características de ambos regímenes y se logre con ello una mayor homogeneidad con el Régimen General.»³

Su simple lectura atenta muestra ya inicialmente varias innovaciones muy relevantes:

En primer lugar: a). la desaparición del Régimen Especial Agrario (reconduciéndose los trabajadores autónomos agrarios al RETA y los trabajadores por cuenta ajena agrarios al RGSS, cada uno con su correspondiente “sistema especial” interno a dicho régimen público); b). La desaparición del Régimen Especial de los Empleados de Hogar (que se reconduce al RGSS, también

³ Poco antes, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Disposición adicional cuadragésima. Adaptación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social a la integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social, había dispuesto que: “Con efectos de 1 de enero de 2012, los siguientes preceptos del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, quedarán modificados como sigue:

Uno. El apartado 2 del artículo 10 quedará redactado del siguiente modo:

«2. Se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes:

- a) Trabajadores por cuenta propia o autónomos.
- b) Trabajadores del mar [mixto de trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia].
- c) Funcionarios públicos, civiles y militares.
- d) Estudiantes [personas sin condición técnico-jurídica de trabajador o funcionario].
- e) Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo.»

con su correspondiente “sistema especial” interno a dicho Régimen público⁴), dejando atrás las aporías injustificadas del colectivo protegido, y c), la *desaparición práctica –como regla-, a resulta de ello, de todo régimen “mixto”* de trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia (hoy con la única excepción provisional del Régimen Especial de Trabajadores del Mar).

En segundo lugar: se constata el carácter todavía incompleto del proceso de convergencia e integración de regímenes, pues todavía pesan singularidades importantes, y lejos de cristalizar en dos grandes regímenes públicos (de trabajadores por cuenta ajena y de trabajadores autónomos como se postula en el proceso abierto por el Pacto de Toledo y sus revisiones), nos encontramos aún con la subsistencia de regímenes especiales de trabajadores del mar, de estudiantes y sobre todo de regímenes completos de funcionarios públicos, civiles y militares (éstos últimos, además, “presionan” disfuncionalmente – en la lógica del “Sistema” de Seguridad Social- por un inaceptable status de “autonomía” en sentido fuerte y configuración “externa” (sic.) al Sistema de Seguridad Social).

Por último, es de realzar el reforzamiento legal de la tendencia hacia la homogeneidad con el Régimen General, que se consagra y reitera en los apartados 3, 4 y 5 del art.10 de la LGSS. Y lo que es tanto más significativo: la habilitación al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo e Inmigración, para proceder a la integración en el Régimen General de cualquiera de los regímenes especiales correspondientes a los grupos que se relacionan en el apartado 2 del art.10 LGSS, a excepción de los que han de regirse por leyes específicas (es decir, los de trabajadores del mar y los de funcionarios públicos, civiles y militares), siempre que ello sea posible atendiendo a las peculiares características de los grupos afectados y el grado de homogeneidad con el Régimen General alcanzado en la regulación del régimen especial de que se trate. Y a mayor abundancia, también “podrá disponerse que la integración prevista en el párrafo anterior tenga lugar en otro régimen especial cuando así lo acon-

⁴ La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, establece dicha integración en su Disposición adicional trigésima novena. Integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social.

1. Con efectos de 1 de enero de 2012, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar quedará integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de un sistema especial para dichos trabajadores en los términos y con el alcance indicados en esta disposición y con las demás peculiaridades que se determinen reglamentariamente.
2. La cotización a la Seguridad Social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar se efectuará con arreglo a las siguientes condiciones (...).
3. Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes peculiaridades (...).”.

sejen las características de ambos regímenes y se logre con ello una mayor homogeneidad con el Régimen General” (cfr. art.10.5 LGSS).

Sin embargo, no deja de ser una gran incoherencia lógica y político-jurídica la previsión del art.10.2.e) LGSS, que permite una creación prácticamente *discrecional* para el “Ministerio de Trabajo e Inmigración” (sic) de nuevos regímenes especiales. En efecto, conforme al referido precepto, “se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes: (...). e) Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración (sic), por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo”. Por lo pronto, la creación y regulación básica de una cuestión social tan delicada como esta (la creación de regímenes especiales) debiera ser facultad exclusiva y excluyente del poder legislativo. Este enfoque tiende a deslegalizar una materia social que típicamente debería estar reservada al legislador. No se olvide que la existencia de un régimen especial es en sí un elemento *diferenciador* respecto a técnicas de organización instrumental y de acción protectora.

Con todo, el resultado, una vez culminado el paulatino proceso de simplificación y convergencia, debería ser instaurar un *modelo de estructura menos disgregada y más articulada internamente, tanto desde el punto de vista jurídico-material (de la acción protectora) como desde el punto de vista jurídico-instrumental (de la organización y de las técnicas funcionales utilizadas)*.

2. CARACTERIZACIÓN Y SIGNIFICACIÓN POLÍTICO-JURÍDICA DE LA REFORMA ACTUAL DE LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: RACIONALIZACIÓN, CONVERGENCIA E INTEGRACIÓN DE RÉGIMENES

2.1. El tratamiento de la estructura interna del Sistema de Seguridad Social: Evolución y perspectiva jurídico-crítica de conjunto

En su concepción paradigmática, un “Sistema” evolucionado de Seguridad Social se configura esencialmente como un régimen público tendencialmente unitario y homogéneo en cuanto a su estructura interna. En la lógica del art.41 CE, la creación de regímenes especiales debe ser siempre una medida *excepcional* en el ámbito de la política del Derecho de la Seguridad Social, pues entraña en sí la posible disfuncionalidad de poder entrar en contradicción con los principios de una Seguridad Social evolucionada, basada en la búsqueda de la homogeneidad y solidaridad del colectivo protegido. De ahí la afirmación del principio de tendencia a la unidad del Sistema afirmado de modo generalizado. El afirmar ese carácter excepcional no priva de legitimidad a la creación de

regímenes especiales (que una vez constituidos no pierden esa consideración técnica de “especiales”), siempre que se evite la “normalización” de esa práctica capaz de determinar verdaderos y propios “estatutos de grupos” (determinados círculos o categorías de sujetos) y conllevar la ruptura de la unidad del Sistema (que en la lógica específica de la estructura y encuadramiento interno tendería a conformarse anómalamente como un “poli-sistema” distorsionante). Resultaría innecesario advertir que este fenómeno de fragmentación se sitúa en un plano enteramente distinto respecto a la diversificación y disgregación que se viene operando en la Seguridad Social a través de una mayor diferenciación y “autonomización” por “ramas de prestaciones” (pensiones, desempleo, salud...).

Ello no obstante, la mayor parte de los Sistemas de Seguridad Social de los Estados Europeos comparables acaban llevando a cabo una cierta fragmentación, más o menos amplia, del Sistema de Seguridad Social. El fenómeno ha estado históricamente vinculado a la fuerza expansiva del encuadramiento subjetivo en la Seguridad Social con la incorporación constante nuevas categorías de personas, lo que entraña un proceso evolutivo –y siempre inacabado– de institucionalización jurídica de su campo de aplicación. Del carácter generalizado y relativamente heterogéneo de las estructuras diversificadas de los Sistemas de Seguridad Social daba cuenta ya el Reglamento (CE) núm.1408/1971, de 14 de junio, dejaba constancia de su aplicación “a los regímenes de seguridad social generales y especiales” (art.4). Esa distinción se mantiene en el Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, en cuyo art.3.2 (relativo al campo de aplicación) establece que “Salvo disposición en contrario de anexo XI, 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”⁵. El fenómeno disgregador se explica tanto por la concurrencia de razones técnicas derivadas de la creciente complejidad de organización de la población protegida ocupada en una multiplicidad de actividades, como ante todo por razones de política legislativa, vinculadas a una opción por la diferenciación de tutelas, modos de organización y gestión del colectivo protegido.

Ello da lugar a la formación de “*microsistemas*” *jurídico-institucionales* derivados del factor de complejidad regulativa, pero también de innegables razones de política jurídica, que reflejan en la decisión creadora, entre otras

⁵ En su mismo art. 1 (“Definiciones”), apartado e), da cuenta de esa distinción cuando dispone que se entiende por “e) “régimen especial para funcionarios”, todo régimen de seguridad social distinto del régimen general de la seguridad social aplicable a los trabajadores por cuenta ajena en el Estado miembro de que se trate al que estén directamente sometidos la totalidad o determinadas categorías de funcionarios o personal asimilado”.

cosas, las opciones de modular las tutelas protectoras, cuando no el juego de la “presión” de intereses corporativos o particularistas.

En nuestro ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, el criterio de la fragmentación entre régimen “General” (en singular) y regímenes “Especiales” (en plural) se plasmó en la historia inmediata ya inicialmente en la Ley de Bases de Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963 (LBSS)⁶, y se mantiene después en la Ley Articulada de Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril (LASS) y Ley General de Seguridad Social (LGSS) en sus sucesivas versiones y revisiones (desde la primera de, Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/74, de 30 de mayo, hasta la vigente, ...).

En ordenamiento jurídico de la Seguridad Social es diseñado por el Título I de la LGSS y conoce otra gran división, ésta fundamental y directamente aplicable, que lo divide en un Régimen General y diversos Regímenes Especiales. El Régimen General comprende —en una primera descripción, que ha de detallarse después— los trabajadores por cuenta ajena de la industria y los servicios y los colectivos que con posterioridad se les han ido asimilando. Los Regímenes Especiales, por su parte, se pueden dividir en dos grupos: los Regímenes Especiales del Sistema normativo de la Seguridad Social (esto es, los que enraizan su régimen jurídico en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, del que derivan), y los que permanecen al margen a todos los efectos, aunque se haga referencia a ellos en ese texto legal.

⁶ En su exposición de Motivos, apartado II (“Acción Protectora de la Seguridad Social”), apartado “Dos”, establece que “Al estructurar un sistema de Seguridad Social, la Ley amplía su campo de aplicación en el que quedarán encuadrados todos los españoles que reúnan las condiciones previstas en la base segunda, cuales quiera que sea su actividad profesional. Por otra parte, la convicción de que la pertenencia a una determinada comunidad política no impide de ninguna manera el ser miembro de la familia humana, hace que se adopten criterios flexibles para extender también sus beneficios a los extranjeros... La Ley constituye el texto fundamental que ordena la Seguridad Social española. Se respetarán, sin embargo, y aún se amplían, los regímenes cuya existencia es inexcusable en razón a los grupos de personas a que afectan o a la actividad que desarrollan. Todos estos regímenes sólo se enuncian en la Ley a los fines de una contemplación conjunta de la Seguridad Social, pero serán objeto, naturalmente, de la correspondiente regulación, en la que se tenderá a la máxima homogeneidad posible con los principios del régimen general”. Nótese, igualmente, esta indicación normativa de convertir en referente homogeneizador al Régimen General de la Seguridad Social. El crítica se confirma en la Base 3ª de la LBSS, que trata de aportar una justificación con deliberada textura abierta: “En aquellas actividades profesionales en que se por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos se hiciere preciso, se establecerán regímenes especiales para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social. Se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes...”. A partir de ahí la tendencia a la universalización de la cobertura se realizaría selectivamente, por dos vías alternativas (que en su término final podían ser confluyentes en una integración posterior en el Régimen General): o bien la integración o asimilación hacia el Régimen General, o bien el encuadramiento en un Régimen Especial.

Debido a factores históricos, la Seguridad Social se instauró y se consolidó por y para los trabajadores asalariados de la industria y los servicios, e incluso, en sus primeros momentos, para los trabajadores asalariados de baja cualificación (para los «obreros» o, si se quiere, para el proletariado). Y el modelo institucional que se adoptó para su instrumentación fue el del seguro privado, con alguna profunda modificación, de entre las cuales la más significativa fue la de imponer la colaboración obligatoria de los empleadores a efectos de cotización y a efectos de cumplimiento de las obligaciones de afiliación, y encuadramiento en general.

Cabe destacar que hasta 1959, en España cada rama de seguro tenía su propio campo subjetivo de aplicación. Quedaron fuera de esos seguros inicialmente, y casi siempre, los trabajadores agrarios (siempre en una situación ambigua, difícil de calificar tanto social como jurídicamente), los sujetos que no tuvieran la condición jurídica de trabajadores por cuenta ajena y, desde luego, los trabajadores autónomos, que por definición eran «empresarios» (aunque no fueran empleadores). También quedaron fuera del modelo los funcionarios públicos, en este caso por otro tipo de razones, con base, casi siempre, en una mala interpretación de lo que podría ser una situación de privilegio (que, desde luego, pervive). La expansión cuantitativa y cualitativa de la Seguridad Social, y la eficacia social que demostró tener, implicó la entrada progresiva en el Sistema de nuevas categorías de trabajadores, o al menos la reivindicación de esa protección (lo que se ha denominado «profesionalización» o «deslaboralización» de la Seguridad Social, o formación “aluvional” que preside la formación del Sistema). En ese sentido la originaria aparición de Regímenes Especiales pudo interpretarse como un progreso del Sistema mismo, que creaba una «antesala», o un reducto mínimo, para la cobertura social de sectores hasta el momento marginalizados (protección disminuida en todo caso). En este sentido la estructura interna del Sistema se hacía derivar del diseño del campo de aplicación como respuesta a las exigencias protectoras que planteaba los cambios en la población activa y la disgregación de los colectivos a proteger (Vida, J., Monereo, J.L. y Molina, C., 2011).

Por lo demás, la generalización de la protección ofrecida por el Sistema básico de Seguridad Social producía, o debía producir, una uniformización más o menos igualitarista de la protección, lo cual provocó la pretensión de diversos colectivos de mantener u obtener determinadas situaciones de privilegio (protección privilegiada) a través del reclamo técnico de la constitución de regímenes especiales, o de creación de subsistemas específicos dentro de alguno de ellos.

Con todo, dichas fuerzas centrífugas y centrípetas dentro del modelo de Seguridad Social se han producido en todas las experiencias, nacionales y comparadas, del género. Y el fenómeno perdura aunque esté en franca regre-

sión. Los Pactos de Toledo señalan, en efecto, el camino a seguir hasta que se consiga la existencia de los dos únicos regímenes: el de trabajadores asalariados y el de trabajadores autónomos. Todo es, sin embargo, cuestión de disponibilidades presupuestarias.

Sin embargo, debe precisarse que su existencia y regularidad constitucional están convalidadas en su regularidad por la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, aunque sea con matices. Así, la STC 268/1993 establece: «Ciertamente, constituye doctrina consolidada de este Tribunal que el artículo 14 de la CE en principio no alcanza a corregir las desigualdades existentes entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. La articulación del sistema en un Régimen General y diversos Regímenes Especiales se justifica por las peculiaridades socioeconómicas, laborales, productivas o de otra índole que concurren... (STC 173/1988 y AATC 78/1984, 112/1984, 123/1984, 460/1984, 94/1985, 552/1985, 590/1985, 987/1986, 1379/1987, 1015/1988, 241/1989, 341/1989 y 38/1995). Sin embargo, las SSTC 39/1992, 184/1993, han precisado que esta doctrina no puede aplicarse de manera automática a todos los supuestos de confluencia o concurrencia de regímenes jurídicos dispares, porque ello equivaldría a dejar al arbitrio del legislador o del Gobierno la eficacia del principio de igualdad...; debe irse más allá del dato puramente formal de la diversidad de ordenamientos jurídicos y comprobar si desde una perspectiva material esa diversidad responde a diferencias reales que, por ser objetivas, razonables y congruentes, constituyen suficiente justificación del tratamiento desigual...». Por otra parte, es doctrina del Tribunal Constitucional que “la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo constitucional” (SSTC 103/1984, 27/1988, 184/1993, 377/1993).

Es de hacer notar que, pese a todo, el fenómeno de los Regímenes Especiales se encuentra en regresión, aunque hasta ciertos límites. La razones de ello deriva de tres motivos fundamentales: porque la revalorización del principio de igualdad y no discriminación está pujando por la eliminación de diferencias en los diversos aspectos de la protección social (Sanidad, señaladamente y, por ejemplo, pensiones mínimas...); porque desde el punto de vista económico-financiero la fragmentación de los colectivos asegurados es generadora de problemas de gestión ya casi insostenibles; y porque en la crisis del Sistema protector ahora resulta ser que la mejor manera de gobernar esa crisis es la de proceder a la igualación de los sujetos protegidos, dentro de lo que en España se habría de llamar Régimen General. Muchos Regímenes Especiales tradicionales habían venido perdiendo significación en paralelo a lo sucedido con los sectores de producción a los que pertenecen los colectivos integrados en tales Regímenes (Minería, Pesca, Agricultura...). Actualmente, excepción hecha del

creciente Régimen Especial de Autónomos (RETA), representan en torno al 8 por 100 del conjunto de afiliados ocupados.

Los problemas de “gobernanza” del Sistema en todos los aspectos y las exigencias de racionalización, facilitan actualmente la reforma impulsada por el “proceso” abierto por el denominado Pacto de Toledo, tanto en su versión originaria (1995) como en las revisadas (2003, 2007 y, por último, 2011, tras el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones), que sugiere la reordenación en dos únicos Regímenes: el Régimen General, capaz de incluir en perjuicio de sus peculiaridades, el de Funcionarios, y el Régimen de Trabajadores Autónomos (pequeños y medios empresarios). El proceso de integración exigirá de suyo un largo proceso de racionalización y de convergencia interna. El proceso de integración de los diversos colectivos protegidos, hoy encuadrados en algunos Regímenes Especiales, supondría una ingente operación financiera que parece difícil de realizar por el momento. Y, finalmente, porque es indudable que algunos de esos colectivos especiales tendrán siempre que registrar especialidades de carácter técnico, administrativo y financiero, e incluso en su ámbito protector (los autónomos, señaladamente), mientras que el núcleo del Sistema esté situado en la protección de los trabajadores asalariados de cualquier tipo.

En el plano de las “realidades normativas”, interesa retener que la Seguridad Social de la «población activa», o de la ciudadanía simplemente, conllevará siempre especialidades (el Plan Beveridge también las incluía), aunque sea cierto que esas especialidades no justifiquen la existencia de desigualdades objetivas, y menos de los que hoy se llaman «Regímenes Especiales». La Ley de Bases de 1963 los respetó básicamente pero intentó su encuadramiento, que se materializó en su mención, aunque sólo fuera eso, en el Texto Articulado de 1966 en su Título I (que definió el “modelo” de Sistema General de la Seguridad Social, mientras que el Título II se refería ya al «Régimen General»). Los años sucesivos vieron nacer nuevos Regímenes Especiales, relativamente justificados unos y claramente inadecuados otros. Tras el sucesivo proceso de reformas simplificadoras y racionalizadoras de la estructura del Sistema, y una vez promulgado el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, el artículo 10, número 2, mantiene como Regímenes Especiales en sentido propio, tanto formal como materialmente, los siguientes, que después se regulan a través de diversas normas. Se ha podido clasificar dichos regímenes especiales en “interno” y “externos” al Sistema institucional de la Seguridad Social. Esta clasificación tiene tan sólo un valor expresivo y metafórico, toda vez que desde un punto de vista general *todos* los regímenes especiales son Seguridad Social forman legalmente parte del “Sistema” de Seguridad Social como Sistema normativo que abarca todos los regímenes de lo que es en puridad “un régimen público de Seguridad Social” global (art.41 CE). Por otra parte, según el at.9.1 de la LGSS, “el sistema de la Seguridad Social viene inte-

grado” por el Régimen General, regulado en el Título II de la LGSS, y los Regímenes Especiales regulados en el art. 10 LGSS y normas de desarrollo. En esa lógica, el art.10.5 de la LGSS, realza la tendencia a la unidad. Finalmente, pero no menos importante, a todos los regímenes de la Seguridad Social les resulta aplicable las “normas generales del Sistema de Seguridad” reguladas en el Título Primero, que pretenden realizar el derecho a la Seguridad Social (art.1 de la LGSS, en relación con el art.41 CE), y se basa en los principios y fines de la Seguridad Social: todo el “Sistema” “fundamenta en lo principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad”.

Suele ser convencional diferenciar entre regímenes especiales “internos” y regímenes especiales “externos”, pero siempre que se entiendan que la distinción es relativa en la lógica normativa ex art.10 de la LGSS. Así dentro de los denominados regímenes especiales «internos» del Sistema institucional de la Seguridad Social, estarían el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, que encuadra a los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia —titulares de pequeñas explotaciones que las cultiven directa y personalmente—, que llevan a cabo actividades marítimo-pesqueras; el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), que incorpora a los trabajadores que realizan su actividad profesional de forma «independiente», salvo que queden encuadrados en el REA o en el REM. Llamado a ser, cuando se culmine el proceso de racionalización, el *Régimen General de todos los Trabajadores Autónomos*; y el Régimen Especial de Estudiantes (Seguro Escolar), que encuadra a los estudiantes que cursan estudios no obligatorios (y, por consiguiente, no profesionales). Por su parte, entre los regímenes «externos» al sistema institucional de la Seguridad Social sometidos a un tratamiento singular con base a razones esencialmente de política jurídica. Aunque el artículo 10.3 de la LGSS los considera como incluidos dentro de los Regímenes Especiales del Sistema, remite su regulación a Leyes específicas que han fijado un régimen jurídico, económico y presupuestario muy particular; de ahí que, cada vez con menos fundamento, se hayan considerado «externos» al Sistema Institucional de la Seguridad Social. Se trata del Régimen Especial de los Funcionarios Civiles del Estado, el Régimen Especial de las Fuerzas Armadas y el Régimen Especial de los Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia.

Ahora bien, la dirección de política del Derecho proclive al proceso de integración de regímenes públicos, y confirmando una vez más la contradicción que anima todo el entramado regulador de la Seguridad Social, la redacción del art.10.2.e) LGSS establece una cláusula abierta para que, en el futuro, el Ministerio de Trabajo e Inmigración pueda establecer nuevos regímenes especiales. Bastará a tal fin que lo estime oportuno el referido Ministerio en atención a la «naturaleza» de la actividad profesional de un determinado grupo o colectivo de trabajadores, a sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o

por la índole de sus procesos productivos (art. 10.1 de la LGSS, al que remite expresamente el apartado “e”) del art.10.2). Es criticable ese amplio margen de discrecionalidad atribuido al Ministerio de Trabajo e Inmigración, y si se observa atentamente en una lectura atenta de esta disposición entraña, paradójicamente, una visible incoherencia de fondo con la postulada orientación general perceptible en el propio art.10 de la LGSS, aparte de su marco de referencia representado por las tendencias a la integración de regímenes que imprime el “proceso” reformista del Pacto de Toledo.

En términos de conjunto se puede realizar una caracterización general del fenómeno de especialización de Regímenes dentro del Sistema de Seguridad Social atendiendo a los rasgos siguientes:

a). *Identificación de un ámbito subjetivo de aplicación específico.* Necesariamente cada Régimen Especial tiene que identificar su ámbito subjetivo, que se identifica con sectores de la actividad económica que, en atención a sus particularismos en orden a su actividad, condiciones de trabajo o procesos de producción, requerirían un tratamiento diversificado de protección frente a los «riesgos sociales» y/o «situaciones de necesidad».

b). *Extensión y límites de la acción protectora.* Tradicionalmente el dato más señero de la existencia de una regulación propia o específica se ha venido centrandó en la diferencia de cobertura que, en atención a los riesgos o contingencias sociales, suministraba, por lo que la diferencia básica entre unos y otros se hacía residir en el «plus» —o en el «déficit»— de protección que brindaba.

c). *El tratamiento específico económico-financiero y de gestión administrativa.* En paralelo a esa diversidad de cobertura, y si bien no aparece en todos los casos como dato consustancial para la caracterización del Régimen Especial, viene siendo usual establecer singularidades en la ordenación de las denominadas relaciones formales, esto es, la de encuadramiento, y las financieras, la de cotización. En consecuencia, las cuestiones relativas a la financiación, organización y procedimientos de gestión administrativa presentan igualmente aspectos de diversidad. No obstante, del mismo modo que se ha ido enjugando progresivamente la diferencia de protección, también estas particularidades aparecen hoy ya neutralizadas, salvo en lo que refiere a la cotización y, en particular, en el ámbito del RETA.

Partiendo de dichas particularidades se pueden detectar los principales elementos negativos de los regímenes especiales:

a). El conjunto del Sistema se ordena como una técnica de protección diferenciada y desigual que, en ocasiones, llega a productó tratamientos discriminatorios (infraprotección y privilegio relativos). Sin embargo, como ya se ha dicho, el Tribunal Constitucional viene entendiendo, si bien de forma extremadamente acrítica y con argumentos poco convincentes, la regularidad

del diseño legal, siempre —según la conocida cláusula general, cada vez más de estilo y privada de alcance jurídico—, que las diferencias resulten ser razonables y objetivamente fundadas.

b). El Sistema genera, asimismo, un desigual reparto de la carga financiera, de modo que las condiciones en que quedan regulados los regímenes especiales en general, y algunos en particular, rompen parcialmente los objetivos de solidaridad y equidad. El nivel de protección en cada régimen público se hace depender principalmente de sus propios recursos financieros, quedando condicionado por la concreta capacidad económica de los diferentes colectivos. Pero esta capacidad de autofinanciación es prácticamente inexistente en la mayor parte de los regímenes especiales. Se trata de sectores de actividad especialmente «deprimidos», en los que el nivel de rentas es más reducido que en otros ámbitos, la estructura demográfica evoluciona aceleradamente en un ritmo descendente y, por tanto, la relación o cociente entre el número de activos o cotizantes y de pasivos o pensionistas es extremadamente reducida, hasta el punto de que en la práctica mayoría es inferior a uno, esto es, hay más beneficiarios que cotizantes. Se entiende, desde esta perspectiva, el grave déficit económico que acumulan estos Regímenes, que resultan por sí mismos inviables dada la insuficiencia actuarial de la que adolecen, y el porqué es considerada como la principal «carga histórica» del Sistema. Con objeto de corregir parcialmente estos efectos de insolidaridad y, por tanto, de falta de equidad social, se ha acudido a dos mecanismos: por un lado, la transferencia de fondos desde el Régimen General y, por otro, la creciente participación de los Presupuestos del Estado en su financiación, si bien ambos se han revelado hasta el momento insuficientes para garantizar una auténtica identidad de protección. El Pacto de Toledo —y sus revisiones sucesivas— avala el principio de «a igual cotización, igual protección» (Recomendación 4.^a), de manera que habría que corregir el desajuste que se estaría produciendo entre la tendencia a equiparar la protección de todos los niveles y el mantenimiento de significativas diferencias en los tipos de cotización.

c). La diversidad de Regímenes se traduce en una extremada dispersión normativa, con la consiguiente quiebra o erosión de la seguridad y coherencia jurídicas.

d). La definición legal de los ámbitos subjetivos de cada Régimen afecta de manera significativa a la movilidad intersectorial de la mano de obra y, en general, a la de los profesionales activos. El actual Sistema adolece de una notoria rigidez, pese a las reformas llevadas a cabo y plasmadas en la Ley General de la Seguridad Social, a diferencia de lo sucedido en el sistema precedente, que hace más difícil la necesaria coordinación jurídica y operativa de los heterogéneos regímenes a los que inicialmente pertenecen los distintos sujetos. Además, la diversidad de Regímenes facilita la «huida» de ciertos colectivos profesionales del Régimen que le correspondería inicialmente para ubicarse en

otros más ventajosos, de modo que las denominadas «economías de opción» —concesión de posibilidades de elegir— no siempre se diferencian con claridad de comportamientos fraudulentos —elusión del Régimen «adecuado» de encuadramiento a favor de otro más ventajoso—.

d). La estructura diversificada del Sistema plantea el problema, siempre de insegura solución, de la ordenación, incompleta y dispersa, del sistema de compatibilidades e incompatibilidades entre las prestaciones de los diferentes Regímenes; y el finalmente abordado, pero no definitivamente resuelto, problema de la validez de las cotizaciones realizadas entre Regímenes (pluriempleo, pluriactividad, reconocimiento recíproco de cuotas...).

e). Otro problema importante surge cuando se trata de individualizar las reglas (las normas) de la Ley General de la Seguridad Social, que, por su vocación general, son de inmediata aplicación a los Regímenes Especiales, aunque no exista una remisión expresa y no estén expresamente recogidos en la Disposición Adicional 8.^a de la Ley General de la Seguridad Social. A este respecto, ciertamente resulta equívoca la rúbrica de esta Disposición Adicional, que parece atribuir un cierto carácter cerrado a las normas que son aplicables por extensión a los Regímenes Especiales (normas de desarrollo y aplicación a Regímenes Especiales).

Sirva como premisa teórica que a pesar de que en el plano estrictamente formal el legislador español nunca ha renunciado a la tradicional aspiración de unidad del Sistema, es lo cierto que ese objetivo se plantea a largo plazo y de forma matizada o condicionada. No obstante, que se descarte en la práctica una reducción a la unidad que proporcionaría un Régimen de Seguridad Social único no significa renunciar a una situación de creciente homogeneidad e incluso equivalencia protectora. Con esta finalidad, además de promover esta equiparación entre Regímenes, se ha fomentado, desde hace dos décadas, la puesta en marcha de diferentes procesos de integración gradual o progresiva entre Regímenes. La primera medida de integración se identifica con la definitiva aplicación, a partir de 1984 y culminada en 1995, de la Disposición Transitoria 8.^a de la Ley General de la Seguridad Social, de la conflictiva integración de los denominados «Regímenes Especiales encubiertos», que llevó a incorporar al Régimen General de la Seguridad Social las llamadas «entidades sustitutorias» (Mutualidades y Cajas de Empresa, como, por ejemplo, la Institución Telefónica de Previsión, la Caja de Previsión de la ONCE, Mutualidades de la Banca Pública...), aunque en estos casos lo que se quiso resolver en realidad fue la situación de bancarrota de esas entidades. El momento más destacado lo representó la Ley 26/1985, de medidas urgentes de racionalización de la estructura en el Régimen General.

Ahora bien, a raíz de la reforma racionalizadora impulsada por la conocida Ley 26/1985, de sobre pensiones (Disp. Adic. 2.^a), el proceso de simplificación

e integración ha avanzado significativamente, corrigiendo algunos de los desmanes o excesos reguladores precedentes y procediendo a una obligada reordenación. Este proceso se llevó a la práctica con el Real Decreto 2.621/1986, de 24 de diciembre, desarrollado por las Órdenes Ministeriales de 20 de julio y 30 de noviembre de 1987, y que afectaba a los Regímenes Especiales creados por Decreto, con excepción del de la Minería del Carbón, de modo que todos ellos pasaban al Régimen General de la Seguridad Social, salvo el de Escritores de Libros, que se integraron en el Régimen de Autónomos. En todo caso, se mantuvieron ciertas, en ocasiones significativas, peculiaridades. El Real Decreto 480/1993, de 1 de abril, procedió a la integración en el Régimen General de los colectivos incluidos hasta ese momento en el Régimen Especial de la Seguridad Social de la Administración Local.

Junto a ello, se ha producido, de modo gradual, un proceso relevante. Las medidas de reforma de determinadas prestaciones, o en general de diversos aspectos del Régimen jurídico de la Seguridad Social, se han referido deliberadamente al «Sistema», y no sólo al Régimen General, de modo que notables sectores de la ordenación normativa ya son comunes a prácticamente todos los Regímenes. Es harto significativo atender, al respecto, la aplicación *común* a todos los Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social —tal como expresamente está de lo establecido por la Disposición Adicional 8.^a, que es el resultado de sucesivas reformas (inicialmente deriva ya la refundición de la LMU y la LPN y modificada por la LCR de 1997 y Ley 66/1997—, y las más próximas de la Ley 40/2007, 39/2010 y Ley 27/2011). En esta disposición se regulan las “Normas de desarrollo y aplicación a Regímenes Especiales”, y lo que interesa ahora es llamar la atención precisamente sobre el dato normativo de que se trata de reglas comunes sobre determinadas materias, que *forman parte del cada vez más amplio Derecho común de la Seguridad Social aplica, por tanto, a todos los regímenes públicos del Sistema*. Esa tendencia a formar un “Derecho común” del Sistema de Seguridad Social se confirma en la Disposición adicional quincuagésima octava, sobre “Ampliación de la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” (introducida por el art.7 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social), a cuyo tenor: “Con efecto de 1 de enero de 2013, la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales *formará parte de la acción protectora obligatoria de todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social* con respecto a los trabajadores que causen alta en cualquiera de los mismos a partir de la indicada fecha. Esta protección obligatoria frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales podrá desarrollarse en régimen de colaboración con la Seguridad Social...”.

Hay que señalar que la tendencia unificadora, que persigue, más que la

uniformidad, la homogeneización y la racionalización coherente y solidaria, está presente en el ya citado Pacto de Toledo —Recomendaciones 3.^a (homogeneización financiera) y 6.^a (integración de Regímenes)—, así como en las Leyes que han buscado su realización, como la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, aunque la incidencia de esta reforma en una racionalización simplificadora de la estructura fue bastante reducida, limitándose a:

a) Extender la aplicación de ciertas reglas a todos los Regímenes de la Seguridad Social (art. 13, que modificó la Disp. Adic. 8.^a LGSS).

b) Mandatar al Gobierno para analizar las posibilidades de incorporar al RETA a las «amas de casa» (Disp. Adic. 1.^a).

c) Mandatar al Gobierno para reglar el régimen de encuadramiento de los socios trabajadores y de los administradores de las sociedades mercantiles, incumplido luego pero realizado a través de las modificaciones del artículo 97 de la Ley General de la Seguridad Social e incorporación de la Disposición Adicional 27.^a, en sendas Leyes de Acompañamiento, la de 1997 y 1998.

d) Autorizar al Gobierno para armonizar la normativa especial del Mutuismo administrativo.

Interesa subrayar que este proceso de integración no ha dejado de recibir renovados impulsos en el plano de los Acuerdos Sociales y de las reformas legislativas más recientes. Así sucedió con el Acuerdo Social sobre «*mejora y desarrollo del sistema de protección social*», de 9 de abril de 2001, cuyo apartado VII se dedica a la «convergencia» de los Regímenes Especiales. Un objetivo de simplificación y racionalización presente, si bien sólo para los trabajadores agrarios por cuenta propia, presente en el *Acuerdo sobre Encuadramiento y Cotización a la Seguridad Social* de estos trabajadores, firmado el 20 de octubre, que propone su integración en el RETA, lo que se ha conseguido, con efectos a 1 de enero de 2008, con la Ley 18/2007, de 4 de julio. Y cómo no, también es atendido, de nuevo con carácter general, por el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, “desarrollado” parcialmente por la Ley 40/2007 y recientemente por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, y Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social.

En la lógica del “programa reformista, y sin perjuicio de otras propuestas y los necesarios matices, en todos estos Acuerdos y desarrollos legislativos correspondientes se propone una simplificación cualitativa de la estructura interna del Sistema suprimiendo, con unos horizontes temporales más o menos próximos, algunos Regímenes Especiales. La dirección de política del Derecho se resuelve en la idea de racionalización y simplificación paulatina en dos

grandes regímenes públicos. Esta evolución es más coherente con las previsiones constitucionales ex art.41 CE y el conjunto de valores constitucionales, que no se compadece bien con diferencias prestacionales por las mismas contingencias entre los colectivos protegidos.

Con todo, atendiendo a lo expuesto, el Título I de la Ley —es decir, el Título que regula un denominado Sistema de Seguridad Social— tendría que haber regulado con carácter general una serie de instituciones que diseñaran las *bases comunes* de ese Sistema, esto es, normas de aplicación general sobre ámbito subjetivo, mecanismos de afiliación, cotización, régimen jurídico del derecho a prestaciones, etc. Y así se pretendió al hacer la refundición normativa. En algunas materias, o para algunas instituciones, el intento puede decirse que sí se culminó, si no en el momento mismo de 1994, sí con posterioridad. Esto es perceptible en materia de gestión (Capítulo VII) y de Régimen económico, y régimen financiero y presupuestario (Capítulo VIII), materias éstas que ya han tenido un desarrollo reglamentario «universal» —es decir, para todo los ámbitos del Sistema—. Ha de tomarse en consideración, adicionalmente, lo que quedo señalado respecto a la construcción parcializada de ese Sistema a través del proceso de integración de determinadas prestaciones, que, al modificarse, han sido extendidas a todo ese Sistema, y no sólo al Régimen General o los Regímenes Especiales (vid. el apartado anterior, dedicado al proceso de convergencia de los Regímenes Especiales con el General). De algún modo, se pretende establecer, paulatinamente, un Derecho “común” de la Seguridad Social, que en estado actual del Derecho positivo encuentra expresiones normativas significativas, pero incompletas, porque ese proceso es un proceso inacabado. En efecto, ese intento y ese proceso de convergencia distan todavía de ser completos. Las normas sobre ámbito subjetivo, afiliación, cotización y régimen jurídico general de prestaciones (adquisición del derecho, requisitos, incompatibilidades), continúan siendo en el Título I de la Ley incompletas y, por lo general, sin contenido suficiente como para recibir una aplicación por sí mismas, sin contar con las disposiciones homólogas tanto del Régimen General, ante todo, como de los regímenes especiales. Esta circunstancia, unida al abundante número de Disposiciones Adicionales y Transitorias de la Ley, que vuelven a incidir en materias ya tratadas en ese Título I, parece que impide el intento de diseñar y exponer un régimen jurídico completo del Sistema, tan buscado por la doctrina. Aunque sólo sea por razones de claridad expositiva (razones además pedagógicas), se prefiere tratar de estos diversos temas en los capítulos de este libro que se dedican al Régimen General y a cada Régimen Especial, sin que ello suponga renunciar a la construcción dogmático-jurídica de ese Sistema ulteriormente (Vida, J., Monereo, J.L. y Molina, C., 2011).

En esa dirección de política racionalizadora del Sistema de Seguridad, el Acuerdo de 2006 —y las medidas introducidas por la Ley 40/2007, la Ley

27/2011, la Ley 28/2011, entre otras- prosigue la estrategia de *racionalización de la estructura interna* del Sistema de Seguridad Social simplificando los regímenes especiales, y garantizar una mayor eficacia del principio de unidad en la tutela protectora dispensada. Desde su versión originaria, el Pacto de Toledo había recomendado que todos los trabajadores por cuenta ajena sean integrados en el Régimen General (Recomendaciones 3ª y 6ª), conteniendo el disfuncional fenómeno de proliferación y generalización de regímenes especiales que había producido de manera injustificada. No se trata tan sólo un problema de eficiencia gestora (que lo es también), es, ante todo, una exigencia de equidad en la protección y en las obligaciones de cotización del Sistema. Concorre, pues, esa doble racionalidad gerencial y social. El proceso –no exento de complejidad y dificultades para llevarlo a cabo- no se ha completado todavía (señaladamente, trabajadores del mar y regímenes funcionariales). La reforma en curso pretende avanzar en este campo simplificador y de convergencia. La idea-fuerza de la racionalización de la estructura interna del Sistema obedece, en definitiva, a una razón de eficiencia en la gestión y a la razón social de búsqueda de la equidad y homogeneidad en el tratamiento de la protección social, en la línea de reforzar el criterio legal (y no sólo doctrinal) de que generalizar el tratamiento protector (estándar de protección social) otorgado actualmente por el Régimen General de la Seguridad Social como *ideal de cobertura y referente del proceso reformista que busca la convergencia entre los distintos regímenes públicos de Seguridad Social*. El Régimen General se convierte así en paradigma y eje referente del Sistema de Seguridad Social en su conjunto (cfr. art.10.5, en la redacción dada por la Disposición final 1ª de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social).

En lo relativo a la estructura del sistema cabe decir que el proceso reformista ha avanzado en la línea de simplificación, racionalización y homogeneización (pero también de superación del desfase y disfuncionales planteado por gran parte de los actuales regímenes especiales de Seguridad Social) marcada por el Pacto de Toledo⁷ y sus renovaciones y desarrollos legislativos. La reforma acometida a partir de la Ley 40/2007 camina más decididamente en esa dirección multívoca, aunque quedará pendiente, la reconducción del régimen especial de los trabajadores del mar (aunque sí se incide en la disposición adicional

⁷ La necesidad de realizar un proceso de simplificación y racionalización de la estructura del sistema de Seguridad Social se contemplaba ya originariamente dentro del Pacto de Toledo en las Recomendaciones tercera y sexta. Igualmente la Comisión de renovación del Pacto de Toledo en 2003 observó en la conclusión 4 (“Financiación, simplificación e integración de regímenes especiales”) que “la Comisión estima que debe impulsarse la labor de simplificación en orden a la existencia futura de dos grandes regímenes en los que queden encuadrados, por un lado, los trabajadores por cuenta ajena y, por otro lado, los trabajadores por cuenta propia” (Renovación, pág.130).

decimosexta de la Ley 40/2007); y continúan incólumes –en su propia realidad jurídica existencial- los regímenes especiales de los funcionarios públicos. En el Acuerdo de 2006, se indicaba que “Las partes firmantes del Acuerdo entienden que tiene que ser posible que con un *período transitorio* de entre quince y veinte años se produzca un tránsito armónico y de adaptación hacia el régimen general” del colectivo de los Empleados de Hogar (Texto del Acuerdo 2006, pág.26). El horizonte de la convergencia del Régimen Especial de Empleados de Hogar con el RGSS es que el primero “confluya en el Régimen General cuando la identidad de tipos de cotización sea plena” (Texto del Acuerdo 2006, p.64).

En todo caso, conviene adoptar una visión más compleja, de largo alcance y sistemática del proceso reformista (del cual la nueva Ley 40/2007 no es sino una pieza más, aunque sin duda de gran trascendencia) que se viene llevando a cabo, porque una mirada atenta a la legislación de reforma social pone de manifiesto que se han dado pasos harto significativos en el proceso de simplificación y racionalización de la estructura del Sistema de la Seguridad Social. Conviene retener, al efecto, la idea de “ciclo de reformas” legislativas. En este sentido, y por destacar aquí a nuestros fines, el mismo Acuerdo de 2006 hacía referencia a que durante estos últimos años se han producido *integraciones y convergencias parciales*, se ha suscrito el Acuerdo de 2005 (cfr. Acuerdo sobre encuadramiento y cotización a la Seguridad Social de los Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia, suscrito el 20 de octubre de 2005, entre los MTAS y Agricultura y Pesca, y las Organizaciones Agrarias representativas) para reconvertir el Régimen Especial Agrario, trabajadores por cuenta propia, en un sistema especial de cotización dentro del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (en la dirección marcada por la Recomendación IV del Pacto de Toledo), y están en tramitación modificaciones normativas que persiguen la flexibilización del encuadramiento de los trabajadores. Para contribuir a tal fin, se estableció en el Acuerdo de 2006, que el Régimen Especial Agrario, trabajadores por cuenta propia, se integra en el Régimen General mediante la articulación de un *sistema especial* que permita avanzar en la efectiva equiparación de las prestaciones para los trabajadores y que evite un incremento de costes perjudicial para la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias. A tal fin, se establece un periodo transitorio de entre quince y veinte años. El sistema especial partirá de los actuales tipos de cotización. Se incorporarán a la cotización agraria bonificaciones y reducciones que incentiven la estabilidad en el empleo y la mayor duración de los contratos, con el objetivo de hacer compatible la mejora de las prestaciones de los trabajadores y la contención de los costes empresariales. Los motivos aducidos para fundamentar la simplificación de la estructura son bien significativos del “estado de situación” y, por supuesto de la dirección de política del Derecho de la reforma social emprendida: razones sociales (equiparación de prestaciones; equidad) y eco-

nómicas (reducir costes perjudiciales para la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias). Se apunta también en el Acuerdo de 2006 que este proceso de convergencia debe dar soluciones concretas a la problemática de subsectores específicos, encuadrados ahora parcialmente en los dos regímenes, a la modificación de encuadramiento que han producido efectos evaluados críticamente por los colectivos afectados, al colectivo de trabajadores de mayor edad y menor actividad laboral, a la consideración especial de las situaciones de inactividad y al conjunto de particularidades del sector. Pero quería irá más allá, pues se acordó también que la integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social se producirá en el uno de enero de 2009, en coherencia con los objetivos y dualidades de motivos ya aducidos para justificar las medidas de reforma anteriores.

La Ley 18/2007, de 4 de julio, dando cumplimiento legal en gran medida al referido Acuerdo, avanzó en el proceso de simplificación y racionalización de la estructura interna del Sistema de Seguridad Social. En dicha Ley se establece la integración de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial Agrario en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, con eficacia a partir del uno de enero de 2008 (art.1 de la Ley 18/2007). Plazo cumplido, pues, entrando en vigor en 1 de enero de 2008. En correspondencia, se crea un “Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios” dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (art.2). Su finalidad es actualizar el marco de protección social de los agricultores por cuenta propia, aproximándolo al de los trabajadores autónomos de la industria y los servicios, con un incremento de las cotizaciones, que a su vez generará mejores prestaciones y una menor incidencia futura sobre las pensiones mínimas. Entre las medidas concretas recogidas en la Ley para dicha integración, destacan la equiparación de las bases mínimas de cotización con los trabajadores autónomos; la creación de un sistema especial de trabajadores agrarios por cuenta propia dentro del RETA, con un tipo de cotización del 18,75% para la base mínima, y el establecimiento de incentivos dirigidos a fomentar la afiliación a dicho sistema especial de los menores de 40 años que sean cónyuges o descendientes del titular de la explotación agraria. Estas medidas han afectado aproximadamente a 250.000 trabajadores autónomos. Por otra parte, como es sabido, la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, dentro de las acciones dirigidas a la simplificación del sistema, contempla el proceso de integración de algunos regímenes especiales en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, estando pendiente de completar, en fecha próxima, las normas de desarrollo para la integración de los trabajadores por cuenta Ajena del RETA (740.531 afiliados a finales del año 2008) y la de los trabajadores afiliados al Régimen Especial de los empleados de hogar (282.472 afiliados a finales del año 2008) en el Régimen General (a los cuales se aludirá después).

No obstante, los avances respecto a la reforma en la estructura del Sistema son mínimos en la nueva ley reformista (Ley 40/2007), aunque no despreciables respecto a su incidencia global en el proceso de racionalización (que lo es también de “modernización”) de la estructura del Sistema de Seguridad Social. La Ley 40/2007, determina la aplicación de las normas sobre prestaciones en los diversos regímenes especiales (art.9, que da nueva redacción a la disposición adicional octava de la LGSS, relativa a las normas de desarrollo y aplicación a Regímenes Especiales); el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores del Mar (Disposición adicional decimosexta)⁸; modificando la protección de la situación de incapacidad temporal en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (Disposición adicional decimoséptima; Disposición transitoria primera, sobre derechos transitorios derivados de la legislación precedente, sobre la prolongación de efectos económicos de la situación de incapacidad temporal en dicho régimen especial). Hasta los últimos años, parece que el legislador se ha mostrado reticente todavía a abordar de una vez por todas la racionalización y simplificación en dos grandes regímenes especiales (de trabajadores por cuenta ajena y de trabajadores autónomos). No se puede dudar de su dificultad, dada la complejidad inherente, pero tampoco de su ineludible necesidad para completar y enderezar correctamente la reforma en curso.

En este plano una de las modificaciones más significativas ha sido incorporada no por la Ley 40/2007, sino por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, que trata de introducir un armazón más elaborado de la Seguridad Social de todos los trabajadores por cuenta propia o au-

⁸ En el Acuerdo de 2006 se indica –en el marco de la reforma de la estructura del Sistema– que “en relación con el Régimen especial de los trabajadores del Mar y el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos, se adoptarán las medidas necesarias a fin de impulsar la diversificación de actividades para los colectivos que quieran complementar la recolección y cultivo de especies marinas con procesos de manipulación, envasado y comercialización de las mismas”. Conforme al art.2.b del 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, aprobado por Decreto 2864/1974, de 30 de agosto (en la redacción dada por la Disposición adicional decimosexta de la Ley 40/2007): “b) Trabajadores por cuenta propia o autónomos que realicen de forma habitual, personal y directa alguna de las actividades que a continuación se enumeran, siempre que la misma constituya su medio fundamental de vida y concurren las demás circunstancias que reglamentariamente se determinen respecto a cada una de dichas actividades: 1º. Los armadores de pequeñas embarcaciones que trabajen a bordo de ellas. 2º. Los que se dediquen a la extracción de productos del mar. 3º. Los rederos que no realicen sus faenas por cuenta de una empresa pesquera determinada. Se presumirá que las anteriores actividades constituyen su medio fundamental de vida, a efectos de la inclusión en este Régimen Especial, siempre que de las mismas se obtengan ingresos para atender a sus propias necesidades o, en su caso, las de la unidad familiar, aun cuando con carácter ocasional o permanente realicen otros trabajos no específicamente marítimo-pesqueros determinantes o no de su inclusión en cualquier otro de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social”.

tónomos, partiendo del texto constitucional (reiterado ex art.23)⁹ e incluyendo, aunque sin desgajarla necesariamente del derecho general ex art.23, pero sin especificarla en el cuadro general de acción protectora general ex art.26) una protección por “cese de actividad”¹⁰. Respecto a la protección social pública de los trabajadores autónomos se ha de hacer notar que se garantiza la posibilidad de establecer reducciones o bonificaciones en las bases de cotización o en las cuotas de la Seguridad Social para determinados colectivos de trabajadores autónomos, en consideración a sus circunstancias personales o a las características profesionales de la actividad ejercida (art.25). Por otra parte, se extiende a los trabajadores autónomos económicamente dependientes¹¹ la protección por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art.26.3) y se reconoce la posibilidad de jubilación anticipada para aquellos trabajadores autónomos que desarrollen una actividad tóxica, peligrosa o penosa, en las mismas condiciones previstas para el Régimen General (26.4). Se trata de medidas que, junto con las previstas en las disposiciones adicionales, *tienden a favorecer la convergencia* del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos con el Régimen General.

⁹ En el art. 23 del Estatuto del Trabajador Autónomo se regula el “derecho a la Seguridad Social” del trabajador autónomo”, indicando en primer lugar que: “De conformidad con el art. 41 de la Constitución, las personas que ejerzan una actividad profesional o económica por cuenta propia o autónoma tendrán derecho al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, que les garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Las prestaciones complementarias serán libres”. En segundo lugar, que: “La protección de los trabajadores por cuenta propia o autónomos se instrumentará a través de un único régimen, que se denominará Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en razón de su pertenencia a un determinado sector económico, estén encuadrados en otros regímenes de la Seguridad Social”.

¹⁰ Conforme a la Disposición Adicional 4ª de la Ley 20/2007, sobre la “Prestación por cese de actividad”: “El Gobierno, siempre que estén garantizados los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera y ello responda a las necesidades y preferencias de los trabajadores autónomos, propondrán a las Cortes Generales la regulación de un sistema específico de protección por cese de actividad para los mismos, en función de sus características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida. La articulación de la prestación por cese de actividad se realizará de tal forma que, en los supuestos en que deba aplicarse en edades cercanas a la legal de jubilación, su aplicación garantice, en combinación con las medidas de anticipación de la edad de jubilación en circunstancias concretas contempladas en la Ley General de la Seguridad Social, que el nivel de protección dispensado sea el mismo, en supuestos equivalentes de carrera de cotización, esfuerzo contributivo y causalidad, que el de los trabajadores por cuenta propia, sin que ello pueda implicar costes adicionales en el nivel no contributivo. Las Administraciones Públicas podrán, por razones de política económica debidamente justificadas, cofinanciar planes de cese de actividad dirigidos a colectivos o sectores económicos concretos”.

¹¹ Que, como se sabe, “son aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por 100 de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales” (art.11 de la Ley 20/2007).

Por otra parte, como se sabe, las previsiones pactadas de reconducción completa del Régimen Especial Agrario al Régimen General ha tenido su norma cierre en Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social. Su Exposición de Motivos, deja constancia de que la regulación precedente había quedado en buena medida obsoleta y no se adecuaba ya a los cambios laborales, económicos, sociales y demográficos experimentados en el sector agrario español y su mercado de trabajo, produciendo importantes desajustes en la protección social de los trabajadores agrarios por cuenta ajena, que impiden su plena equiparación a la percibida por aquellos que prestan sus servicios en otros sectores económicos. Por otra parte, en el seno del Régimen Especial Agrario no se habían detectado incentivos para el incremento de la productividad agraria y el desarrollo de nuevas iniciativas, que requieren contar con una mano de obra suficientemente motivada para arraigarse en la tierra, de manera que se evite la situación actual, en la que muchos proyectos emprendedores pueden verse en peligro por la falta de trabajadores cualificados. Los objetivos de la reforma es completar el proceso de integración del Régimen Especial Agrario en el Régimen General (art.1.1), y la creación de un Sistema Especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios (art.1.2) en el cual, manteniendo el ámbito subjetivo de aplicación existente en el Régimen Especial Agrario con exclusión de los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida, se afiancen las garantías de empleo y de cobertura de los trabajadores agrarios por cuenta ajena a través de un nuevo modelo de cotización y de protección, dentro de un contexto de impulso de la creación de riqueza en el sector.

No es baladí recordar que más allá de “convergencias” entre regímenes funcionariales (entre sí y con el Régimen General), ya un grupo significativo de funcionarios se encuadran en el Régimen General de la Seguridad Social (cfr. art.97. “Extensión” del Régimen General de la Seguridad Social de la LGSS, y normas concordantes), y lo que es más importante la tendencia hacia la reconducción hacia el Régimen General es explícita en el RD-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, que establece la integración de los funcionarios de nuevo ingreso en el Régimen General de la Seguridad Social. Esta evolución normativa demuestra la intención de realizar gradualmente la opción de política legislativa encaminada a formar una estructura *dualista* de regímenes de Seguridad Social: un Régimen General de Trabajadores por cuenta ajena (en sentido amplio, siendo comprensivo de trabajadores asalariados y de funcionarios públicos, en calidad de empleados) y un Régimen General de Trabajadores por cuenta propia o autónomos (comprensivo de todos los trabajadores autónomos con independencia de su tipología y de las actividades profesionales desplegadas en calidad de autoempleo).

Con ello se ganaría en coherencia y equidad, pues, como se observó hace tiempo, “si se parte de las actuales coordenadas de todo Régimen de Seguridad Social moderno, la justificación de regímenes particulares se deteriora poniendo de manifiesto con absoluta claridad que su perpetuación obedece: o bien a un privilegio o exclusivismo de otro tipo que se logran conservar, por determinados grupos, o bien una pura inercia burocrática que no es capaz de levantar su punto de mira. En el fondo, pues, la existencia de regímenes particulares refleja una debilidad del poder que no está en disposición de enfrentarse con el “statu quo”, o que, por razones ideológicas, no quiere hacerlo”¹². Pero entiéndase bien que no se trata de unificar la Seguridad Social de manera totalmente indiferenciada, sino de crear lo antes posible una estructura que permita garantizar una estructura interna homogénea con arreglo a criterios racionales, es decir, una unidad en la diversidad (*unitas multiplex*) en cuyo interior coexistan las peculiaridades estrictamente lógicas y necesarias de acuerdo con los principios comunes que informan a todo el Sistema de Seguridad Social.

2.2. La protección por desempleo (“por cese de actividad”) de trabajadores autónomos en la Ley 32/2010 dentro del proceso de “convergencia” con el Régimen General (inserta en la línea de homogeneización entre regímenes de Seguridad Social)

Dentro del proceso de “*convergencia*” de regímenes con el ideal de cobertura del Régimen General es de realzar la protección por desempleo de los trabajadores autónomos, que había previsto la Disposición Adicional 4ª de la Ley 20/2007, sobre la “Prestación por cese de actividad” de los trabajadores autónomos. El mando fue cumplido por 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.

La necesidad de la protección “por cese de actividad” de los trabajadores autónomos se impone por su condición de trabajadores para los cuales cabe garantizar también la especial protección por desempleo a que hace referencia el art.41 de la Constitución Española, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, donde se garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, por lo que las referencias constitucionales a la protección social no se circunscriben al trabajo por cuenta ajena.

Se trata de un colectivo cada vez más amplio, que refleja el auge de la iniciativa privada y el autoempleo y constituye, al propio tiempo, un nítido

¹² Vida Soria, J.: “Régimen General y Regímenes Especiales en el Sistema de la Seguridad Social Española”, en *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, núm. 3 (1972), págs.49-61, en particular pág.51.

exponente de las nuevas formas de organización de las actividades económicas y de gestión descentralizada de los procesos productivos y del personal (gestión indirecta del personal por otras empresas a las cuales prestan servicios profesionales retribuidos los trabajadores en régimen de autonomía jurídica). De este modo, el trabajo autónomo, y sus distintas manifestaciones, ha sufrido un proceso de transformación social productiva que exige una respuesta específica por parte del Ordenamiento jurídico. Por lo demás, se aprecia en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, una nítida política de fomento del empleo autónomo (Cfr. Título V: “Fomento y promoción del trabajo autónomo”, de la LETAU).

Exigencia constitucional, fomento y proliferación del trabajo autónomo se unen, así, para justificar y fundamentar “un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos” (Ley 32/2010, de 5 de agosto). Pero, a mayor abundancia, a ello se añade la coyuntura de crisis actual, a saber: el importante impacto de la crisis económica y financiera que ha afectado no solamente a las relaciones laborales, sino que de forma específica ha tenido una repercusión significativa en el trabajo autónomo y, en especial, en actividades como la construcción o el comercio. Dada esa incidencia negativa, con fecha de 17 de marzo de 2009 se aprobó en el Congreso de los Diputados la Moción 173/55 denominada “Plan de Rescate de los autónomos”, que instaba al Gobierno a elaborar una propuesta de sistema de prestación por cese de actividad del trabajador autónomo para remitir a las Cortes Generales y con fecha de cinco de mayo de 2009 se rubricó el acuerdo de la Mesa del Trabajo Autónomo, donde también figuraba la medida del desarrollo del sistema de prestación por cese de actividad del trabajador autónomo. Ese sistema específico de protección social estaba previsto y en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

El sistema legal (la Ley 32/2010, que da cumplimiento al mandato regulado en dicha Disposición adicional), delimita la *situación protegida*, indicando que la Ley tiene por objeto atender a la situación jurídica de “trabajadores autónomos que pudiendo y queriendo ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo y estando incluidos en los niveles de protección en ella recogidos, hubieren cesado en esa actividad, con arreglo a lo establecido en el art.5º”, que regula la situación legal de cese *involuntario* de actividad (salvo por incumplimiento contractual grave del cliente, debidamente acreditado; art.5.2.b) de la Ley 32/2010 (art. 1.1).

Las causas determinantes de la situación legal de cese de actividad se especifican en el art.5 de la Ley 32/2010, a través de un listado que ofrece una gran amplitud de supuestos: concurrencia de causas económicas, técnicas, productivas u organizativas; fuerza mayor determinante del cese temporal o definitivo de la actividad económica o profesional; pérdida de la licencia admi-

nistrativa, siempre que la misma constituya un requisito para el ejercicio de la actividad económica o profesional y no venga motivada por incumplimientos contractuales o por la comisión de infracciones, faltas administrativas o delitos imputables al autónomo solicitante; violencia de género determinante del cese temporal o definitivo de la actividad de la trabajadora autónoma; divorcio o acuerdo de separación matrimonial, mediante la correspondiente resolución judicial, en los supuestos en que el autónomo divorciado o separado ejerciera funciones de ayuda familiar en el negocio de su excónyuge o de la persona de la que se ha separado, en función de las cuales estaba incluido en el correspondiente régimen de Seguridad Social, y que dejan de ejercerse a causa de la ruptura o separación matrimoniales; extinción “involuntaria” del contrato entre el cliente principal y el autónomo económicamente dependiente, en determinados supuestos¹³.

Por otra parte, el cese de actividad de todo tipo de trabajador autónomo (incluido, por tanto, el que afecta al trabajador autónomo económicamente dependiente, habrá de ser total en la actividad económica o profesional que de forma habitual, personal y directa se viniera desempeñando y siempre que hubiera dado lugar al encuadramiento obligatorio 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. Dicho cese de actividad podrá ser definitivo o temporal.

En cuanto al ámbito subjetivo, dicha protección por cese de actividad alcanza a los trabajadores autónomos comprendidos en el RETA que tengan cubierta la protección dispensada a las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incluyendo a los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el Sistema Especial de Trabajadores por cuenta propia agrarios, así como a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar (art.2). Estos trabajadores autónomos tienen un derecho –no una obligación, salvo en el caso del trabajador

¹³ “a) Por la terminación de la duración convenida en el contrato o conclusión de la obra o servicio. b) Por incumplimiento contractual grave del cliente, debidamente acreditado. c) Por rescisión de la relación contractual adoptada por causa justificada por el cliente, de acuerdo con lo establecido en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo. d) Por rescisión de la relación contractual adoptada por causa injustificada por el cliente, de acuerdo con lo establecido en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo. e) Por muerte, incapacidad o jubilación del cliente, siempre que impida la continuación de la actividad. En ningún caso se considerará en situación legal de cese de actividad: a) A aquéllos que cesen o interrumpan voluntariamente su actividad, salvo en el supuesto previsto en el apartado dos, letra b) del presente artículo. b) A los trabajadores autónomos económicamente dependientes que, tras cesar en su relación con el cliente y percibir la prestación por cese de actividad, vuelvan a contratar con el mismo cliente en un plazo de un año, a contar desde el momento en que se extinguió la prestación. Si el trabajador contrata con dicho cliente en el plazo señalado, deberá reintegrar la prestación percibida” (art. 5, núm. 2 y 3 Ley 32/2010).

autónomo dependiente y los autónomos que realicen actividades profesionales “que presenten un mayor riesgo de siniestralidad- a la concertación de la protección pública por cese de actividad (Disposición Adicional 4ª. “Prestación por cese de actividad” y Disposición Adicional 9ª de la LETAU; arts. 14, 26.3 y Disposición Adicional 3ª.2 de la LETAU). La elección de política legislativa por establecer la regla general de la voluntariedad otorga flexibilidad, pero puede entrañar el grave riesgo de cuestionar la misma viabilidad financiera de la protección efectiva por cese de actividad.

Respecto al ámbito objetivo, la acción protectora por cese de actividad comprende las prestaciones siguientes:

a) La prestación económica por cese total, temporal o definitivo, de la actividad. Dicha prestación tiene naturaleza pública y está comprendida, en los términos previstos en el art. 41 de la Constitución, dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social.

b) El abono de la cotización de Seguridad Social del trabajador autónomo por contingencias comunes, al régimen correspondiente. A tales efectos, el órgano gestor se hará cargo de la cuota que corresponda durante la percepción de las prestaciones económicas por cese de actividad, a partir del mes inmediatamente siguiente al del hecho causante del cese de actividad.

c) El sistema de protección por cese de actividad comprenderá, además, medidas de formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora de los trabajadores autónomos beneficiarios del mismo (art.3).

En la *dinámica* de la protección, cabe decir que los trabajadores autónomos que cumplan los requisitos establecidos en el art. 4 (“Requisitos para el nacimiento del derecho a la protección”) deberán solicitar a la misma Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social con la que tengan cubierta la protección dispensada a las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales el reconocimiento del derecho a la protección por cese de actividad (art.7).

El reconocimiento de la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos «supondrá el nacimiento del derecho al disfrute de la correspondiente prestación económica, a partir del primer día del mes inmediatamente siguiente a aquel en que se produjo el hecho causante del cese de actividad. Cuando el trabajador autónomo económicamente dependiente haya finalizado su relación con el cliente principal, para tener derecho al disfrute de la prestación, no podrá tener actividad con otros clientes a partir del día en que inicie el cobro de la prestación.» (art.7.1, párrafo 3º, modificado por el la Disposición adicional 2ª Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo).

La *duración de la prestación económica* por cese de actividad estará en función de los períodos de cotización efectuados dentro de los cuarenta y ocho meses anteriores a la situación legal de cese de actividad de los que, al menos, doce deben ser continuados e inmediatamente anteriores a dicha situación de cese con arreglo a la escala fijada en el art.8 de la Ley 32/2010.

La *cuantía* de la prestación económica por cese de actividad. La base reguladora de la prestación económica por cese de actividad será el promedio de las bases por las que se hubiere cotizado durante los doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese. La cuantía de la prestación, durante todo su período de disfrute, se determinará aplicando a la base reguladora el 70 por ciento. La *cuantía máxima* de la prestación por cese de actividad será del 175 por ciento del Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples, salvo cuando el trabajador autónomo tenga uno o más hijos a su cargo; en tal caso, la cuantía será, respectivamente, de 200 por ciento o del 225 por ciento de dicho indicador. Por su parte, la *cuantía mínima* de la prestación por cese de actividad será de 107 por ciento o del 80 del Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples, según el trabajador autónomo tenga hijos a su cargo, o no (art.9).

La protección por cese de actividad *se financiará exclusivamente* con cargo a la cotización por dicha contingencia de los trabajadores autónomos que tuvieran protegida la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art.14). La *Gestión* corresponde a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social con la que el trabajador autónomo tenga concertada la cobertura de las contingencias profesionales. De manera que ellas asumen la gestión de los servicios derivados de la prestación económica por cese de actividad de los trabajadores autónomos y proceder al reconocimiento, sus pensión, extinción y reanudación de las prestaciones, así como su pago, sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a los órganos competentes de la Administración en materia de sanciones por infracciones en el orden social (art.16).

Por último, señalar que –que, coherentemente, como materia de naturaleza social (Seguridad Social)- son los órganos jurisdiccionales competentes del orden social los competentes para conocer de las decisiones del órgano gestor, relativas al reconocimiento, suspensión o extinción de las prestaciones por cese de actividad, así como el pago de las mismas (art.19).

3. LO QUE QUEDA PENDIENTE EN EL PROCESO DE “INTEGRACIÓN” Y “CONVERGENCIA” DE RÉGIMENES DE SEGURIDAD SOCIAL. ESPECIALMENTE LA RECONDUCCIÓN GRADUAL DE LOS RÉGIMENES FUNCIONARIALES AL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El Acuerdo Social y Económico de 2011, para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, estableció entre sus prioridades el avance en la integración de Regímenes de Seguridad Social, especialmente respecto a la integración del Régimen Especial Agrario en el Régimen General de la Seguridad Social, y el compromiso de integración del Régimen Especial de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social. De nuevo, interesa destacar, que no sólo se trata de simplificar y racionalizar, sino también de tender a una mayor homogeneidad en el marco de una diversificación simplificada, es decir, se trata de que a pesar de la existencia de regímenes especiales, éstos miren de cerca al Régimen General como su referente e *ideal de cobertura* (Es la línea seguida ya en la disposición adicional 8ª de la LGSS).

A) Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social, plantea dos objetivos básicos:

a) La integración en el Régimen General de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, así como de los empresarios a los que prestan sus servicios (art.1. Integración en el Régimen General de la Seguridad Social del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social).

b) La creación de un Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios en el cual, manteniendo el ámbito subjetivo de aplicación existente en el Régimen Especial Agrario con exclusión de los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida, se afiancen las garantías de empleo y de cobertura de los trabajadores agrarios por cuenta ajena a través de un nuevo modelo de cotización y de protección, dentro de un contexto de impulso de la creación de riqueza en el sector (art.2. Creación del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social).

B) Por su parte, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, establece dicha integración en su Disposición adicional trigésima novena, apartado 1. Integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social: “Con efectos de 1 de enero de 2012, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar quedará integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante el

establecimiento de un sistema especial para dichos trabajadores en los términos y con el alcance indicados en esta disposición y con las demás peculiaridades que se determinen reglamentariamente”.

En cuanto a los regímenes especiales de los Funcionarios Públicos, la premisa ineludible es necesario incluirlos decididamente en la dinámica de la reforma de las pensiones y de su instrumento político-social fundamental: el Pacto de Toledo y sus Revisiones sucesivas. Hay que dar pasos firmes en el proceso de convergencia *gradual* de los regímenes funcionariales hacia un gran régimen general de la Seguridad Social.

Es preciso completar la reforma, de forma que la legislación de funcionarios (Clases Pasivas y Mutualismo administrativo) tenga desde el punto de vista normativo la misma extensión protectora que el Sistema de la Seguridad Social, y caminar en la dirección de la convergencia con el RGSS.

Es necesaria la crítica a la configuración de los “regímenes especiales de Seguridad Social” en su excesiva fragmentación actual, y, en particular, respecto a los funcionarios públicos. Como es sabido el surgimiento de los regímenes de los funcionarios públicos obedece a causas complejas vinculadas a la posición jurídica y burocrática de los funcionarios dentro del ámbito de la Administración del Estado moderno, de manera que tenderían a forjarse sistemas de previsión social específicos de las categorías y cuerpos funcionariales; “regímenes específicos” a los que se yuxtapondrían después los distintos regímenes públicos de los trabajadores asalariados. La evolución de la previsión social hacia la Seguridad Social no cuestionó en lo esencial la pervivencia de regímenes públicos especiales para los funcionarios públicos, a la par que se fueron creando regímenes especiales para distintos colectivos de trabajadores asalariados. Es una asignatura pendiente del proceso de racionalización de la estructura del Sistema de Seguridad Social.

Es lo cierto que la fragmentación de la protección de Seguridad en los llamados regímenes especiales de Seguridad Social presenta actualmente una cierta regresión limitada, pero significativa (no lo es tanto respecto al colectivo protegido de los funcionarios públicos, lo que, ciertamente, es anterior a la creación de los modernos sistemas de previsión y Seguridad Social). Esta regresión deriva básicamente de tres razones: En primer lugar, porque desde el punto de vista económico-financiero la fragmentación de los colectivos asegurados es generadora de graves problemas de gestión; en segundo lugar, porque en la coyuntura actual de replanteamiento del sistema protector se está valorizando el hecho de para organizar las estrategias reformistas de racionalización y de contención es más útil el proceder a la igualación y homogeneización de los sujetos protegidos, dentro de dos grandes regímenes de Seguridad Social: el Régimen General de trabajadores por cuenta ajena y el Régimen General de Trabajadores Autónomos.

Actualmente se considera necesaria y viable la reforma impulsada por el “Pacto Toledo” (no se puede “eludir” a riesgo de no poder explicar el proceso de reforma “interna” del sistema de protección social pública), en sus distintas renovaciones y desarrollos. Es proceso concertado de reforma cualitativa que pretende llevar a cabo una reforma de envergadura de la Seguridad Social. En particular, esta reforma pactada al más alto nivel persigue una simplificación y racionalización de la estructura de la Seguridad Social, reconduciéndola (u con ello a la población “activa”, profesional) hacia la instauración de dos grandes regímenes públicos de protección, a saber: el Régimen General de trabajadores por cuenta ajena, que podría permitir la inclusión también los regímenes funcionariales actuales, aunque con sus correspondientes peculiaridades y especificidades (que, sin duda, serán necesarias), y el Régimen “General” de Autónomos, en sus diversas tipologías. Pero manteniendo el carácter referente o paradigmático protector del Régimen General de la Seguridad Social. En esta dirección, el *Informe de evaluación* de los resultados del Pacto de Toledo de 2003 se expresó que “debe impulsarse la labor de simplificación en orden a la existencia futura de dos grandes regímenes en los que queden encuadrados, por un lado, los trabajadores por cuenta ajena y, por otro, los trabajadores por cuenta propia”. Es un proceso de transición de “largo” alcance, de larga duración.

No se pueden olvidar las recomendaciones del Pacto de Toledo –reiterada en su importante renovación de 2003- de unificar los regímenes en dos; tanto por exigencias de racionalización como de equidad. No se puede desconocer el Pacto de Toledo y sus desarrollos, porque hoy es el referente principal de todo el proceso reformista, de modo que acaba afectando a prácticamente todo el sistema de protección social pública (y, por supuesto, no sólo al sistema de pensiones) y a su heterogénea estructura interna y externa. Ya, efectivamente, en el Pacto de Toledo de 1995 se contenía una llamada a la simplificación de regímenes, ratificada en las recomendaciones de su renovación parlamentaria de 2003, donde se contiene una referencia más precisa a un proceso paulatino, que comprendiera un proceso paulatino, que comprendiera un análisis exhaustivo, un amplio periodo transitorio y la consideración de las especificidades del sector. Asimismo, durante estos años se han producido integraciones parciales. En el marco de de las Recomendaciones 3ª y 6ª del Pacto de Toledo, constituye una exigencia de equidad que debe presidir el sistema de protección social la equiparación en prestaciones y obligaciones de los cotizantes del Sistema, simplificación su estructura de regímenes (cfr. Acuerdo de 2006).

El *Acuerdo Político-Social sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006*, prosigue la estrategia de racionalización de la estructura interna del Sistema de Seguridad Social simplificando los regímenes especiales, y garantizar una mayor eficacia del principio de unidad en la tutela protectora dispensada. Desde su versión originaria, el Pacto de Toledo, había

recomendado que todos los trabajadores por cuenta ajena sean integrados en el Régimen General (Recomendaciones 3ª y 6ª). *No es sólo un problema de eficacia gestora (que lo es también), es ante todo una exigencia de equidad en la protección y en las obligaciones de cotización del Sistema.* El proceso –no exento de complejidad y dificultades para llevarlo a cabo– no se ha completado todavía (señaladamente, los trabajadores agrarios y empleados de hogar, y los “regímenes” de los funcionarios públicos). El Acuerdo trata de avanzar en este campo. Aquí no hay una exclusión “expresa” de los regímenes de los funcionarios públicos.

Está pendiente en nuestro proceso reformista de la Seguridad Social una reflexión en profundidad sobre los regímenes especiales de los funcionarios públicos en el *marco del proceso de reforma de la seguridad social*. Es precisa una reflexión crítica sobre su “aparente” *segregación-exclusión del proceso de reforma general*. Es manifiesto que la incidencia la hay, porque no se trata de una reforma tan sólo del sistema de pensiones de la Seguridad Social, sino más ampliamente de una reforma que incluye los pilares fundamentales de la Seguridad Social en su conjunto, y en no poco del sistema global de protección social pública (y privada) (v.gr., viabilidad de las pensiones, dialéctica público y privado, concurrencias de pensiones, etc.). Es posible inquirir al respecto, sobre el porqué de esa exclusión, que no es sólo un problema de pervivencia de privilegios, sino también un problema de racionalidad interna en los procesos de gestión pública, que están presididos por rémoras de viejas prácticas.

El proceso de racionalización de la estructura institucional de la Seguridad Social exigirá, no obstante, *no podrá producirse sino a través de un cierto período de transición* –que lo será de maduración de las medidas de simplificación y de homogeneización y de la organización de las estructuras de financiación¹⁴, -, y, en todo caso, cuando se complete será preciso respetar, aún dentro de cada uno de los dos grandes regímenes las singularidades de ciertos colectivos de trabajadores públicos y privados. Así el objetivo de organización la protección de toda la población activa se podrá realizar respetando determinadas lógicas específicas de “poblaciones” o “colectivos” evitando que se produzcan desigualdades no razonables entre ellas como ha venido ocurriendo con la tradicional segmentación de la población activa a través de la estructura diversificada la protección pública en regímenes especiales. La exigencia de

¹⁴ En la misma revisión del Pacto de Toledo de 2003 se percibe la complejidad del proceso de integración, al entender que debe de producir “de manera gradual y no traumática, y que se mantengan las especialidades que procedan en relación a cada uno de tales colectivos, estudiando el establecimiento de períodos graduales de integración y/o la posibilidad de que las mismas sean financiadas, en parte, por el Sistema de Seguridad Social”, subrayando que las medidas aprobadas han permitido –y deberán de progresar en ese sentido– ir equiparando los derechos de los trabajadores autónomos al Régimen General (Recomendación 4).

racionalización y simplificación de la estructura diversificada viene de lejos, y no ha hecho sino acrecentarse en los últimos años, a la par que ha avanzado el proceso de reforma de la Seguridad Social (organizada dentro o fuera del “Sistema institucional”). Fue un empeño expreso de la Ley 193/1963, de Bases de la Seguridad Social. La “Base Tercera” (“Regímenes y sistemas especiales”), el mantener la diferenciación pero racionalizándola, pretendiendo otorgarle un justificado motivo (“En aquellas actividades profesionales en que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos se hiciere preciso, se establecerán regímenes especiales para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social”) y exigiendo formalmente una cierta protección homogénea de los colectivos objeto de segmentación institucional (“En la regulación de ambos regímenes se tenderá a la paridad de derechos y prestaciones con el régimen general”). La estructura diversificada del Sistema se mantiene en los Textos posteriores (Texto Articulado de 1966, Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966, y Texto Refundido de la LGSS, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo). La última fase de ese período de formación histórica es la LGSS de 1994 (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social). En ella la “estructura del sistema de la Seguridad Social” se regula en el capítulo II (“Campo de aplicación y estructura *del sistema* de la Seguridad Social”) del Título I (“Normas *generales del sistema* de la Seguridad Social”). Por su parte, el Título II entra en la regulación del “Régimen General de la Seguridad Social”, aplicable a los trabajadores por cuenta ajena o asimilados (art.97.1 LGSS). La estructura del sistema de Seguridad Social de organiza en de modo dual distinguiendo entre el Régimen General y los Regímenes Especiales (art.9), siendo así que el art.10.2 LGSS configura técnicamente como “Regímenes Especiales” los internos al sistema administrativo institucional de la Seguridad Social y los regímenes relativamente externos a dicho sistema. Esa idea subyacente de que estamos a la lógica propia de los artículos 9 y 10 de la LGSS *la base legal para el juego aplicativo de cierta ordenación general de la LGSS a los mismos (a todos, atendiendo a su respectiva peculiaridad) regímenes especiales, lo que merecería una exploración al respecto; habría que explorar más sobre qué posibilidades tiene esa ubicación y la existencia de algo así como una ordenación general.* Es verdad que los regímenes funcionariales se regirán “por la Ley o Leyes específicas que se dicten al efecto”, pero el mismo art.10 LGSS proclama el carácter referente de la ordenación general de la Seguridad Social, atendiendo a la máxima homogeneidad con el Régimen General, que permita las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos Regímenes (art.10.4). Y en esa línea de política legislativa se establece también que “De conformidad con la *tendencia a la unidad que debe presidir la ordenación del sistema de la Seguridad Social, el*

Gobierno, a propuesta del MTAS, podrá disponer la integración en el Régimen General de cualquiera de los Regímenes Especiales correspondientes a los grupos que se relacionan en el apartado 2 del presente artículo, a excepción de los que han de regirse por Leyes específicas, siempre que ello sea posible teniendo en cuenta las peculiares características de los grupos afectados y el grado de homogeneidad con el Régimen General alcanzado en la regulación del Régimen Especial de que se trate. De igual forma, podrá disponerse que la integración prevista en el párrafo anterior tenga lugar en otro Régimen Especial cuando así lo aconsejen las características de los Regímenes y se logre con ello una mayor homogeneidad en el Régimen General”. Pero la misma ordenación legal de deja de incurrir en un acierta contradicción político jurídica cuando establece una sistema de cláusula abierta para el posible establecimiento por iniciativa del MTAS de nuevos regímenes especiales otros colectivos que se determinen (art.10.2,g) LGSS), cuando concurren las circunstancias genéricas prevista ex art.10.1 LGSS.

Por otra parte, conviene tener en cuenta la existencia ciertos aspectos genéricamente aplicables a todos los regímenes especiales que pueden tomarse en consideración por el jurista, y que no voy a entrar aquí por razones obvias de espacio. Hay además un proceso reformista –arduo y lento- de medidas de integración y aproximación de de los regímenes especiales que marcan (o tratan de hacerlo) *un horizonte simplificador y racionalizador (formal y material) de los regímenes especiales*. Un ejemplo harto significativo es la Disp. Adicional 8ª de la LGSS., que establece reglas de desarrollo y aplicación a regímenes especiales (en realidad reglas que son aplicables, en principio, a todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social), y hay otras indicaciones normativas. Por consiguiente, se trata de ciertas “reglas comunes”, que en lo que se apliquen o no a los regímenes funcionariales es algo que deberá precisar en cada momento analítico. *E incluso está la necesaria confrontación con esa construcción –parcial e incompleta- de un “derecho común” de la Seguridad Social.*

Otros datos normativos son harto significativos. Así, el art.7.1.e) LGSS incluye dentro del campo de aplicación del “sistema de la seguridad social” a los funcionarios públicos, civiles y militares. El art.9. 1 LGSS incluye a los regímenes especiales del art.10 dentro de la estructura del sistema de la seguridad social (aunque esa estructura nunca ha sido plenamente realizada, siendo en la práctica un criterio a seguir para la política del Derecho de la Seguridad Social). Aunque es manifiesto que el art.10.3 deja constancia de que los regímenes de funcionarios públicos, civiles y militares se regirán por la ley o leyes específicas que se dicten al efecto. Es así que desde un plano de “lege data” queda mucho por hacer, pero se está caminando en el senda de “lege ferenda” de una mayor simplificación y racionalización a la estructura de la Seguridad Social. En este orden de ideas, tengo la impresión que, a menudo

se ha realizado una lectura “*lege data*” excesivamente “*exteriorizadora*” de la misma regulación *actual* de los regímenes especiales funcionariales. La regulación vigente ofrece ya, aunque tímidamente, algunos resortes para continuar avanzado en el proceso de simplificación y racionalización de la Seguridad Social como un todo, precisamente en el sentido previsto en el art.41 del texto constitucional. Aparte de que se haya de defender, en el plano de la política del Derecho, su supresión en términos de conjunto. En términos generales, la diversidad de regímenes se traduce en una extremada dispersión normativa, con la consiguiente quiebra o erosión de la seguridad y coherencia jurídicas. También la desigualdad de tratamientos protectores, etc.

En esta línea de pensamiento cabría interrogarse sobre si la *protección social pública de los funcionarios públicos, es verdaderamente Seguridad Social*. Hay quien duda de esa configuración, y a menudo parece moverse en un terreno de ambigüedad cuando se trata de separar su no pertenencia al sistema administrativo institucional de la Seguridad Social de la noción técnica de seguridad social. En gran medida, es un problema de precisión en el lenguaje técnico que se utiliza. No cabe ninguna duda de que la Seguridad Social de los funcionarios públicos es verdadera Seguridad Social en el sentido del art.41 CE, aparte de que la regulación normativa específica vigente de autocalifica como de Seguridad Social. Es verdad que hay una pretensión claramente segregacionistas; pero lo es del “Sistema institucional de Seguridad Social”: RDleg 4/2000, de 23 de junio, aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado; RD.Leg. 3/2000, de 23 de junio, aprueba el texto refundido del régimen de la seguridad social del personal al servicio de la administración de justicia; RDleg. 1/2000, de 9 de junio, aprueba el texto refundido de la Ley sobre seguridad social de las Fuerzas Armadas. Pero estas normas *son desarrollo legal del mandato constitucional* contenido en el art.41 CE. En tal sentido es siempre útil tomar en consideración más atentamente el art.41 CE, que, a menudo se ignora, y que es un precepto unificante. Merecería un análisis más detenido la consideración de ese necesario entronque o conexión de los regímenes funcionariales con la norma que reconoce el derecho social a la Seguridad Social y su institucionalización jurídico-pública. No hablemos de la inserción de esta problemática dentro del cuadro de distribución competencial ex art.149.1.17 CE (no hay otra posibilidad lógico-jurídica de encuadramiento técnico jurídico). En todo caso ese enfoque es estrictamente necesario para *fundar y orientar* el actual proceso reformista de la Seguridad Social (en su conjunto). El jurista no puede rehusar, renunciar, a realizar un análisis desde esta perspectiva. No se puede desconocer la “*fuerza constituyente*” del art.41 CE respecto a la *necesaria instauración de “un” régimen* de seguridad social informado por los valores y principios fundamentales que informan el ordenamiento jurídico. Con inde-

pendencia de que la “realidad legislativa” está lejos de ese objetivo trazado imperativamente por el texto constitucional (en realidad, lo desmiente). El art.41 CE es típicamente una “norma de finalidad” que marca la dirección (norma directiva) que debe seguir el legislador. No se olvide que el modelo de Seguridad Social (y más ampliamente de protección social) que se adopte es una cuestión política (de política del Derecho), una elección de la forma de organizarse la sociedad, más allá de todos los planteamientos técnicos (en todo caso, subordinados racionalmente a la realización efectiva de dicha elección sustancialmente política). El art.41 CE es, en efecto, una norma directiva que contiene la orientación político-jurídica hacia la unificación institucional de la Seguridad Social. Es necesario, pues, tener siempre como referente el sistema normativa diseñado ex art.41 CE, también en su conexión con ámbito de la función pública. *Un “régimen” protector “especial” no puede aislarse del todo, sin más; hay que atender a sus conexiones sistémicas dentro del sistema de protección social pública en su conjunto.* A pesar de que los regímenes funcionariales han tendido históricamente a operar con una lógica interna propia, separada y paralela respecto a los regímenes considerados más internos al Sistema institucional de la Seguridad Social. Su existencia, y diversidad en el esquema protector, refleja las aporías de nuestro sistema de protección social pública, y, desde luego, la ruptura del principio de unidad que debería informar a “*un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos*” (art.41 CE)¹⁵.

Es cierto que los procesos de reforma de la Seguridad Social desde el

¹⁵ Nótese que este precepto consagra un derecho a la Seguridad Social. Se puede estar de acuerdo con la postura que considera que ciertamente la Constitución ex art.41 consagra una fórmula debilitada del derecho a la Seguridad Social, con apertura a una multiplicidad de opciones de política del Derecho a la Seguridad Social. Ahora bien, ninguna norma constitucional puede interpretarse de modo aislado (la Constitución es una unidad normativa): es necesario y obligado hacerlo atendiendo a toda la sistemática constitucional; esto es, debe realizarse una interpretación sistemática de la Constitución, de lo cual resulta que aplicando el art.10.2 CE, el texto constitucional acaba por reconocer ese derecho subjetivo público a la Seguridad Social. La única forma de evitarlo sería denunciar los grandes instrumentos normativos internacionales, como la Carta Social Europea; los Pactos Internacionales de derechos económicos, sociales y culturales; el Convenio 102 de la OIT (norma mínima de la Seguridad Social). Estas normas internacionales configuran, sin sombra de duda, a la Seguridad Social como un derecho subjetivo de la persona cuya justiciabilidad ha de ser garantizada por los Estados signatarios de los mismos. Pero esa denuncia es sencillamente inconcebible; sería una hipótesis tan difícil de realizar como suprimir el propio art.41 CE. Cuestión distinta es la de entender que es un derecho social recogido en una “norma de finalidad”, pero con contenidos pre-fijados por el propio legislador constituyente.

Los derechos sociales de prestación –como el de Seguridad Social- son auténticos derechos, sin perjuicio de que dicha configuración prestacional requiera de la necesaria intermediación legislativa para proveerles de contenido legal (v.gr., STCo 126/1994, de 25 de abril). Significativamente, frente a la visión tradicional de los derechos sociales como derechos debilitados, la moderna doctrina constitucional alemana ha configurado los derechos de prestación (y en particular los derechos sociales) como auténticos derechos fundamentales, dotados, en lógica correspondencia, de eficacia y justiciabilidad directa.

Pacto de Toledo y sus desarrollos son renuentes respecto al tratamiento directo de los regímenes funcionariales y la simplificación de regímenes parece no afectarles, pero indirectamente hay cambios fundamentales (v.gr., las normas comunes, la protección complementaria, que es materia fundamental, homogeneización de ciertas prestaciones, y otras muchas cuestiones), que deben ser objeto de una más adecuada y coherente planificación. Por lo demás, lo que habrá que analizar es precisamente el porqué el proceso de reforma no ha querido afectar, por el momento, a los regímenes funcionariales (¿es un problema de racionalización, es un problema de privilegio, es un problema económico?). Los términos del problema vienen planteados, entre otras cosas, porque, como se ha indicado, hay obligación legal de una cierta homogeneidad incumplida en su mayor parte (al menos hasta el momento) por falta de voluntad política.

La misma Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico de los empleados públicos, puede aportar algunos elementos para abundar en la *convergencia* progresiva de regulaciones hoy diversificadas para todo el empleo público, más allá de sus diferencias específicas. Existe una coextensión entre este proceso de “laboralización” parcial y el proceso de simplificación y homogeneización hacia el Régimen General de la Seguridad Social, tendencialmente de todos los trabajadores por cuenta ajena (a pesar de que existan diferencias significativas entre los estatutos jurídicos aplicables). Por cierto, según el art.14.o) de dicho Estatuto Básico, los empleados públicos tienen el derecho individual “a las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación”. Por su parte, la Disposición Adicional 5ª, sobre “Jubilación de los funcionarios públicos” establece que: “El Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regimenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos”.

4. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 18.ª ed., Civitas, 2002.

ALONSO OLEA, M.y SERRANO GUIRADO, E.: *La Seguridad Social de los Funcionarios Públicos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.

ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “Los principios jurídicos de la Seguridad Social”, en VV.AA.: *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, coord. J. López López, Albacete, Bomarzo, 2005.

APARICIO TOVAR, J.: “La evolución regresiva de la Seguridad Social en el periodo 1996-2002: Hacia el seguro y el asistencialismo”, en *Revista de Derecho Social*, núm.19 (2002).

APILLUELO MARTÍN, M.: *Los derechos sociales del trabajador autónomo*, Valencia, tirant lo blanch, 2006.

BALDWIN, P.: *La política de solidaridad social. Bases sociales del Estado de Bienestar europeo 1875-1975*, Madrid, MTSS, 1992.

BEVERIDGE, S.W.: *Las bases de la Seguridad Social* (1943), México, FCE, 2ª ed., 1946.

-*Pleno empleo en una sociedad libre*, Madrid, MTAS, 1989.

-*Seguro social y servicios sociales*, Madrid, MTSS, 1989.

BLANCO, J.E.: *Planificación de la Seguridad Social española*, Barcelona, Eds. Marte, 1964.

BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. Y MOMPARTER CARRASCO, M. A.: *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, 8ª ed., Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

BLASCO LAHOZ, J.F.: *Regímenes especiales integrados en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia, ed. tirant lo blanch, 1996.

-“La reforma de la estructura del sistema de la Seguridad Social”, en VV.AA.: *La reforma de la seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, La Ley, 2008.

BORRAJO DACRUZ, E.: “La Seguridad Social en la Constitución Española”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t.II, Madrid, Civitas, 1991.

-“La reforma de la Seguridad Social: de los modelos teóricos a las revisiones razonables. El Informe Beveridge en 1985”, *Documentación Laboral*, núm. 15 (1985).

CABEZA PEREIRO, J.: «Convergencia entre Regímenes de Seguridad Social», *Temas Laborales*, núm. 66 (2002).

CARRIL VAZQUEZ, X.M.: *La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Madrid, 1999.

CASAS BAAMONDE, Mª.E.: *Autónomos agrarios y Seguridad Social*, Madrid, 1975.

CAVAS MARTÍNEZ, F. Y CÁMARA BOTÍA, A.: *La acción protectora del Régimen Especial de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Cizur Menor (Navarra), 2006.

CAVAS MARTÍNEZ, F., CÁMARA BOTÍA, A.: *La acción protectora del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

DESDENTADO BONETE, Ay TEJERINA ALONSO, J.L.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Valladolid, 2004.

GALA VALLEJO, C.: *Régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, MTAS, Madrid, 2003.

García Ninet, J. I.: “Comentarios breves al «Acuerdo en materia de Seguridad Social»”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 12, 2006.

GARCÍA ROMERO, B.: *Seguridad Social Agraria: acción protectora*, Cizur Menor (Navarra), 2006.

GARCÍA VIÑA, J.: *Aspectos laborales de salud laboral y seguridad social de los empleados de hogar*, Granada, Ed. Comares, 2009.

GONZÁLO GONZÁLEZ, B. Y NUÑO RUBIO, J. L.: *Seguridad Social de los Funcionarios Públicos en España*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

GURVITCH, G.: *La idea del Derecho Social*, trad., y Estudio preliminar, “La ‘Idea del Derecho Social’ en la teoría general de los derechos”, a cargo de J. L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares, 2005.

HIERRO HIERRO, F. J.: *Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, Cizur Menor (Navarra), 2005.

LÓPEZ GANDÍA, J.: “La convergencia entre regímenes de Seguridad Social”, en *Temas Laborales*, núm. 81 (2005).

LÓPEZ ANIORTE, M. C.: *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Cizur Menor (Pamplona), 1996.

LUJÁN ALCARAZ, J.: *Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, Cizur Menor (Pamplona), 2000.

MARTÍN VALVERDE, A.: “Comentario al artículo 9 de la LGSS (Estructura del Sistema de Seguridad Social)”, en VV.AA.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, t. I., Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M^a. N. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 1999.

–“La especialidad del Régimen Agrario de la Seguridad Social”, en *RISS*, núm. 6 (1969).

MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la Minería del Carbón*, León, Universidad de León, 1997.

MONEREO PÉREZ, J. L. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El desempleo de los trabajadores autónomos”, en VV.AA.: *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*, Murcia, Ed. Laborum, 2008.

MONEREO PÉREZ, J. L. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Los derechos de protección social de los trabajadores autónomos*, Granada, Ed. Comares, 2009.

MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 10 de la LGSS (Regímenes Especiales)”, en VV.AA.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, t. I., Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M^a. N. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 1999.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”, en *Relaciones Laborales*, núm. 24 (2001).

-“Comentario al art.41 de la Constitución”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo,J.L.,Molina,C.y Moreno,M^a.N.(Dir.), Granada, Ed.Comares, 2002.

-“La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”, en *Relaciones Laborales*, núm.24 (2001).

-“Acuerdo Político-Social sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006”, en *Boletín Informativo CARL*, núm.5 (2006)

-*Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed.Comares, 2007.

MONTOYA MELGAR,A.: “La fragmentacion de la Seguridad Social y sus razones”, en *RPS*, núm.98.

-“El Réimen Especial Agrario de la Seguridad Social”, en *RPS*, núm. 72.

“La Seguridad Social de los trabajadores autónomos”, en *RISS*, núm. 5 (1965).

MORENO VIDA,M^a.N., MONEREO PÉREZ,J.L.,GARCÍA VALVERDE,M^a. Y FERNÁNDEZ AVILÉS,J.A.: *El Trabajo en la Agricultura. Estudio práctico del Sistema de Protección laboral y de Seguridad Social*, Granada, Ed.Comares, 2005.

OIT.: *Seguridad Social: un nuevo consenso*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002.

OLARTE ENCABO,S.: “Comentario a la disposición aicional 8^a de la LGSS”, en VV.AA.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, t. I., Monereo Pérez,J.L. y Moreno Vida, M^a.N. (Dir.), Granada, Ed.Comares, 1999.

PANIZO ROBLES, J. A.: “El Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (Comentario de urgencia)” (I y II), *Tribuna Social* nº 190 y 191 (2006).

-“La nueva formulación del Pacto de Toledo: ¿la adaptación de la Seguridad Social a las nuevas realidades y demandas sociales?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Estudios Financieros)*, núm. 249 (2003).

-“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)”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Estudios Financieros*, núm.312 (2009).

PURCALLA BONILLA,M.Á.: “Trabajo autónomo y prestación por cese de actividad: la reforma anunciada sobre el “desempleo” de los trabajadores autónomos”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Estudios Financieros*, núm.312 (2009).

QUESADA SEGURA,R.: “Régimen especial de los empleados de hogar”, en VV.AA.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, t. I., Monereo Pérez,J.L. y Moreno Vida, M^a.N. (Dir.), Granada, Ed.Comares, 1999.

RODRÍGUEZ CARDO,I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, Cizur Menor (Pamplona), 2008.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO,S.: “La necesaria integración de la protección social de los funcionarios públicos en el Régimen General de la Seguridad So-

cial. Una tarea pendiente”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social-Estudios Financieros*, núm.183 (1998).

TORTUERO PLAZA, J. L. Y PANIZO ROBLES, J. A. *Convergencia de regímenes*, ed. Fundación Alternativas, Madrid, 2003.

VALDÉS DA-RÉ,F.: “El régimen especial de trabajadores autónomos en el proceso de reforma de la Seguridad Social”, en VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Sorial con motivo de su jubilación*, Monereo Pérez,J.L.,Molina Navarrete,C. y Moreno Vida, M^a.N. (Coords.), Granada, Ed.Comares, 2008.

-“El sistema de protección por cese de actividad del trabajo autónomo: propuestas para una futura regulación”, en *Revista de Derecho Social*, núm.45 (2009).

VIDA SORIA,J.: “Artículo 41. Seguridad Social”, en ALZAGA VILLAMIL,O. (dir.): *Comentario a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, 1984, 2^a edición 1996.

-“Régimen General y Regímenes Especiales en el sistema de la Seguridad Social Española”, *CCDT*, núm. 3, 1972.

- “Los regímenes especiales”, en *Papeles de Economía Española*, núm. 12/13 (1982).

VIDA,J.,MONEREO,J.L.,MOLINA,C. Y QUESADA,R.: *Manual de Seguridad Social*, 6^a ed., Madrid,Tecnos, 2011.

VILLA GIL,L.E.: “El modelo constitucional de la protección social”, en *Aranzadi Social*, núm.3 (2004).

VV.AA.: *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de Seguridad Social*, Madrid, Departamenteo de Derecho del Trabajo-Universidad de Madrid, 1972.

VV.AA.: *Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse. Pacto de Toledo*, Madrid, MTSS, 1996.

VV.AA.: *Renovación del Pacto de Toledo (Informe de Evaluación de los resultados del Pacto de Toledo)*, Madrid, MTAS, 2003.

VV.A.A.: *Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social*, Madrid, MTAS, 2001.

VV.AA.: *Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2006.

VV.AA.: *Cien Años de Protección Social en España. Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, Madrid, MTAS-INSS, 2007.

VV.AA.: *Derecho de la Seguridad Social*, De la Villa Gil,L.E. (Dir.), Valencia, tirant lo blanch, 2003.

VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Sorial con motivo de su jubilación*, Monereo Pérez,J.L.,Molina Navarrete,C. y Moreno Vida, M^a.N. (Coords.), Granada, Ed.Comares, 2008.

LA JUBILACIÓN ORDINARIA

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: Jubilación, Seguridad Social, Reforma

El presente artículo aborda la profunda reforma de la pensión de jubilación ordinaria o estándar que se ha producido mediante la Ley 27/2011, de 2 de agosto. Se trata de un cambio normativo que, aunque ha demorado su efectividad con carácter general hasta enero de 2013 y contiene normas transitorias que garantizan una aplicación paulatina que se extenderá hasta el año 2027, es de una relevancia fundamental ya que ha afectado a la edad ordinaria de jubilación, que se eleva de 65 a 67 años; a los años de cotización previa que se toman para el cálculo de la base reguladora, que se amplían de 15 años a 25; a la forma de cubrir las lagunas de cotización de ese periodo que combina reglas favorables al beneficiario y otras restrictivas; los porcentajes aplicables a la base reguladora para determinar la cuantía de la pensión, que se reducen en su cuantía de forma que será necesario cotizar más años para alcanzar los mismos porcentajes que actualmente; a la regulación de los complementos de mínimos, también hecha de forma más restrictiva.

Sólo elementos como la posible ampliación de los supuestos de aplicación de coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación, el mantenimiento de la posibilidad de jubilarse a los 65 años aportando una amplia carrera de cotización y las todavía escasas y poco articuladas reglas de compatibilidad entre trabajo y pensión, constituyen elementos innovadores que contrapesan la intención, claramente, limitativa del paquete central de las reformas. Todas estas cuestiones se analizan en el trabajo así como otras, de menor calado, que también se recogen en la ley 27/2011.

ABSTRACT

Key Words: Retirement, Social Security, Reform

The present article is about the profound reform on the Retirement pension system under the Law 27/2011, of August 2nd. This is a change in legal foundations that, even if its application has been delayed until January 2013 it contains some transitory norms which guarantee a step-by-step or low application that will be extended until 2027. The issue here is that the age of retirement has been delayed from 65 to 67 years. In order to calculate the retirement, before, were considered 15 years of pay contributions whereas now 25 are considered, and to fulfil these holes in certain contributions periods (in non-working periods) that sometimes may result as favourable rules to the beneficiary and others restrictive. The percentages applicable to calculate pension's amount are reduced, so people will need to work more years in order to reach the same percentages to get the same retirement pension rate, and the regulation of minimums are more restrictive.

Only elements with possible changes in the application in coefficients reduction that reduce the retirement age, to maintain the possibility of retire at 65 years old, just to provide information about the contributions paid and some other rules less articulated like the compatibility between work and the retirement pension. All these can be considered as innovative elements that tend to decrease the limitations established by the general reforms. These issues are analysed in the present work, and other less important, that are also included in the 27/2011 Law.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS REFORMAS REFERIDAS AL INCREMENTO DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN Y SUS EXCEPCIONES
 - 2.1. Modificación de la edad ordinaria de jubilación y la normativa transitoria
 - 2.2. El mantenimiento de la edad ordinaria de jubilación en los 65 años para casos de amplias carreras de cotización
 - 2.3. Los coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación
3. LAS REFORMAS RELATIVAS A LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN: BASE REGULADORA Y PORCENTAJE APLICABLE
 - 3.1. Las nuevas normas referidas a la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación
 - 3.1.1. La ampliación del número de meses que se computan para determinar la base reguladora de la pensión
 - 3.1.2. Cobertura de lagunas de cotización
 - 3.1.3. Normas transitorias aplicables al cálculo de la base reguladora
 - 3.2. La nueva escala de porcentajes aplicables a la base reguladora en función de los periodos de cotización previos y su aplicación transitoria
 - 3.2.1. Nuevos porcentajes
 - 3.2.2. Normas transitorias
 - 3.3. Los complementos para pensiones inferiores a la mínima
4. OTRAS REFORMAS RELACIONADAS CON LA PENSIÓN ORDINARIA DE JUBILACIÓN
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Ley 27/2011, de 1 de agosto (BOE de 2 de agosto), sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social (que se citará en este trabajo como Ley 27/2011), es la enésima reforma del Sistema español de Seguridad Social y se justifica, como su título evidencia, por objetivos, genéricos y polivalentes, como los de actualización, modernización, racionalización, adecuación, adaptación u otros semejantes. No puede dudarse de la necesidad de revisar, reorganizar y poner permanentemente al día un sistema de protección tan inevitablemente dinámico y en constante transformación como es cualquier sistema de Seguridad Social. Siquiera sea por las relaciones de influencia recíproca que se establecen entre los contextos económicos, financieros, empresariales, sociológicos, demográficos y políticos y los sistemas de protección social; por no hablar de la necesaria adecuación técnica, jurídica y actuarial, que requiere de forma constante un sistema tan complejo desde el punto de vista jurídico e institucional.

Mucho más si se tiene en cuenta el documento parlamentario denominado como Pacto de Toledo (o Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del Sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse, que es su título original), aprobado, como se sabe, el 6 de abril de 1995. Un documento varias veces revisado (el último

ejemplo de ello es el Informe de la Comisión aprobado por el Pleno del Congreso el 25 de enero de 2011), cuyo desarrollo y aplicación ha estado jalonado por numerosos pactos o acuerdos entre gobierno, organizaciones empresariales y sindicales. Siendo su última expresión el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, de fecha 2 de febrero de 2011, cuya parte II (seguramente la más trascendental) está dedicada a la reforma y el fortalecimiento del sistema público de pensiones. Tanto uno como otro documento están en la base de la reforma legal y así lo reconoce expresamente el apartado III del Preámbulo de la Ley 27/2011.

La Ley 27/2011 es, sin duda alguna, una ley compleja, que aborda muchos aspectos, de diversa importancia y con distinto impacto, del Sistema de Seguridad Social: incapacidad permanente, regímenes especiales, viudedad y orfandad, agencia de la Seguridad Social, convenios especiales, una nueva prestación por cuidado de hijo con enfermedad grave, planes y fondos de pensiones, etc. Pero, también sin duda, es la jubilación la que ocupa el centro y la mayor parte de la nueva regulación. A su vez, y en el ámbito de esta última, se abordan también muchos de sus aspectos o dimensiones: los distintos tipos de jubilación (forzosa, ordinaria, anticipada, parcial, retrasada), las edades de cada una, las carencias exigidas, la forma de cálculo de la cuantía de la pensión, los complementos de mínimos, la compatibilidad con el trabajo, la cotización particular en los casos de actividad profesional tras la edad ordinaria de jubilación, o las llamadas prejubilaciones.

El propósito de este trabajo es analizar las reformas introducidas por la Ley 27/2011 en relación con la pensión ordinaria o estándar de jubilación, sobre todo las que suponen modificaciones de relieve en el texto del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS, en adelante), dejando para otros estudios todo lo referido a las otras modalidades de jubilación. En concreto, se considerarán los arts. 4 (por el que se modifican los arts. 161.1, 162.1, 163 LGSS y las correspondientes nuevas o corregidas versiones de las disposiciones transitorias quinta, vigésima, vigésima primera y -adicional quincuagésima séptima LGSS); el art. 8 (que introduce una nueva disposición adicional en la LGSS, la quincuagésima novena); las disposiciones adicionales octava, décimo octava (que modifica el RD que se refiere a la edad de jubilación de las personas con discapacidad), vigésima tercera, vigésima octava, vigésima novena, trigésima primera (que modifica el art. 165 LGSS), trigésima segunda, trigésima séptima y cuadragésima cuarta, la disposición final séptima, números siete y ocho, de la propia Ley 27/2011, así como, en fin, las disposición final duodécima, sobre entrada en vigor de las reformas. Lo anterior no significa que no se hagan referencias a otras materias reguladas por la Ley 27/2011, como sucede, por ejemplo, con los complementos para pensiones inferiores a la mínima, que se prevén en el art. 1, modificando el art. 50 LGSS y añadiendo una nueva disposición adicional, la quincuagésima cuarta, a este mismo texto.

2. LAS REFORMAS REFERIDAS AL INCREMENTO DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN Y SUS EXCEPCIONES

El art. 4.Uno de la Ley 27/2011 se refiere al tema de la edad ordinaria o estándar necesaria para generar el derecho a la pensión. Para poner en práctica el objetivo del incremento de la edad ordinaria de jubilación, el art. 4.Uno de la Ley 27/2011 ha procedido a modificar el art. 161, apartado 1 LGSS, al que se da una nueva redacción, pero que en realidad sólo afecta a la letra a). De forma que, frente a la dicción anterior (*a) Haber cumplido sesenta y cinco años de edad*”), la nueva redacción establece: “*a) Haber cumplido 67 años de edad, o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización, sin que se tengan en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias. Para el cómputo de los años de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a un año o un mes las fracciones de los mismos*”.

2.1. Modificación de la edad ordinaria de jubilación y la normativa transitoria

El primer mandato, pues, del nuevo texto del art. 161.1, a) LGSS es el de modificar al alza la edad ordinaria de jubilación, que pasa de los 65 a los 67 años. Se trata, sin embargo, de una previsión que sólo será plenamente real en el año 2027, al haberse establecido, como se ha dicho, un amplio periodo transitorio. De manera que, paulatinamente, la edad ordinaria de jubilación irá incrementándose a un cierto ritmo establecido en la nueva disposición transitoria vigésima de la LGSS, configurando, durante un plazo de quince años, edades ordinarias de jubilación que serán, partiendo de los 65 años, cada vez más altas (65 y 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8 o 10 meses; 66 años; 66 años y 2, 4, 6, 8 y 10 meses hasta llegar a los 67 años, “*a partir del año 2027*”).

La regulación de la transitoriedad en la aplicación del incremento de la edad ordinaria de jubilación se ha establecido, como se acaba de decir, introduciendo, por obra del art. 4.Dos de la Ley 27/2011, una nueva disposición transitoria, la vigésima de la LGSS. Según esta nueva norma, titulada como “*Aplicación paulatina de la edad de jubilación y de los años de cotización*”.... “*Las edades de jubilación y el periodo de cotización a que se refiere la letra a) del apartado 1 del art. 161 se aplicarán de forma gradual, en los términos que resultan del siguiente cuadro:*”. Añadiendo un cuadro con tres columnas, en las que ahora interesan sólo la primera y la tercera: años naturales y edad exigida.

La primera establece la escala progresiva de años, que se inicia en el año 2013 (esto es, más de un año después de la publicación de la Ley 27/2011) y finaliza el año 2027; configurando quince escalones, uno por cada año a contar desde el 2013 al 2027, ambos incluidos. En consecuencia, cada cambio anual

al alza en la edad ordinaria de jubilación exigida se producirá con el inicio de cada año natural a partir del 2013 y se mantendrá durante todo el año de que se trate; lo que es una medida de simplificación haciendo mucho más fácil e identificable la edad ordinaria mínima exigida en cada año. En todo caso, el retraso hasta el 1 de enero de 2013 de la entrada en vigor inicial de la previsión del art. 161.1, a) LGSS atenúa en gran medida el impacto de la reforma quedando afectada, además obviamente de por el contenido de las normas transitorias establecidas, la inmediatez de la efectividad del requisito de edad superior a los 65 años. Se trata, sin embargo, de un retraso que afecta a gran parte del contenido de la Ley 27/2011, como así lo establece, con carácter general, su propia disposición final duodécima (titulada como: “*Entrada en vigor*”), en relación con muchas de las cuestiones reguladas por la Ley 27/2011, cuya entrada en vigor está prevista para enero del año 2013.

La tercera de las columnas del cuadro contenido en la nueva disposición transitoria vigésima de la LGSS refleja igualmente una escala que, en este caso, es de la edad mínima exigida, que se correlaciona con los años naturales de la primera de las escalas antes descrita. Así, por cada año natural (a partir siempre del 2013), la edad mínima estándar u ordinaria de jubilación se incrementará de una forma no lineal sino algo irregular. De manera que, desde el año 2013 hasta el año 2018 (esto es, seis años), cada año natural supondrá el incremento de sólo un mes de la edad de jubilación ordinaria de partida (es decir, los 65 años), arrojando un resultado, obvio en el último año de este tramo, de 65 años y seis meses de edad (un mes por cada año de los seis transcurridos). Por su parte, el año 2019 inicia un segundo tramo en el que el incremento anual de la edad ordinaria de jubilación se hace algo más acelerado ya que, por cada año natural que transcurra, la edad ordinaria subirá de dos en dos meses, a partir de los 65 años y 6 meses ya exigidos al inicio del año 2018. Al ritmo anual descrito de dos meses, la edad ordinaria de jubilación alcanzará los 67 a inicios del 2027 ya que los dos meses anuales por los nueve años que integran este tramo arrojan el resultado final de 18 meses a sumar a los 6 de partida sobre los 65 años; esto es, los dos años (o 24 meses) totales de incremento. No obstante, y pese a la evidente aceleración del segundo de los tramos de la escala, el periodo transitorio establecido es particularmente amplio; lo que, sin ser una excepción en las normas de Seguridad Social, sí supera la media de demora en la aplicación de ciertas novedades normativas.

2.2. El mantenimiento de la edad ordinaria de jubilación en los 65 años para casos de amplias carreras de cotización

La nueva versión del art. 161.1. a) LGSS retiene en los 65 años la edad ordinaria de jubilación siempre que se trate de beneficiarios con una amplia carrera de actividad profesional o asimilada y de seguro o de cotización. Para

ello la norma requiere 38 años y seis meses de cotización; exigencia que, no podía ser de otro modo, no es inmediata, comenzando su aplicación, como las previsiones que se acaban de explicar, en enero del año 2013, según lo establece la misma nueva disposición transitoria vigésima de la LGSS así como la disposición final duodécima de la propia Ley 27/2011, Hasta que llegue ese momento, pues, la edad ordinaria de jubilación seguirán siendo los 65 años y, por lo mismo, no tienen sentido las normas que excepcionalmente permiten conservar el derecho a jubilarse a esa edad que en su día, pero no antes, dejará de ser estándar u ordinaria.

De la misma forma que en relación con el proceso paulatino de incremento de la edad ordinaria de jubilación, la disposición transitoria vigésima de la LGSS establece, en la segunda columna del cuadro que incorpora, una escala de incremento gradual del tiempo mínimo de cotización exigible para poder seguir jubilándose a los 65 años de edad, correlativa a la escala anual de los años naturales que transcurran. Así, y puesto que la cifra que recoge el art. 161.1, a) LGSS es la final de 38 años y seis meses o más de cotización, la escala comienza el año 2013, cuando se exigirán 35 años y tres meses de cotización y que se incrementarán al ritmo, casi regular, de 3 meses por cada año natural. De forma que los 35 años y tres meses del año 2013 se convertirán en 35 años y seis meses (2014), 35 años y nueve meses (2015), 36 años (2016), 36 años y 3 meses (2017), 36 años y 6 meses (2018), 36 años y 9 meses (2019), 37 años (2020), 37 años y 3 meses (2021), 37 años y 6 meses (2022), 37 años y nueve meses (2023), 38 años (2024), 38 años y tres meses (2025 y 2026), y, finalmente, 38 años y 6 meses (2027).

La elección de la cifra de 38 años y 6 meses de cotización para conservar el derecho a jubilarse a los 65 años está indirectamente relacionada con el número de años de cotización exigibles, antes de la reforma de la Ley 27/2011, para tener derecho al 100 por 100 de la base reguladora de la pensión de jubilación de que se trate: en concreto, los 35 años que se derivaban del art. 163.1 LGSS, recogiendo, pues, la Ley 27/2011 la cifra de los 35 años como punto de partida en cuanto a la exigencia mínima de un tiempo de cotización para jubilarse a los 65 años. Así, la nueva versión del art. 163.1 LGSS, por obra del art. 4.Cinco de la Ley 27/2011, determina que la cuantía máxima de la pensión de jubilación (esto es, el 100 por 100 de la base reguladora) sólo podrá alcanzarse habiendo cotizado 37 años. Aunque se volverá sobre esta cuestión en el epígrafe siguiente relativo a los porcentajes aplicables a la base reguladora de la pensión de jubilación, lo importante es que las previsiones del art. 163.1 LGSS, en cuanto a los porcentajes aplicables a cada año de cotización y los que son necesarios para alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora, comenzarán su aplicación el 1 de enero de 2013 (tal y como establece la disposición final duodécima de la Ley 27/2011), pero afectados igualmente por normas transitorias que se recogen en la nueva disposición transitoria vigésima primera de la

LGSS (introducida por el art. 4.Seis de la Ley 27/2011).

Volviendo a la posibilidad de jubilarse a los 65 años, si se aporta una larga carrera de cotización (los 38 años y 6 meses), este tipo de jubilación no constituye un ejemplo de jubilación anticipada sino más bien de jubilación flexible determinada por el tiempo de cotización; como una manifestación más del poliédrico principio de contributividad. De forma que, quienes reúnan ese tiempo de cotización mínimo exigible en cada momento, podrán jubilarse a la edad de 65 años; que será, a sus efectos, la edad ordinaria. Un tiempo de cotización mínimo que, sin duda, es muy amplio. Sobre todo si se tienen en cuenta fenómenos con tanta incidencia en la carrera de cotización como la tardía incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo a consecuencia de la ampliación de los procesos formativos; o la cada vez mayor frecuencia de formas de trabajo y cotización atípicas tales como la reiteración de contratos temporales o a tiempo parcial y, en consecuencia, la frecuente irregularidad de los tiempos de ocupación y de cotización y la subsiguiente aparición de vacíos o lagunas. Circunstancias todas ellas que crean obstáculos, a veces insalvables, para la acumulación de tiempos de cotización que lleguen a sumar los mínimos exigibles en cada año hasta llegar a los 38 años y 6 meses en el año 2027. Si bien se piensa, para obtener 38 años y 6 meses de cotización y pretender jubilarse a los 65 años será preciso haber desarrollado una actividad ininterrumpida (o, al menos, un tiempo de cotización ininterrumpido) desde la edad de 26 años y 6 meses. Una exigencia que, seguramente, será inalcanzable para importantes contingentes de trabajadores, los cuales se verá obligados a retrasar su edad de jubilación a la que determina el cuadro de la nueva disposición transitoria vigésima de la LGSS, ya analizada. En todo caso, se trata de una técnica de anticipación de la edad de jubilación ordinaria (no de jubilación anticipada) diferente de la que se aplica en el caso de los llamados coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación en relación con actividades insalubres, penosas o peligrosas.

Finalmente, hay que recordar que el art. 161.1, a) LGSS, en su nueva versión, establece dos reglas de relevancia, aunque son cada vez más frecuentes en las normas de Seguridad Social y, por tanto, no pueden calificarse de particularmente innovadoras.

La primera de las reglas es la que consiste en no tener en cuenta la parte de cotización correspondiente a las pagas extraordinarias; lo que, en sentido contrario, había generado la tesis jurisprudencial de los llamados días-cuota, diferentes de los días naturales de cotización en la medida en que se sumaba a cada tiempo de cotización, como si de meses diferentes se tratara, lo derivado de considerar como meses distintos los dos teóricamente imputables a las pagas extraordinarias. De forma que, por decirlo de manera sencilla, cada año de cotización real sumaba los 12 meses de cotización más los 2 imputados a la

cotización por pagas extraordinarias; esto es, un total de 14 meses por año de cotización. Pues bien, el rechazo del cómputo de los días-cuota ya se encontraba en la LGSS antes de la Ley 26/2011. En concreto, en los arts. 161.1, b) (que la reforma ha dejado inalterado) para el cómputo de los 15 años mínimos para acceder a la pensión de jubilación; el art. 161.1 bis, apartado 2, c), respecto del periodo mínimo de cotización para la jubilación anticipada; o el art. 166.2, d), al exigir también un tiempo mínimo de cotización para la jubilación parcial. La Ley 27/2011 no ha hecho pues sino proyectar esta regla, prácticamente general, sobre el periodo mínimo de cotización exigido para conservar el derecho a jubilarse a los 65 años. Con la única excepción de los tiempos de cotización mínimos requeridos para aplicar porcentajes diferentes de reducción de la cuantía de la pensión en los supuestos de la jubilación anticipada transitoria regulada por la disposición transitoria tercera de la LGSS, que no hace ninguna mención a esta regla.

En todo caso, la consecuencia será, como ya sucedió con los ejemplos anteriores a la reforma, la mayor dificultad reunir el mínimo de cotización exigido ya que, por ejemplo y de acuerdo con la tesis de los días-cuota, 35 años de cotización real, supondrían 70 meses más de cotización, es decir, más de 5 años. O, dicho de otra forma, que, para alcanzar la cifra de los 35 años de cotización bastaba con haber cotizado efectivamente 30 años. Tras la reforma, para conseguir los 38 años y 6 meses de cotización para poder seguir jubilándose a los 65 años (una posibilidad nueva abierta por la Ley 27/2011), sólo podrá computarse los días y meses naturales efectivamente cotizados o asimilados a la cotización, como es el caso de la cotización imputada a los periodos iniciales de excedencia por cuidado de hijos, por ejemplo.

La segunda de las reglas tampoco es novedosa y, aún en el campo del cómputo del tiempo de cotización hasta alcanzar los 38 años y 6 meses que permiten la jubilación a los 65 años, determina que *“para el cómputo de los años y meses de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a un año o a un mes las fracciones de los mismos”*. Este principio de equiparación a la unidad de las fracciones (años o meses) tomados como referencia era una regla habitual, de cariz favorable a los intereses del beneficiario aunque más costosa desde el punto de vista del Sistema, en relación con distintas prestaciones. Sin embargo, su corrección también ha venido teniendo acogida en anteriores reformas de la LGSS, de manera que, en la actualidad y como en el caso anterior, parece tender a convertirse en regla general.

Por lo que hace, en concreto, a la jubilación, los años de cotización computables para determinar el porcentaje de reducción aplicable a la base reguladora en el caso de la jubilación anticipada ya debían tomarse completos, estableciendo el art. 161. bis.2, último párrafo LGSS que *“para el cómputo de los años de cotización se tomarán años completos, sin que se equipare a un año*

la fracción del mismo”; una regla que la nueva versión del artículo en cuestión, introducida por el art. 5.Uno de la Ley 27/2011, no sólo no ha suprimido sino que ha reiterado. Y lo mismo sucede con la otra modalidad de jubilación, la anticipada transitoria, regulada por la disposición transitoria tercera LGSS, cuya dicción, en este punto, tampoco ha sido alterada por la Ley 27/2011. No así con el cómputo de las cotizaciones para determinar los años de cotización para la jubilación ordinaria, en relación con el cual la LGSS nada decía antes de la reforma, debiendo buscarse la regla general en el aún subsistente art. 9.1 de la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establece el régimen de la pensión de vejez, el cual establece que: “*Para determinar el número de años de cotización que han de servir para fijar el porcentaje de la pensión, se dividirá el total de días cotizados por trescientos sesenta y cinco, y la fracción de año, si existiera, se asimilará a un año completo de cotización, cualquiera que sea el número de años que comprenda*”. Una regla que no ha sido derogada por la Ley 27/2011, ya que la exigencia de años completos de cotización para ser computados (con desprecio de las fracciones de mes o año) sólo se aplica, parece, a la cotización mínima exigible para seguir jubilándose a los 65 años y no, con carácter general, a todo cómputo de cotizaciones a efectos de la jubilación ordinaria.

2.3. Los coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación

La rebaja de la edad ordinaria o estándar de jubilación como consecuencia de la aplicación de coeficientes reductores relacionados, esencialmente aunque no sólo con la naturaleza del trabajo, estaba ya prevista en el art. 161 bis, apartado 1, LGSS, en la versión vigente antes de la reforma que, en este aspecto, no ha sido alterada. Si bien hay que recalcar que, más que jubilaciones anticipadas (aunque sea éste el título general del art. 161 bis LGSS que también se refiere, en su apartado 2, a la jubilación anticipada propiamente dicha), son supuestos de anticipo de la edad ordinaria de jubilación que será diferente de la estándar para determinados colectivos de trabajadores. Y se trata de una jubilación ordinaria a edad anticipada por dos razones. Una, porque esa edad es, para esos concretos trabajadores, su edad de jubilación ordinaria; a diferencia de la jubilación anticipada que permite al beneficiario acceder a la pensión de jubilación antes de cumplir la edad mínima que le corresponde. Dos, porque la pensión que generan no está sometida a ningún tipo de penalización o de reducción de la cuantía de la prestación que, por el contrario, siempre existe en los casos de jubilación anticipada; sencillamente porque los primeros se jubilan a la edad que les corresponde y los segundos antes de ese momento.

Sólo dos referencias contiene la Ley 27/2011 sobre los coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación, de distinto valor y alcance.

La primera de ellas procede de otros textos anteriores de reforma de la LGSS (en concreto la Ley 40/2007 que introdujo la disposición adicional cuadragésima quinta LGSS) e insiste en la necesidad, ya antes suscitada, de articular edades de jubilación ordinaria más reducidas para determinados sectores y ámbitos de trabajo particularmente penosos o peligrosos. Si bien dicha disposición adicional remitía a un futuro desarrollo reglamentario, incluía una condición cual era la que la aplicación de tales coeficientes reductores sólo procedería cuando no fuera posible la modificación de las condiciones de trabajo y reclamaba el pertinente ajuste en materia de cotización para garantizar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social. Nada de esto ha sido alterado por la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 27/2011 que vuelve sobre la cuestión.

En todo caso hay que subrayar que la previsión de coeficientes reductores de la edad de jubilación en algunas actividades debe considerarse un contrapunto absolutamente necesario del incremento de la edad mínima ordinaria. Porque, si bien es aceptable, como se ha dicho antes, el incremento de dicha edad de los 65 a los 67 años en relación con quienes desempeñan trabajos de carácter menos físico o no particularmente penosos, no lo es tanto en relación con sectores de actividad y tareas que la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 27/2011 califica de especial siniestralidad, penosidad, toxicidad o peligrosidad; o que se desarrollan en condiciones de turnicidad, nocturnidad o caracterizadas por ritmos de producción particularmente exigentes; o que inciden de forma directa y notable en los procesos de incapacidad temporal que afectan a los trabajadores; o que, en fin, suponen requerimientos físicos especiales absolutamente inadecuados a partir de ciertas edades, en todo caso menores de los 67 años que se convertirán en la edad ordinaria o estándar de jubilación.

No es que supuestos de reducción de la edad ordinaria de jubilación no existan ya, incluso consolidados, pudiendo citarse el sector de la minería o de la pesca, los bomberos que prestan servicios en las administraciones y organismos públicos, trabajadores ferroviarios o el personal de vuelo de trabajos aéreos. Pero se trata de un conjunto de casos que carecen de un mínimo de sistematicidad ya que se han ido configurando de forma aluvional sin criterios generales claros que pudieran ser extensivos a otros colectivos en situación semejante. Lo que pretende, en fin, la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 27/2011, en línea con la vigente disposición adicional cuadragésima quinta LGSS, es producir esa regulación general acerca de los coeficientes reductores para lo que encomienda al Gobierno realizar los estudios necesarios y aprobar, en el plazo de un año (a contar desde la entrada en vigor de la propia disposición que, de acuerdo con la disposición final duodécima de la Ley 27/2011, ha tenido lugar el día 2 de agosto de 2011) *“las normas necesarias sobre el procedimiento general de aprobación de coeficientes reductores de la pensión de jubilación”*.

La segunda de las intervenciones de la Ley 27/2011 al respecto se refiere a la especial hipótesis, también contemplada en el art. 161 bis, apartado 1 LGSS, de la reducción de la edad de jubilación de personas, bien con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, o bien con un grado de discapacidad igual o superior al 45 por 100, si se trata en este segundo caso de discapacidades reglamentariamente determinadas donde concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de estas personas. Lo transcrito abreviadamente es el texto del apartado 1 del art. 161 bis LGSS que no ha sido modificado por la Ley 27/2011. Aunque, en la medida en que tales previsiones legales han sido desarrolladas reglamentariamente (por los RRDD 1539/2007, de 5 de diciembre y 1851/2009, de 4 de diciembre, respectivamente), es la regulación reglamentaria la que ha sido afectada por la disposición adicional decimoctava de la Ley 27/2011, la cual modifica el art. 3 del RD 1851/2009, más concretamente rebajando en dos años (de 58 años a 56 años) la edad mínima fijada para la jubilación de este tipo de discapacitados. Un supuesto, no tan común en el contenido de la Ley 27/2011, de mejora y de ampliación de la tutela y una regulación que, por imperativo de la disposición final duodécima de la Ley 27/2011, entrará en vigor el 1 de enero de 2012.

Como cierre de este apartado dedicado al tema de la edad ordinaria, mínima o estándar de jubilación, hay que traer a colación una previsión, por demás lógica, de la Ley 27/2011. En concreto, la que se contiene en la nueva disposición adicional quincuagésima séptima de la LGSS, introducida por el art. 4.Siete de la Ley 27/2011. Se establece allí, si bien con eficacia a partir del 1 de enero de 2013 (disposición final duodécima de la Ley 27/2011), que: *“Las referencias a la edad mínima o a la de 65 años que se contienen en los artículos 112 bis, 161 bis 1 y 2, 166. 1 y 2,) y disposición adicional trigésima segunda se entenderán efectuadas a la edad que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 161”*.

3. LAS REFORMAS RELATIVAS A LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN: BASE REGULADORA Y PORCENTAJE APLICABLE

Las modificaciones de la pensión de jubilación que persiguen, como es el objetivo central de la Ley 27/2011, una reducción del gasto público en razón de la garantía del equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social, pueden actuar en cuatro diferentes dimensiones: a) incrementando la edad ordinaria de jubilación, con la finalidad de retrasar el acceso a la pensión; con lo que se conservan cotizaciones por la prolongación de la actividad del sujeto y se demora el inicio del pago de la pensión, o lo que es lo mismo se ahorran tantos años

de pensión cuantos sean los que materializan el retraso de la edad ordinaria; b) actuando sobre los periodos de cotización mínimos exigidos para acceder a la pensión ordinaria, requiriéndose entonces tiempos de cotización más amplios; c) interviniendo en la forma de cálculo de la pensión, bien estableciendo periodos de referencia para el cálculo de la base reguladora más amplios, debido a la indudable tendencia a la baja de la cuantía media de la pensión a medida que se toman periodos de cálculo más largos, bien regulando restrictivamente los periodos computables; y, d) rebajando los porcentajes aplicables a la base reguladora por cada año de cotización, de forma que, con los mismos periodos se obtengan cuantías más bajas de la pensión o, alternativamente, que sean necesarios más años de cotización para lograr el máximo de la pensión. Todo lo anterior tiene como consecuencia un menor coste global del conjunto de las pensiones sea porque se retrasa la edad de comienzo de su percibo, sea por que se dificulta el acceso mismo a la pensión, sea, sobre todo, porque se produzca una reducción media de la cuantía de las pensiones.

Todas las posibles actuaciones anteriores se encuentran en la Ley 27/2011, salvo lo que se refiere al periodo mínimo de cotización de quince años para tener derecho a la pensión de jubilación (art. 16.1, b) LGSS), que se ha conservado, así como el porcentaje de la base reguladora al que esos años mínimos dan derecho (un 50 por 100). Las demás son intervenciones que están avaladas (el Preámbulo de la ley es muy insistente en este aspecto) por la invocación de un principio, el de contributividad, que, teniendo un indudable parentesco con los que rigen el aseguramiento privado de la jubilación, reclama una relación más estricta entre aportaciones previas del sujeto y cuantía y duración de las prestaciones.

El principio de contributividad así reclamado tiene consecuencias tan amplias y elásticas (y normalmente reductoras de la calidad de las prestaciones) como el legislador lo estime pertinente, ya que no existe un referente fijo (o, al menos, no se determina abiertamente) en relación con el cual la dosis de contributividad del sistema de pensiones sea baja, media o alta. En consecuencia, es arbitrario decir, como si de un valor se tratase, que una mayor dosis de contributividad es siempre algo positivo; salvo que, como en realidad sucede, se piense que el resultado final de ese largo recorrido no es otro que la implantación de la relación de sinalagmaticidad propia de los contratos de seguro, derivada de una especie de capitalización individual de las cotizaciones del sujeto a lo largo de toda su vida laboral; lo que se ha calificado como capitalización virtual, única posible de persistir el principio financiero de reparto. Con lo que el momento de, por así decir, mayor éxito de ese propósito vendría coincidir con la pérdida de identidad del sistema de protección social de la jubilación y su conversión práctica en un seguro, puede que aún público. Porque si algo es igualmente evidente es que un grado de contributividad

excesivo vendría a desnaturalizar el sistema público que perdería así uno de sus rasgos característicos que no es otro que su función redistributiva basada en el principio de solidaridad, en clara contraprestación con la contributividad entendida en un sentido tan amplio e ilimitado y caracterizada por un determinante individualismo. Salvo que la contributividad se entienda en un sentido global, convirtiéndose entonces en la mera expresión del equilibrio financiero del conjunto del sistema.

Al margen de estas reflexiones generales, lo cierto es que la Ley 27/2011 ha alterado también las reglas existentes en relación con la cuantía de la prestación, y más concretamente, lo referido a la determinación de la base reguladora de la pensión así como lo que respecta a los porcentajes aplicables a dicha base reguladora a partir de los años de cotización que se acrediten.

3.1. Las nuevas reglas referidas a la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación

Se encuentran en el art. 4.Tres de la Ley 27/2011, que modifica el apartado 1.1 del art. 162.1 LGSS, estableciendo un nuevo y más amplio periodo para el cálculo de la base reguladora, incluyendo la ya tradicional referencia actualizadora de la aplicación de la evolución del IPC en los años anteriores a los dos inmediatamente previos a la fecha del hecho causante, así como una nueva disciplina de la integración de lagunas de cotización. Además, el art. 4.Tres cambia la redacción de la disposición transitoria quinta de la LGSS, estableciendo las pertinentes normas transitorias para la aplicación de las nuevas reglas de cálculo de la base reguladora.

3.1.1. La ampliación del número de meses que se computan para determinar la base reguladora de la pensión

En cuanto a lo primero, la Ley 27/2011 se limita a sustituir el número de meses que se toman como referencia para el cálculo de la base reguladora. De forma que donde, en la versión anterior, figuraban 210 y 180 meses, ahora debe decir 350 y 300 meses, respectivamente; y donde aparece como denominador la cifra de 210 meses debe decir 350 meses; y donde, en fin, se explica la fórmula en la que se establece un número de meses de cotización, se hace equivaler no hasta 180 sino hasta 300 (“*Siendo $i=1,2,\dots,300$* ”, en lugar de “*Siendo $i=1,2,\dots,180$* ”). Lo anterior arroja una conclusión evidente: que para el cálculo de la base reguladora se toma un periodo de cotización y de actividad más amplio, lo que significa que de los actuales 15 años de cotización (que son los 180 meses) se pasa a 25 años de cotización (los 300 meses que fija la nueva versión del art. 162.1 LGSS). Un tiempo mayor que, como ejemplos anteriores de ampliación del periodo de cotización de referencia (de 2 años a 8 años, en

1985; de 8 años a 15 años, en 1997), se traducirá, con carácter general y así lo han puesto de manifiesto los datos estadísticos y las propias previsiones del legislador, en una disminución de la cuantía media de la pensión de jubilación, con lo que ello supone de ahorro del gasto público que es la finalidad central que persigue la reforma.

3.1.2. Cobertura de lagunas de cotización

En segundo lugar, la Ley 27/2011 modifica de manera muy incisiva la forma de computar las lagunas de cotización, con efectos, como el conjunto del art. 162, a partir del 1 de enero de 2013, sin que se hayan previsto normas transitorias de ningún tipo. De manera que esta reforma, en algunos aspectos también sin duda a la baja y en este sentido repercute negativamente en la base reguladora de la pensión, impactará directa y plenamente en el cálculo de la pensión de jubilación a partir del 1 de enero de 2013. Hay que resaltar al respecto que la nueva manera de tratar la integración de lagunas de cotización en el cálculo de la base reguladora de la pensión afectará de forma particular a las personas que tengan carreras profesionales o de seguro irregulares, donde, junto a periodos de cotización efectivos y completos, aparecerán otros en los que no hay cotizaciones (desempleo no subsidiado, fundamentalmente) o son sólo fragmentarias.

Pues bien, según el nuevo art. 162.1.2 LGSS, la integración de lagunas se producirá de la siguiente forma.

De una parte, la reforma introduce una regla favorecedora del beneficiario, particularmente necesaria y oportuna cuando se toman cada vez más amplios periodos de cotización para calcular la base reguladora, como es que, “*si durante los 36 meses previos al periodo que ha de tomarse para el cálculo de la base reguladora existieran cotizaciones* (que, obviamente, no se tomarían en principio en cuenta para dicho cálculo) *cada una de las correspondientes bases de cotización dará derecho, en su cuantía actualizada, a la integración de una mensualidad con laguna de cotización*”. Dicho simplemente, cada mes de cotización real que existiera en los 3 años anteriores a los que se toman como periodo de referencia para el cálculo de la base reguladora, cubre una mensualidad con laguna de cotización. Pero con el máximo de 24 mensualidades, contando hacia atrás a partir del mes más cercano al hecho causante y aplicando las cotizaciones reales a las lagunas que se detecten hacia el pasado a partir de la mensualidad con laguna más próxima al hecho causante.

Aunque la interpretación anterior podría discutirse, dada la falta de precisión de la nueva norma y considerar que el tope de los 24 meses se refiere no tanto al número máximo de lagunas que pueden cubrirse, sino al periodo de 24 meses inmediatamente anteriores al hecho causante. De forma que, con esta segunda versión (que, no obstante la oscuridad de la norma, no se considera la

correcta), los meses de cotización tomados del periodo previo a los que se utilizan para el cálculo de la base reguladora sólo cubrirían lagunas en los 24 meses inmediatamente anteriores al hecho causante, esto es, tiempos de cotización que no se actualizan (lo que, por hipótesis, podría significar cubrir la totalidad de esos dos años). Aunque es un supuesto, si bien se piensa, de difícil realización y lógica ya que lo habitual es que el trabajador activo, si carece de empleo en el tiempo anterior a la jubilación, normalmente tendrá las cotizaciones aparejadas al desempleo, al subsidio asistencial y, particularmente, al subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Sobre todo porque la nueva versión del art. 162.1.2 LGSS no habla de sustitución de bases muy bajas (propias de los tiempos de percepción de las prestaciones asistenciales por desempleo) por otras mejores, aunque muy anteriores en la vida profesional del beneficiario, sino de lagunas de cotización, esto es, meses (o fracciones de meses) en los que, sencillamente, no hay cotización alguna.

En todo caso, es obvio que con la regla anterior, máxime si se adopta la primera hipótesis interpretativa, se pretende beneficiar a trabajadores con una carrera profesional en la que, de forma dispersa e intermitente y por periodos de duración variada, no hay cotizaciones (porque hayan agotado el derecho a las prestaciones por desempleo o no hayan adquirido el derecho a ellas o porque, por cualquier razón no aporten cotizaciones). A estos trabajadores se les va a permitir utilizar bases de cotización que, en principio, no estarían incluidas en las que se toman para el cálculo de la base reguladora e imputarla a esos momentos o periodos en los que se carece de cualquier cotización.

Pues bien, el mandato de que esas cotizaciones que se toman (que, por proyección de lo que establece el art. 161.1.2 serán entre 25 y 28 años anteriores al hecho causante) deberán ser actualizadas, como lo son las bases que están en el periodo inicial, hasta dos años antes, de los meses que se toman para el cálculo de la base reguladora, es perfectamente lógico; lo contrario supondría computar cuantías de bases evidentemente desfasadas y superadas por la evolución del IPC en todos esos años. Como también es coherente con las reglas aplicables hasta el momento que esa integración nunca podrá ser inferior *“al 100 por 100 de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración”*. Lo que podría suceder si se parte de cotizaciones de cuantía muy reducida aunque actualizadas, hechas en tiempos muy remotos y, sobre todo, operando sobre bases tarifadas que no reflejaban la realidad del salario. La garantía del 100 por 100 de la base de cotización mínima vigente en la fecha de la mensualidad que se integra hace que esta previsión legal, que en principio tiende a favorecer al trabajador, no se traduzca en una minoración de la base de cotización respecto de lo que era la regla general de integración de lagunas (por la base de mínima de cotización vigente en cada momento) y que sigue en vigor en el art. 162.1.2 LGSS respecto de otro tramo

del tiempo de cotización computable. En todo caso, y para valorar el alcance de la reforma, sería necesario analizar si ese efecto de trasvase se produce frecuentemente y si, finalmente, son o no las bases trasvasadas y actualizadas las que operan o son habitualmente sustituidas por la base mínima de cotización; con lo que la nueva regla no habría cambiado en la práctica la forma generalizada vigente de cobertura de lagunas anterior a la Ley 27/2011.

De otra parte, y aún en el terreno de la integración de lagunas, otras 24 mensualidades con lagunas *“más próximas al periodo a que se refiere la regla anterior se integrarán con el 100 por 100 de la base mínima vigente”*. Aquí la integración de lagunas tiene lugar de la forma que ha venido siendo habitual con carácter general, y que se mantiene ahora pero sólo en relación con los 24 meses anteriores al último de los meses que se hayan cubierto conforme a la regla anterior traspasando cotizaciones más antiguas. De forma que, tomando como referencia la fecha del hecho causante y detectadas las lagunas de cotización en el cómputo hacia atrás del periodo que deba tomarse para el cálculo de la base reguladora (que hasta enero de 2013 son quince años, pero que a partir de esa fecha irán siendo cada vez más meses o años), se irán cubriendo, hasta 24 mensualidades, conforme a la regla primera de trasvase de bases de cotización hasta un máximo de 24 meses; y agotados estos 24 meses, se seguirán cubriendo hacia atrás las lagunas de cotización, conforme a la regla segunda y también hasta un máximo de 24 meses, esto es, con el 100 por 100 de la base mínima de cotización vigente en ese momento. Bases que se actualizarán si procede aplicando, una vez cubierta la laguna, la fórmula establecida en el art. 162.1.1 LGSS que sí lo prevé; lo que, en el caso de las bases de cotización trasvasadas puede significar una doble actualización de las cuantías.

Finalmente, las lagunas de cotización que todavía pudieran existir en el tiempo de referencia para el cálculo de la base reguladora de la pensión (que en la fase última de la aplicación de las normas transitorias serán 25 años); sólo se integrarán con el 50 por 100 de la base mínima de cotización vigente en el mes que es objeto de integración, que, eso sí, se actualizarán posteriormente conforme a la regla general. En el punto descrito, la nueva regla hace que, a medida que, inexorablemente, el periodo de cotización para el cálculo de la base reguladora vaya ampliándose, serán más numerosas las lagunas que se integrarán sólo con el 50 por 100 de la base mínima de cotización vigente en cada momento. Lo que, aunque esas bases al 50 por 100 se actualicen a dos años antes de la fecha del hecho causante, supondrán un deterioro de la cuantía de las bases computables, determinando una reducción final de la cuantía de la pensión.

Lo anterior tiene un especial impacto en los casos de carreras de cotización muy cortas, por ejemplo la que sólo acredita la mínima de 15 años para acceder a la pensión. En este supuesto, si el trabajador no aporta más tiempo de

cotización, esos 15 años mínimos darán origen a una base reguladora reducida que podría dar como resultado una pensión final inferior incluso al mínimo. Lo que, si se tiene en consideración la regulación también restrictiva de los complementos de mínimos (sobre lo que algo se dirá luego), supondrá pensiones muy bajas. Una vez más la implacable contributividad hace que la calidad de la pensión sufra con carácter general un deterioro importante, salvándose sólo los trabajadores que acrediten cotizaciones numerosas, derivadas de una actividad profesional larga e ininterrumpida a tiempo completo y con un nivel salarial medio-alto. Una hipótesis cada vez menos habitual, por cierto.

Algo más establece el nuevo art. 162.1.2. LGSS en su último párrafo. Y no es sino una precisión lógica aplicable a los casos en los que las lagunas de cotización no afectan a meses completos sino a parte de los mismos. En estos supuestos se realizará la misma operación de integración *“por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar”*. Sólo que, para evitar que el resultado (la base de cotización de ese concreto mes en el que ha habido algunos días de cotización efectiva frente a otros en los que no ha habido cotización ninguna) sea la suma de una base de cotización ya suficiente (por los días en que sí se ha cotizado, aunque no cubran el mes entero) y otra integrada por alguna de las tres reglas antes descritas, el art. 162.1.2 LGSS permite la aplicación de esta regla de integración de bases de cotización de meses en los que ha habido sólo una cotización parcial. Y que consiste en la integración será parcial, aunque siempre que, por la parte cotizada del mes, se genere una base de cotización que no sea superior a la que se establecería recurriendo a la forma de integrar las lagunas que proceda según el tramo del tiempo de cotización de que se trate.

Dicho de otro modo y con una crítica implícita por la cicatería de la previsión legal: la base de cotización de ese mes, a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, en que sólo se ha trabajado una parte o fracción será la cotización real. Sólo si ésta es de cuantía inferior a la cifra que resulte de aplicar alguna (la que corresponda) de las tres reglas antes descritas de cobertura de lagunas según tramos de cotización la integración alcanzará, como máximo, hasta la cuantía que se fije según cada tramo. Se trata de una regulación que, de nuevo, viene a favorecer a trabajadores con amplias carreras de seguro y que no tienen un número de lagunas de cotización importante; y perjudica sobre todo a trabajadores con periodos de cotización cortos y concentrados en los últimos años de su vida profesional o con cotizaciones parciales en muchos meses, sobre todo los ubicados más alejados del hecho causante (la fecha de la solicitud de la pensión más la del cumplimiento de la edad).

Hay que indicar, por último, que la disposición adicional octava de la Ley 27/2011 ordena al Gobierno evaluar, en el plazo de un año, el impacto que tendrá la nueva fórmula de integración de lagunas, llevando a cabo las adap-

taciones, modificaciones y cambios que resulten precisos para corregir distorsiones y, sobre todo, para permitir la incorporación de cotizaciones anteriores al periodo de cómputo como forma de integrar las lagunas. Se trata de una encomienda llamativa ya que el Gobierno deberá hacer una valoración de impacto de una norma que no ha entrado en vigor (lo hará, como tantas veces se ha repetido, a partir del 1 de enero de 2013); lo que coloca esas valoraciones en el terreno de las hipótesis y de las proyecciones teóricas. Resulta, en fin, paradójico que se ordene al Gobierno hacer una estimación que, en buena técnica legislativa, debería haberse hecho antes de aprobar la regla, demorando la evaluación de su aplicación real y de sus efectos hasta que la norma no haya entrado en vigor y se haya aplicado un cierto periodo de tiempo. En todo caso, podría interpretarse que la disposición adicional octava de la ley 27/2011 lo que hace es deslegalizar esta materia, al permitir al Gobierno introducir adaptaciones, cambios y ajustes mediante su potestad reglamentaria. Algo bastante preocupante, de ser cierto.

3.1.3. Normas transitorias aplicables al cálculo de la base reguladora

El art. 4.Cuatro de la Ley 27/2011 da una nueva redacción a la disposición transitoria quinta de la LGSS, estableciendo las reglas generales a aplicar en el periodo que va desde el 1 de enero de 2013 hasta el 1 de enero de 2022 (9 años), operando, como puede comprobarse, con un periodo transitorio más reducido que finaliza en enero del año 2022 y no en el año 2027, como sucede con otras muchas de las previsiones de la Ley 27/2011. Como no podía ser de otra forma, la nueva disposición transitoria quinta LGSS prevé un incremento paulatino, con una cadencia anual, del número de bases de cotización que se toman para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación.

Así, hasta el año 2013, se aplicará la fórmula de cálculo en vigor antes de la reforma de la Ley 27/2011, esto es, las bases de cotización de los 180 meses (15 años) anteriores al hecho causante. A partir de enero de 2013 y durante ese año, las bases de cotización que se computan serán las correspondientes a los 192 meses anteriores al mes previo al del hecho causante (es decir, 16 años), y así sucesivamente añadiendo cada año, y para toda su duración, las bases de cotización de los 12 meses adicionales. De manera que, transcurridos los nueve años durante los cuales regirá la disposición transitoria quinta LGSS, las bases de cotización tomadas en consideración serán, finalmente y a partir del 1 de enero de 2022, las 300 (25 años) que establece la nueva versión del art. 162.1 LGSS. Ninguna previsión específica se encuentra, en cambio, en la disposición transitoria quinta LGSS en relación con la forma de integración de lagunas, por lo que habrá que entender, como se ha dicho antes, que sus reglas entran en vigor, como en general lo establecido en la Ley 27/2011, el 1 de enero de 2013.

Algunas previsiones más concretas, pero también algo confusas, establece la nueva disposición transitoria quinta, números 2 y 3, de la LGSS en relación con los trabajadores que: a) hayan cesado en su trabajo por causa no imputable a su libre voluntad (y que son todos los supuestos de situación legal de desempleo regulados por el art. 208.1.1 LGSS); y, b) que a partir del cumplimiento de los 55 años de edad y al menos durante 24 meses, *“hayan experimentado una reducción de las bases de cotización respecto de la acreditada con anterioridad a la extinción de la relación laboral”*.

En estos supuestos, en los que se produce una sensible disminución de las bases de cotización en relación con los tiempos de activo (lo que sucederá normalmente en las hipótesis de trabajos peor remunerados, respecto de la cotización durante los periodos de desempleo asistencial, o cuando existan lagunas de cotización), la base reguladora de la pensión de jubilación se originará, en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 1 de enero de 2017, tomando en consideración las 240 bases de cotización anteriores al mes previo del hecho causante de la pensión (número 2 de la disposición transitoria quinta LGSS). Que pasarán a ser las 300 que se utilizarán a partir del 1 de enero de 2022, en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2017 y el 1 de enero de 2022 (número 3 de la disposición transitoria quinta LGSS). Similares previsiones se establecen para los trabajadores por cuenta propia o autónomos *“con respecto a los cuales haya transcurrido un año desde la fecha en que se haya agotado la prestación por cese de actividad regulada en la Ley 32/2010, de 5 de agosto”*, y siempre que dicho cese se haya producido a partir de los 55 años de edad (número 4 de la disposición transitoria quinta LGSS).

La razón de ser de estas peculiares y muy concretas reglas se encuentra en la intención de proteger la base reguladora de la pensión de jubilación de trabajadores que, en los meses más cercanos al anterior al del hecho causante, aporten bases de cotización mucho más reducidas o, incluso, integradas como lagunas de cotización por no existir siquiera cotización. Algo que la norma considera que sucederá con más frecuencia en relación con trabajadores mayores de 55 años cuyas oportunidades de colocación se ven sensiblemente disminuidas y/o respecto de los cuales puede ser normal la existencia de bases de cotización (si es que consiguen un nuevo empleo) más reducidas en correspondencia a un trabajo peor remunerado. Frente a esta circunstancia, puede ser más favorable para esos trabajadores el que se tomen periodos de cotización más amplios que incorporen bases de cotización de los meses de activo anteriores a la pérdida del empleo.

Este es el motivo por el que, anticipándose al ritmo impuesto por el número 1 de la nueva redacción de la disposición transitoria quinta LGSS, estos trabajadores podrán tomar en consideración (siempre desde el 1 de enero de 2013 y hasta el 1 de enero de 2017) un número de bases más alto (60 bases o 5

años de cotización más) que las que les corresponderían de seguir la dinámica de la disposición transitoria quinta LGSS; y, en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2017 y el 1 de enero de 2022, podrán recurrir, por la misma razón, a las 300 bases de cotización (25 años) que, para los demás trabajadores, sólo serán exigibles a partir del 1 de enero de 2022. Y por este mismo motivo, estas previsiones excepcionales no se aplicarán si la base reguladora resultante aplicando la norma general (art. 161.1 y disposición transitoria quinta LGSS) en la fecha de que se trate es más favorable que el resultado arrojado por estas normas especiales.

Se trata, como se ha dicho, de una norma que pretende preservar la calidad de las bases de cotización y evitar que el retraso de la aplicación de la regla general de los 300 meses (o 25 años) les perjudique más que, como normalmente sucederá con los demás trabajadores, les beneficie. Ahora bien, la aplicación de esta regla excepcional encuentra límites y dificultades técnicas de relevancia. En primer lugar, ese descenso de la cuantía de las bases de cotización debe abarcar, al menos, 24 meses, sin que el número 2 (y tampoco el 3) de la disposición transitoria quinta LGSS especifique si deben ser o no continuados; lo que no parece, porque exigir esa continuidad hará más difícil aplicar la regla, pudiendo ser frecuente que las bases de cotización reducidas por comparación se distribuyan de forma dispersa en los años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante. En segundo lugar, y puesto que esas bases reducidas que permiten acudir a los números 2 y 3 de la disposición transitoria quinta LGSS deben existir tras el cumplimiento de los 55 años de edad del interesado, es difícil a veces establecer una conexión directa entre la pérdida involuntaria del empleo y la peor situación laboral del trabajador que provoca las bases de cotización reducidas; de manera que esa pérdida involuntaria del empleo puede haber tenido lugar años antes del cumplimiento de los 55 años.

A este último efecto, es fácil conectar la pérdida del empleo con los 55 años si no ha habido ningún tipo de ocupación cotizada en ese tiempo; de haberla, es la pérdida involuntaria de esa ocupación la que permitirá aplicar la regla descrita. Y lo mismo puede decirse si la propia pérdida involuntaria del empleo tiene lugar tras el cumplimiento de los 55 años de edad. Pero resulta más complicado, por no decir imposible, aplicar la previsión excepcional que se está comentando cuando el trabajador, antes o después del cumplimiento de los 55 años, encuentra un empleo que pierde de forma voluntaria, aunque su duración sea muy breve. Aunque hay que recordar que las hipótesis de situación legal de desempleo previstas por el art. 208.1. LGSS son muy numerosas y amplias y sólo excluyen los casos de cese por libre decisión del trabajador (dimisión o mutuo acuerdo). En lo que se refiere, en fin, a los trabajadores autónomos, la referencia para aplicar la regla excepcional que se está explicando es la de un año tras el agotamiento de la prestación por cese de actividad esta-

blecida en la Ley 32/2010, de 5 de agosto (también teñida de involuntariedad), durante el cual, hay que entender, el trabajador carece de ocupación alguna y siempre que, además, el fin de la actividad autónoma que originó el derecho a la protección por cese de actividad haya tenido lugar tras el cumplimiento de los 55 años de edad.

3.2. La nueva escala de porcentajes aplicables a la base reguladora en función de los periodos de cotización previos y su aplicación transitoria

Como ya se ha indicado páginas atrás, el art. 4.Cinco de la Ley 27/2011 también modifica el art. 163 LGSS, referido a la “*Cuantía de la pensión*”, estableciendo nuevos porcentajes más exigentes para alcanzar una determinada cuantía de la pensión de jubilación; o, dicho de otra forma, exigiendo más años de cotización, en relación con la versión anterior del art. 163.1 LGSS, para conseguir los mismos porcentajes aplicables a la base reguladora de la pensión. Como la Ley 27/2011 ha hecho en casos antes analizados, el art. 4.Seis incorpora a la LGSS una nueva disposición transitoria, la vigésima primera, determinando las reglas transitorias a aplicar respecto de tales porcentajes, utilizando como referente final la versión actual del art. 163.1 LGSS que sólo se aplicará plenamente a partir del 1 de enero de 2027. Y teniendo siempre presente que, por imperativo de la disposición final duodécima de la Ley 27/2011, estas normas sólo se aplicarán, como es ya habitual, a partir del 1 de enero de 2013; y que es, en esta misma fecha cuando se inicia el periodo transitorio.

3.2.1. Los nuevos porcentajes

Así, la nueva versión del art. 163.1 establece que la cuantía máxima de la pensión de jubilación (esto es, el 100 por 100 de la base reguladora) sólo podrá alcanzarse habiendo cotizado 37 años como consecuencia de aplicar los porcentajes establecidos en dicho artículo y que son, de una parte, el 50 por 100 de la base reguladora por los primeros 15 años de cotización o 180 meses de cotización (porcentaje que no ha sufrido cambio), y, un incremento del 0,19 por 100 por cada mes adicional de cotización a partir del decimosexto año y hasta el octavo mes del año trigésimo sexto de cotización (es decir, desde el mes 1, el primero del año decimosexto de cotización, hasta el mes 248, el que configura los 35 años y 8 meses de cotización), pudiendo alcanzarse un total del 47,12 por 100 que, sumado al inicial 50 por 100, hace un total del 97,12 por 100 con 35 años y ocho meses de cotización. Finalmente, se aplica un incremento del 0,18 por 100, desde el mes 249 de cotización (siempre contando desde el primer mes del año decimosexto, esto es, a partir de 35 años y 9 meses de cotización), requiriéndose 16 meses más al 0.18 por 100 para alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora de la pensión, esto es 37 años.

Un modelo de porcentajes que premia, con el mínimo (el 50 por 100), las carreras de seguro muy cortas (15 años), si bien su impacto favorecedor quedará muy atenuado por la nueva forma, más restrictiva, de resolver las lagunas de cotización (que en esta hipótesis pueden sumar hasta 10 años o 120 meses de cotización); que luego recompensa con los porcentajes más altos las carreras de cotización entre 16 y 36 años y 8 meses de cotización (desde 1 mes hasta 248 meses de cotización adicionales a los 180 primeros, o desde el mes 181 al mes 428) y que, finalmente, vuelve a reducir el porcentaje por los tiempos de cotización adicionales a partir del mes 428. Seguramente porque, con estas cotizaciones ya se tiene derecho al máximo de la pensión. Por cierto que estas nuevas reglas serán de aplicación, como habitualmente, a partir del 1 de enero de 2013.

Los apartados 2 y 3 del nuevo art. 163 LGSS se refieren, por su parte, a supuestos especiales.

El primero de ellos tiene que ver con la hipótesis de acceso a la pensión de jubilación con posterioridad a la edad ordinaria que rija en cada momento (un caso de lo que se llama jubilación postergada, demorada o flexible). En este supuesto, y siempre que el interesado aporte al cumplir la edad ordinaria de jubilación el mínimo de cotización de 15 años del art. 161.1,b) LGSS, tendrá derecho a *"un porcentaje adicional por cada año completo cotizado entre la fecha de cumplimiento de esa edad y la del hecho causante de la prestación"*, dependiendo de los años de cotización que acredite en el momento de cumplir la edad ordinaria de jubilación. Tales porcentajes adicionales van desde el 2 por 100 al 4 por 100, pasando por el 2,75 por 100, según si los años cotizados en ese momento (que es el del cumplimiento de la edad de jubilación, no del hecho causante de la pensión) son hasta 25, entre 25 y 37 años, y más de 37 años, respectivamente.

Una modificación que afecta a la entidad de los porcentajes que se adicionan ya que, en la versión anterior del art. 163.1 LGSS, dichos porcentajes eran del 2 por 100, en la generalidad de los casos y como regla estándar, pudiendo incrementarse muy excepcionalmente al 3 por 100 cuando se acreditara una cotización de al menos 40 años al cumplir los 65 años; una condición esta última muy difícil de cumplir. La nueva regla reduce el mínimo de años de cotización para aplicar el máximo de incremento anual (de 40 a 37 años) e incrementa el más alto de los porcentajes (del 3 al 4 por 100), mientras que reserva el 2 por 100 anterior sólo a las situaciones de años cotizados por una duración inferior a los 25 años, mejorando el porcentaje para quienes acrediten cotizaciones entre 25 y 37 años (un 2,75 por 100). En general, pues, una regla más favorable a las decisiones de prolongación de la vida activa, demorando la jubilación más allá del cumplimiento de la edad ordinaria que rija en cada momento.

El segundo supuesto especial (regulado por el apartado 3 del art. 163 LGSS) se refiere a la aplicación de coeficientes reductores en razón de la edad que se tenga en el momento del hecho causante, de acuerdo con lo que establece el art. 161 bis.2 LGSS, referido a la jubilación anticipada; esto es, cuando, por cada trimestre o fracción de trimestre que se anticipe respecto de la edad de jubilación ordinaria, se apliquen los coeficientes reductores de la cuantía de la pensión previstos en el art. 161 bis.2 LGSS. Lo que el nuevo art. 163.3 ordena es que tales coeficientes reductores se aplicarán sobre el importe de la pensión resultante.

Algo que no es nuevo pero sí lo es el que, tras la aplicación de tales coeficientes reductores, la pensión resultante no podrá ser superior a una determinada cuantía (que aparece así como máxima en estas situaciones), cual es la de reducir el tope máximo de la pensión (establecido con carácter general en la Ley de Presupuestos) en un 0,25 por 100 por cada trimestre o fracción de trimestre que se anticipe la jubilación. En cuanto a dicho tope máximo, es irrelevante el que hoy figura en el art. 41 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del estado para 2011, que es el mismo que se establecía en el art. 43 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2010 (esto es, 2.466.20 euros mensuales o 35.526,80 euros anuales) ya que las reformas que se comentan sólo entrarán en vigor a partir de enero del año 2013, pero obviamente vale la referencia general a dicho tope máximo de que se trate en cada momento, minorado en un 0,25 por 100 por cada año de anticipación de la jubilación.

La lógica de este nuevo apartado del art. 163 LGSS es la de penalizar la jubilación anticipada colocando un nuevo límite a su cuantía final derivado de la fórmula anterior; es decir, el tope máximo de pensión reducido en un 0.25 por trimestre o fracción que se anticipe la jubilación; de manera que se crea una especie de tope máximo variable de la cuantía de la pensión para las jubilaciones anticipadas. Aunque no se comprende bien el juego de la regla ya que si el coeficiente reductor de la pensión es, como mínimo del 1,625 por 100 por trimestre o fracción de anticipación, la reducción del tope máximo (sólo un 0,25 por trimestre o fracción) producirá una cuantía final siempre superior a la que se obtiene aplicando los coeficientes reductores del art. 161 bis.2 LGSS. Incluso en los casos en que los trabajadores generan, por las cotizaciones acreditadas, una cuantía inicial (antes de la aplicación de los coeficientes reductores) igual al tope máximo. La desigualdad de los coeficientes reductores y la mayor entidad de los que se aplican a la pensión que los que se aplican al tope máximo hace que la superación de ese tope máximo adaptado sea imposible.

3.2.2. Normas transitorias

Aunque, como se ha repetido tantas veces, lo descrito anteriormente en relación con la cuantía de la pensión de jubilación entrará en vigor el 1 de enero de 2013, también los porcentajes aplicables a la base reguladora por cada

mes de cotización que se acredite, establecidos en el art. 163.1.2º LGSS (los adicionales que se suman al inicial 50 por 100 a partir de los primeros 15 años de cotización que no ha variado) están sometidos a una normativa transitoria cuya característica central es la de ir reduciendo poco a poco el valor de cada mes de cotización, adicional a los primeros 180.

De forma que se establecen tres periodos o tramos temporales: el primero, del año 2013 al 2019, esto es siete años; el segundo del año 2020 al 2022, es decir, 3 años; y el tercero, del año 2023 a 2026, 4 años. En estos tres tramos de tiempo los porcentajes a sumar por cada mes de cotización serán siempre del 0,21 o del 0,19 por 100, pero aplicando el primero, obviamente más favorable para el beneficiario, cada vez a menos meses. Así, en el primer periodo (2013-2019) se computará un 0,21 por 100 por cada mes adicional de cotización entre el 1 y el 163 tras los primeros 180 meses (o, más claramente, por cada mes de cotización a partir del mes 181 hasta el mes 343 inclusive, contados desde el primer mes de cotización); lo que significa que el 0,21 por 100 se aplicará a los 13 años y 7 meses que se suman a los primeros 15 años (o 180 meses de cotización). En cuanto al resto de los meses de cotización a partir del mes 344 hasta el mes 426 (esto es, 83 meses), generará cada uno de ellos un 0,19 por 100 adicional. Lo que hace que el total del 100 por 100 de la base reguladora se alcance con una cotización de 35 años y 6 meses (o 426 meses de cotización)

En el segundo periodo (años 2020-2022), el porcentaje del 0,21 por 100 sólo se generará por los meses 1 hasta el 106 tras los primeros 180, o dicho de otra forma, por los meses 181 al 286 de cotización, es decir sólo por 8 años y 10 meses más. Mientras que son más numerosos los meses de cotización que dan un porcentaje adicional menor por cada uno del 0,19 por 100; en concreto, los meses a contar desde el mes 286 hasta el 432, es decir durante 12 años y 2 meses más. En este tramo temporal el 100 por 100 de la base reguladora de la pensión se alcanza con 432 meses de cotización, es decir, 36 años de cotización. Finalmente, en el tercer tramo (años 2023-2026), el porcentaje del 0,21 por 100 sólo opera para los meses de cotización, adicionales a los primeros 180, que van desde el mes 181 al mes 229 (es decir, sólo 49 meses o 4 años y 1 mes más de cotización), aplicándose el porcentaje del 0,19 por 100 a todos los meses de cotización adicionales a partir del mes 229 hasta el mes 438; con lo que el 100 por 100 de la base reguladora de la pensión se obtiene con 36 años y 6 meses de cotización. Con el fin del periodo transitorio, a partir de enero de 2027, los porcentajes generados por los meses adicionales de cotización serán los establecidos en el art. 163.1.2º LGSS, es decir, un 0,19 por 100 por los meses 1 a 248 a partir de los primeros 180 (esto es, desde el mes 181 al mes 428 de cotización); aplicándose el porcentaje inferior del 0,18 por 100 a todos los meses de cotización adicionales a partir del mes 429 hasta el mes 444, lo que significa que el 100 por 100 de la base reguladora de la pensión se obtiene con 37 años de cotización.

3.3. Los complementos para pensiones inferiores a la mínima

Regulados hasta ahora de forma breve por el art. 50 LGSS, la Ley 27/2011 ha modificado y ampliado este artículo introduciendo una regulación que, como en general la contenida en la Ley 27/2011, puede calificarse de restrictiva o más rigurosa por una serie de razones, aunque su entrada en vigor se demore al 1 de enero de 2013.

En primer lugar, el nuevo art. 50.1 hace una descripción mucho más detallada de los ingresos del beneficiario que se computan para determinar si supera o no la cantidad que se fija cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Dentro de esos ingresos se suman los rendimientos del trabajo (véase al respecto la compatibilidad que ya está en vigor entre trabajo y pensión, de acuerdo con la nueva versión del art. 165.4 LGSSS introducida por la disposición adicional trigésima primera de la Ley 27/2011), del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, teniendo como referencia la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que esté vigente en cada momento (Ley 35/2006, de 28 de noviembre). No obstante, y ésta es una novedad del art. 50, no se computan, pese a todo, los gastos deducibles establecidos por la legislación fiscal en relación con los ingresos del trabajo, los procedentes de actividades económicas y los procedentes de bienes inmuebles.

En segundo lugar, para tener derecho al complemento de mínimos es necesario que el beneficiario resida en territorio español; algo que no se contemplaba expresamente y que ahora será requisito imprescindible. Pero sólo para las pensiones cuyo hecho causante se produzca a partir del 1 de enero de 2013, según lo dice la nueva disposición adicional quincuagésima cuarta de la LGSS, introducida por el art.1.Dos de la Ley 27/2011. Lo que supone que, si causadas antes, aunque proyecten su vigencia muchos años después del 2103, seguirán rigiéndose por la regla anterior que no requiere esa residencia en España. En todo caso, el nuevo art. 50.1, primer párrafo in fine, remite con muy poca precisión a una posterior regulación, legal o reglamentaria de desarrollo, el establecimiento de las circunstancias en que esa obligación de residencia deba cumplirse, sea sólo en el momento de la solicitud, sea a lo largo de todo el disfrute del complemento de mínimos, sea considerando tal una residencia de una cierta duración mínima anual, etc.

En tercer lugar y lo que es mucho más relevante, el nuevo apartado 2 del art. 50 LGSS establece un nuevo límite general distinto del individual, ligados a los ingresos concretos que el jubilado perciba; y que, para el año 2011 es de 6.923,90 euros anuales, a tenor del art. 43 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, derivados del capital o del trabajo personal. El nuevo límite general es a la propia cuantía de los complementos de mínimos. En concreto y por lo que hace a la

pensión de jubilación, tales complementos no podrá superar en ningún caso la cuantía anual de las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez; es decir, 4.803,40 euros anuales, según el art. 44 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011. Incluso cuando hay cónyuge a cargo, en cuyo caso el tope de cuantía será igual al de la pensión no contributiva que se incrementa cuando hay dos beneficiarios; en concreto, y de conformidad con el art. 145.1.1ª LGSS, un 70 por 100 más de esa misma cuantía de la pensión (es decir un 170 por 100 de la cuantía de la pensión no contributiva, es decir, 8.165,78 euros anuales).

Si bien se piensa, la nueva regla, perjudica sobre todo a quienes perciban pensiones más bajas y que, en consecuencia, podrían pretender un complemento de mínimos de mayor cuantía. Lo que, en general, sería adecuado si se trata de pensiones bajas por acreditar sólo tiempos de cotización muy reducidos (el mínimo del 50 por 100 de la base reguladora a cambio de sólo 15 años de cotización), pero no cuando la cuantía tan limitada de la pensión se debe a una vida profesional irregular, salpicada de trabajo a tiempo parcial, de lagunas de cotización y de constantes transiciones en el mercado de trabajo y, además, con retribuciones muy bajas. De nuevo la exigencia de contributividad penaliza sin diferenciar la causa a los que sólo pueden acreditar periodos muy breves o mínimos de cotización.

A este respecto, un simple cálculo, referido a un pensionista sin cónyuge a cargo, pone de manifiesto que, si se resta al mínimo garantizado (8.311,80 euros/año) la cuantía de la pensión no contributiva que es el máximo del complemento de mínimos (4.803,40 euros/año), todas las pensiones inferiores a la cifra de 3.508,40 euros/año resultarán perjudicadas por la nueva regla. Menos agresiva es la previsión normativa cuando se trata de un pensionista con cónyuge a cargo, respecto del cual, siendo el mínimo garantizado de 10.255 euros/año, no obstante la cuantía de la pensión no contributiva en estos casos sería del 170 por 100 (art. 145.1.1º LGSS), lo que ascendería a 8.165,80 euros/año que, a su vez, sería el tope máximo del complemento de mínimos, perjudicando sólo a pensiones de jubilación inferiores a la cuantía de 2.059,20 euros/años, lo que ya es una cuantía altamente improbable, incluso con malas carreras de aseguramiento. Aunque, para moderar el rigor de la regla, su aplicación efectiva no sólo se demora al inicio del año 2103, sino que, además, no regirá para las pensiones de jubilación que se hubieran causado antes del 1 de enero de 2013. Lo que significa que estas pensiones quedarán inmunes a la limitación descrita aunque se mantengan vivas durante muchos años tras el 2103 y requieran la aplicación de los complementos de mínimos, siéndoles de aplicación las reglas existentes en el momento de la aprobación de la Ley 27/2011 y contenidas en el anterior art. 50 LGSS.

4. OTRAS REFORMAS RELACIONADAS CON LA PENSIÓN ORDINARIA DE JUBILACIÓN

La Ley 27/2011 ha incluido muchas disposiciones, fundamentalmente adicionales, que carecen de valor normativo y no son más que encomiendas al Gobierno para que estudie, valore, o analice determinadas materias o cuestiones, o haga propuestas de ley en cuestiones muchas de las cuales afectan a la jubilación ordinaria. Una mera mención bastará para dar razón de ellas.

Es el caso del art. 8 que introduce en la LGSS una nueva disposición adicional, la quincuagésima novena, titulada como “*factor de sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social*”, en la que, para mantener (¿o incrementar?) la relación de contributividad y garantizar la sostenibilidad del Sistema, ordena que se revisen (cada cinco años), a partir del año 2027, los que, sin especificar cuáles, llama “*parámetros fundamentales del sistema*”, teniendo en cuenta las diferencias de la esperanza de vida a los 67 años en el año 2027 y la esperanza de vida en el año en que se efectúe la revisión. Pocos comentarios requiere una norma como la descrita que debe empezar a aplicarse dentro de quince años y que sólo impone algo que viene, o debería, haciéndose desde hace décadas: adaptar la regulación en materia de pensiones a las expectativa media de vida de la población. En todo caso a ese mandato difícilmente puede atribuirse otra eficacia que la, escasamente normativa, de recordar que la protección por jubilación tiene necesariamente que acompañarse a las expectativas de vida y al grado de envejecimiento de la población. Una valoración que es, justamente, la que ha inspirado a la propia Ley 27/2011.

Dentro del apartado de disposiciones adicionales muy poco vinculantes hay que incluir las que mandatan al Gobierno para que, en determinados plazos, elabore ciertos informes o proponga algunos proyectos de ley. Esta segunda hipótesis es la que se contiene, por ejemplo, en las disposiciones adicionales vigésima octava, vigésimo novena y trigésima séptima de la Ley 27/2011. Referidas, respectivamente, al cómputo como tiempo cotizado del periodo de servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria (como forma de compensar la interrupción de las carreras de cotización que estas circunstancias provocaron en su momento); a la forma de tratar los periodos cotizados de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos en la línea de mejorar el coeficiente multiplicador vigente (actualmente del 1,5) para causar derecho a las prestaciones y que se contiene en la disposición adicional séptima, apartado 1, segunda, b) LGSS; y, en fin, a la compatibilidad entre pensión y trabajo con el fin de garantizar el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral.

Llamativamente, en relación con esta última cuestión, la disposición adicional trigésima séptima de la Ley 27/2011 establece que, mientras esa regulación no se produzca (para la que la propia disposición adicional no establece

plazo), “*se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo*”. Se trata de una afirmación ambigua ya que no se entiende bien si lo que pretende es derogar en la práctica la Orden TIN/1362/2011; lo que no parece ya que esta Orden no se encuentra entre las normas citadas por la disposición derogatoria única de la Ley 27/2011. Pero establecer que, en materia de compatibilidad entre pensión y trabajo, deberá mantenerse el criterio vigente antes de la mentada Orden TIN/1362/2011, significa rechazar el contenido y la finalidad de dicha Orden que ha venido, precisamente, a establecer muy recientemente y para el futuro la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el desempeño de una de las actividades profesionales retribuidas que permitieron adscribirse a una mutualidad colegial, alternativa a la Seguridad Social. Remitirse al criterio previo mientras no se apruebe el proyecto de ley que ha de abordar estos temas no puede suponer otra cosa que negar la funcionalidad de la Orden, sin que se sepa bien si esto es una afirmación sólo válida para los demás casos o es, implícitamente, una derogación de la Orden citada.

En este mismo ámbito sí puede destacarse una reforma directa del art. 165 LGSS, por obra de la disposición adicional trigésima primera (referido a las incompatibilidades de la pensión de jubilación) al que se añade un nuevo apartado, el numero 4, que determina, en línea con la compatibilidad admitida en relación con actividades marginales pero ampliándola muy sensiblemente, que el percibo de la pensión de jubilación puede ser compatible con trabajos retribuidos por cuenta propia (no se entiende bien por qué no con trabajos por cuenta ajena) siempre que los ingresos anuales derivados de este trabajo no superen el salario mínimo interprofesional en cómputo igualmente anual. Estableciendo además la norma que tales trabajos no obligan a cotizar y, consecuentemente, que tampoco generarán nuevos derechos prestacionales en el ámbito de la Seguridad Social. Se trata, por otra parte, de una previsión que ha entrado en vigor el 2 de agosto de 2011, de conformidad con la disposición final duodécima de la Ley 27/2011.

En el apartado de los informes que se requieren al Gobierno, pueden citarse las disposiciones adicionales vigésimo segunda y cuadragésimo cuarta de la Ley 27/2011. Referida la primera a una valoración acerca del mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas en los últimos cinco años, que el Gobierno habrá de presentar en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de la que podría derivar, si las posibilidades económicas del Sistema lo permitieran, la adopción de medidas para la recuperación del poder adquisitivo perdido. En cuanto a la segunda, el informe que se exige al gobierno, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley 27/2011, versará sobre los efectos producidos en la prolongación de la vida laboral en razón de los coeficientes adicionales de mejora de la pensión aplicables en el

caso de retraso en la edad de jubilación respecto de la ordinaria. Algo difícil de hacer si se tiene en cuenta que la norma que prevé los coeficientes adicionales entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2013, aunque es cierto que la propia disposición cuadragésimo cuarta también entrará en vigor en esa fecha. En fin, se trata de disposiciones, como se ha dicho, de muy escaso valor normativo y que no merecen mayor comentario.

Un breve comentario final merecen las disposiciones finales séptima y duodécima de la Ley 27/2011. En cuanto a la primera, su apartado número Siete ha añadido una nueva disposición adicional a la LGSS, la sexagésima primera, conforme a la cual, para el acceso a las pensiones de la Seguridad Social y para la determinación de la cuantía de las mismas, los plazos establecidos en la LGSS en años, semestres, trimestres o meses deberán adecuarse a días, mediante las correspondientes equivalencias; algo que ya ha sucedido antes en relación con prestaciones como la de incapacidad temporal. Lo que, de acuerdo con la disposición final duodécima ha entrado en vigor en 2 de agosto de 20110.

En cuanto a la disposición final duodécima (dedicada a establecer las diversas fechas de entrada en vigor según el tipo de disposición de la Ley 27/2011), su apartado número 2 contiene una regla de mantenimiento de la regulación anterior a la Ley 27/2011 de la pensión de jubilación en todas sus dimensiones (modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de sus prestaciones) siempre que se trate de: a) personas cuya relación laboral (debe entenderse por causa de la jubilación) se haya extinguido antes de la publicación de la ley (el 2 de agosto de 2011); b) personas cuya relación laboral se haya suspendido o extinguido como consecuencia de expedientes de regulación de empleo, acuerdos colectivos o decisiones del juez del concurso, adoptadas antes del 2 de agosto de 2011, al margen de en qué momento se produzca la extinción de la relación laboral que conduce a la jubilación, lo que puede suceder antes o después del 1 de enero de 2013 (fecha, se insiste, de entrada en vigor de muchas de las previsiones de la Ley 27/2011); y, c) personas que haya accedido a la jubilación parcial antes del 2 de agosto de 2011 o que lo hagan con posterioridad siempre que se hayan incorporado a planes de jubilación parcial, establecidos en acuerdos colectivos, antes del 2 de agosto de 2011. Unas normas generosas que preservan para muchas situaciones las previsiones más favorables anteriores a la Ley 27/2011; lo que, junto con sus propias disposiciones relativas a la entrada en vigor, generalmente demorada hasta enero de 2013, hace que su impacto sólo podrá sentirse dentro de unos años.

5. CONCLUSIONES

Con carácter general hay que indicar que las reformas contenidas en la Ley 27/2011, en lo que hace referencia a la pensión ordinaria de jubilación, son reformas de mucho calado. Como se ha dicho antes, afectan prácticamente a todas las dimensiones de la prestación ya que, reforman al alza la edad ordinaria o estándar (de 65 a 67), modifican la forma de cálculo de la pensión ampliando los meses y años que se toman como referencia (de 15 a 25), alteran la escala de porcentajes que se aplican a la base reguladora en razón de los meses de cotización (obligando a cotizar más tiempo para obtener el mismo porcentaje que actualmente y elevando a 37 años de cotización los necesarios para alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora), cambian la forma de cubrir las lagunas de cotización (con una mezcla de reglas que, en la mayor parte de los casos harán que esas lagunas se integren sólo con el 50 por 100 de la base mínima de cotización), y cambian a la baja la cuantía de los complementos de mínimos imponiendo un límite a dicha cuantía equivalente al de las pensiones no contributivas (al margen de que este criterio pueda ser considerado lógico y procedente). Difícilmente puede, pues, encontrarse una reforma más incisiva ya que, respetando el esquema de la prestación ha transformado muchos de sus elementos.

En todo caso, es también evidente que no se trata de reformas urgentes (ni su fundamento, ni su contenido lo exigían) y por ese motivo se han articulado a través de un ley ordinaria de modificación de la LGSS. Esa ausencia de urgencia también se expresa en que muchas de sus innovaciones no entrarán en vigor sino hasta enero del año 2013 y tardarán en completar su aplicación amplios periodos de tiempo que, para muchas cuestiones, se proyecta hasta el año 2027. Esta característica, unida al contenido de muchas disposiciones adicionales de la Ley 27/2011, con una marcada carencia de valor normativo y sólo expresivas de compromisos de orden político, de propuestas y pretensiones u objetivos, hacen que la Ley 27/2011 tenga una fuerte carga de instrumento de revisión del diseño del Sistema de Seguridad Social en lo que se refiere a una de las prestaciones centrales como es la jubilación. Y en ese diseño encajan piezas que la Ley 27/2011 o bien regula directamente, o bien sólo insinúa o anuncia.

Es el caso de la regulación , en parte restrictiva y en parte liberalizadora de la jubilación anticipada ordinaria, o el persistente retraso para la entrada en vigor de las limitaciones a la jubilación parcial que permite seguir recurriendo a ella como forma de reorganización y de gestión de las plantilla, o la peculiar disposición, que puede anunciar una regla más general, de retención en las empresas con beneficios de los costes de las prejubilaciones, o, en fin, las nuevas normas acerca de la compatibilidad entre trabajo y pensión, que anuncia una

línea de desarrollo que, sin duda alguna, permite prever que esa compatibilidad será uno de los elementos centrales de la futura regulación de la jubilación. En suma, elementos más novedosos, en cuanto enfoque, que la reforma de las reglas clásicas de la jubilación ordinaria, aunque sean todas instrumento del retraso o de la mayor dificultad para jubilarse, de la reducción media de la cuantía de la pensión y de las menores garantías de recursos mínimos. Un escenario que prepara otra de las iniciativas que se sugieren también en la Ley 27/2011 y que no es otra que la potenciación de las fórmulas privadas complementarias de un sistema público cada vez menos garantizador de la calidad y de la suficiencia de la prestación. Algo que parece una ofrenda inevitable en aras del insaciable principio de la contributividad, aunque venga disfrazado de un término que, quienes elaboran las reformas, insisten en unir al primero y que no es otro que el de justicia o equidad. Aunque se trate de una justicia individual y no colectiva y deba ponerse de manifiesto que esa mayor justicia no es sino una estricta recompensa al esfuerzo de cotización desprovista de todo elemento de solidaridad.

LA POSIBILIDAD DE ADELANTAR LA JUBILACIÓN TRAS LA REFORMA DE 2011

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria

EXTRACTO

Palabras Clave: Jubilación anticipada, Seguridad Social, reforma

La Ley 27/11 se conocerá como la norma que retrasó la edad ordinaria de jubilación de 65 a 67 años. Un acceso tardío y difícil a la pensión de jubilación, con requisitos más rígidos en una perspectiva laboral con carreras de cotización inciertas. En un contexto como el descrito, no debería tener cabida la posibilidad de anticipar la jubilación pero la reforma la mantiene, incluso pudiera afirmarse que se amplía subjetivamente aunque se dificulte objetivamente. Equilibra así el legislador, al menos inicialmente, el impacto que una medida como el incremento de la edad de jubilación puede tener en la población trabajadora, amortiguado *ab initio* por una aplicación gradual de la misma. Evita, al menos aparentemente, el rechazo que la desaparición íntegra de estas fórmulas de anticipación podría haber provocado en los agentes sociales. Extiende, al menos temporalmente, modalidades en proceso de extinción. Pero elude un objetivo deseable: la consecución de un sistema flexible de jubilación.

ABSTRACT

Key Words: Early retirement, Social Security, Reform

The 27/2011 Law will be known as "the norm" that delayed the retirement age from 65 to 67 years. The retirement pension system access will be more delayed and difficult to enter to, as has more rigid requisites from a labour perspective and contains uncertainties as regards contributions. In this context, it should not be possible to anticipate and change the retirement system, but is still possible, and in fact even we could ensure that, subjectively, can be increased and even be more complex. The impact of such measure may reach equilibrium like extending the retirement age in the labour market and could be soften right from the beginning to the gradual application of the norm.

The end of an early-retirement option could have provoked a discontent for social agents, but this is apparently avoided. And the norm extends temporarily issues that will tend to disappear. And forgets a desirable objective: the flexibility in retirement.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DE PENSIONES DE 2011
 - 1.1. La necesidad de actualizar, adecuar y modernizar la seguridad social en España
 - 1.2. La ley que actualiza, adecua y moderniza la seguridad social en España
2. LA ANTICIPACIÓN DE LA EDAD DE JUBILACIÓN TRAS LA LEY 27/11
 - 2.1. El paradójico mantenimiento de edades de jubilación anticipada con el retraso de la edad ordinaria de jubilación a 67 años
 - 2.2. Dos supuestos distintos de anticipación de la edad de jubilación: la reducción de edad y la jubilación anticipada
 - 2.3. La reducción de la edad de jubilación tras la ley 27/11
 - 2.3.1. La jubilación con edad reducida como edad ordinaria. El compromiso de revisar los coeficientes reductores sobre la edad en función de las condiciones laborales de cada colectivo
 - 2.3.2. La jubilación a los 65 años como edad ordinaria reducida
 - 2.4. Las jubilaciones anticipadas tras la ley 27/11
 - 2.4.1. Jubilación anticipada derivada de cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador: la jubilación anticipada a los 61 años
 - 2.4.2. Jubilación anticipada derivada de la voluntad del interesado: la jubilación anticipada a los 63 años
 - 2.4.3. Otras jubilaciones anticipadas
 - 2.5. Una fórmula limitadora: la imposibilidad de acceder a la jubilación forzosa si no se alcanza un período de cotización superior al mínimo
3. LA JUBILACIÓN PARCIAL COMO UN SUPUESTO ESPECIAL DE JUBILACIÓN ANTICIPADA. COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y TRABAJO
 - 3.1. La jubilación parcial: de modalidad residual a central
 - 3.2. La jubilación parcial vigente y la jubilación parcial reformada
 - 3.2.1. Jubilación parcial para mayores de 65 años sin necesidad de celebración simultánea de contrato de relevo
 - 3.2.2. Jubilación parcial a partir de los 60 o 61 años de edad con celebración simultánea de un contrato de relevo
 - 3.3. La general aplicación de las reglas de incompatibilidad entre pensión y trabajo al resto de supuestos de jubilación anticipada
4. CONCLUSIONES: HACIA UN SISTEMA FLEXIBLE DE JUBILACIÓN

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DE PENSIONES DE 2011

1.1. La necesidad de actualizar, adecuar y modernizar la Seguridad Social en España

1. La crisis ha acelerado lo que, sin duda, resultaba imprescindible. Adoptar medidas para garantizar la viabilidad del sistema público en un país como España, más longevo y con más desempleo que el resto de los países europeos, se había convertido en una necesidad. El Gobierno lo sabía y, de hecho, en Enero de 2010 tenía preparado un Documento con las líneas de actuación en materia de protección social, ciertamente interesante, el “*Documento sobre la*

revisión del Pacto de Toledo” (1). Todo se precipitó y en Mayo de 2010, tras una fatídica comparecencia del Presidente ante la Unión Europea, las luces rojas vaticinaban reformas restrictivas, entre otros, en el ámbito laboral y de protección social. Aquél, con un objetivo requerido por los mercados y los empleadores: abaratar el despido; éste, con una pretensión más institucional y común en la Europa del bienestar social: retrasar la edad de jubilación. La reforma laboral con el rechazo y la reacción sindical; la de las pensiones, con su aquiescencia. Aquélla, con una aplicación inmediata, ahíta de resultados; ésta, con una entrada en vigor pospuesta a 2013, una aplicación progresiva hasta 2027 y unos efectos diferidos a 2050.

En materia de protección social, las perspectivas demográficas y económicas obligaban a adoptar medidas (2). En España, las previsiones contemplan pasar de 8 millones de pensionistas a 15 millones en los próximos treinta años. La población mayor de 65 años representará dentro de tres décadas el 31.9% del total, alcanzando la longevidad masculina los 84.3 años y la femenina los 89.9 (3). Parte de la población mayor de 55 años ya no figura como activa y permanece apartada del mercado de trabajo, aunque tampoco se presente como

¹ Un análisis pormenorizado del mismo en López Cumbre, L., “Recorte/reforma de las pensiones en 2010”, El Cronista, núm.14, 2010, pp. 22-41.

² La UE señala que, en 2030, más de 110 millones de personas superarán los 65 años (en 2000 eran 70 millones), la población en edad laboral será de 280 millones en esa fecha (en la actualidad es aproximadamente de 303 millones), el 58.8% de la población en 2025 será pasiva (niños, jóvenes y ancianos), en la actualidad la tasa de empleo de los trabajadores de más edad se sitúa en Europa en el 42.5% con una media efectiva de jubilación a los 60.9 años. El gasto en protección social en nuestro país (incluyendo además de las pensiones otros mecanismos de protección ligados al empleo, la sanidad o la asistencia social) es aproximadamente del 20% del PIB, significando casi el 55% del gasto público total del Estado. España es uno de los países que menos invierte en protección social pues su cifra -sólo superior a la de Irlanda instalada en un 16% y similar a la de Grecia, Holanda o Reino Unido- dista mucho de países como Suecia o Francia que destinan un 50% de su PIB, en UNION EUROPEA, Libro verde en pos de unos sistemas de jubilación adecuados, sostenibles y seguros, 7 de julio de 2010 [COM (2010) 365 -no publicado en el Diario Oficial], en europa.eu.

³ Según la Encuesta de Población Activa, el total de pensionistas en 2010 fue de 8.671.020, obteniendo la pensión de jubilación 5.140.550 con un importe medio de 884.07 euros. La prestación contributiva de desempleo se abonó en 2010 a 1.471.800 personas de las cuales 189.200 superaban los 55 años. En el subsidio por desempleo los perceptores ascendieron a 1.291.500 superando los 55 años un total de 243.300. De un total de 23.088.900 activos en 2010, 2.707.300 eran mayores de 55 años, estando ocupados 2.343.200 de un total de 18.456.500 ocupados. En ese mismo año el total de parados asciende a 4.632.400, de los cuales 364.200 superaban los 55 años de edad, en MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, www.mtin.es.

pensionista de jubilación por no tener derecho a la misma ⁽⁴⁾. Las pensiones suponen en España el 8.6% del PIB pero, para mantener el nivel derivado del envejecimiento previsto, debería incrementarse, al menos, hasta el 15.7% del PIB. En el sistema de Seguridad Social español, las prestaciones suponen 1.9 veces en promedio el valor de las aportaciones. Se estima que la proporción entre pensionistas y contribuyentes al sistema de Seguridad Social que ha sido del 37% en 2010 crecerá de forma notable a partir de 2030, en el que pasará al 47% y llegará al 75% en 2050. Eso significa que se incrementará la tasa inversa de dependencia, esto es, el número de personas en edad de trabajar respecto del número de pasivos y que será del 2.7 en 2010, del 2.12 en 2030 y del 1.33 en 2050. Estos datos, coincidentes con las proyecciones del Gobierno, situarían al actual sistema de reparto en desequilibrio a partir de la cuarta década del presente siglo ⁽⁵⁾.

2. Con este horizonte, el Gobierno socialista avanza el citado Documento sobre la revisión del Pacto de Toledo en Enero de 2010 que, si bien fue conocido públicamente por una sola medida -la referida al incremento de la edad de jubilación de 65 a 67 años de edad-, contenía doce apartados. Ya en el Debate sobre el Estado de la Nación de 2009, el Gobierno se comprometió a efectuar un diagnóstico sobre el sistema de pensiones y a promover un acuerdo sobre su reforma. Teniendo como punto único de referencia el sostenimiento y la viabilidad del sistema público, el Gobierno es consciente en todas sus intervenciones de la necesidad de lograr una economía en desarrollo, capaz de generar riqueza y de garantizar empleos de calidad que sirvan para mantener el sistema de reparto en el que se basa la Seguridad social española, eje principal del sistema de protección social.

Como no podía ser de otra forma, el Documento y la propuesta de reforma se debaten en el seno del Pacto de Toledo, sede en la que ha de residenciarse

⁴ De hecho, las cifras sobre las pensiones de jubilación a Julio de 2011 aportadas por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social también son significativas. De un total de 5.250.797 pensionistas de jubilación, 12.125 reciben la pensión entre 55 y 59 años; 362.151, entre 60 y 64 años; 1.300.592, entre 65 y 69 años; 1.072.235, entre 70 y 74 años; 1.060.784, entre 75 y 79 años; 787.812 lo hacen entre los 80 y los 84 años y un total de 653.719 pensionistas de jubilación tienen más de 85 años, en SECRETARÍA DE ESTADO PARA LA SEGURIDAD SOCIAL, www.seg-social.es

⁵ Datos extraídos de diferentes fuentes: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, Proyección de España a largo plazo, 2011 (www.ine.es), Valero, D., Artís, M., Ayuso, M., García, J., “Una propuesta de reforma del sistema de pensiones español basada en un modelo de contribución definida notacional”, Revista de Métodos Cuantitativos para la economía y la empresa, núm.11, 2011, pp. 94 y 95 e “Intervención del Secretario de Estado para la Seguridad Social ante el Consejo Estatal de Mayores para explicar la Reforma del Sistema de Pensiones”, en Revista 60 y más, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, núm.302, 2011, pág. 27 y Fernández Cordón, J.A., “Demografía y reformas del sistema de pensiones”, en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Seguridad Social, número extraordinario, 2011, pp. 39-74.

cualquier decisión que afecte al futuro de la protección social desde 1995. Este Pacto garantiza el consenso sobre la viabilidad del sistema de protección social y a su consideración se somete esta reforma dirigida más concretamente a la Seguridad Social, específicamente a las pensiones y particularmente a la jubilación. El acuerdo, alcanzado con el aval de las fuerzas políticas que integran el Pacto de Toledo en Enero de 2011, exige, entre otras medidas, la necesidad de completar la separación de fuentes de financiación, la culminación de la simplificación de regímenes, un mayor ajuste entre el salario real y la base de cotización o la potenciación de la mejora de la gestión ⁽⁶⁾. En cinco años, deberá procederse a una revisión general del grado de cumplimiento de estas recomendaciones.

3. De entre todas estas medidas, este estudio ha de destacar la Recomendación número 12 que considera la prolongación de la vida laboral como un objetivo necesario y deseable. A tal fin, se requiere adoptar incentivos sociales, fiscales y laborales y que las cotizaciones que darían lugar a una pensión superior al tope máximo determinen un incremento mensual de la pensión final por encima de la pensión máxima proporcional al porcentaje adicional de cotizaciones efectuadas. Para lograrlo será necesaria una mejor coordinación entre legislación laboral y de Seguridad Social en aspectos como las pensiones de incapacidad y empleo, el contrato de relevo, la cotización a tiempo parcial o las entradas y salidas de los pensionistas en el empleo, esto es, una mayor compatibilidad entre pensión y salario para incentivar la continuidad laboral. Asimismo se considera imprescindible combatir la discriminación por edad en el mercado laboral y remover la normativa que fuerza a colectivos o personas a la jubilación obligatoria así como la necesidad de reorientar las políticas activas de empleo para la recolocación de las personas de más edad a fin de mantenerlas en activo.

Pero no basta con todo esto. Será exigible, además, modificar el régimen jurídico de la jubilación para aproximar la edad real a la edad legal de acceso a la misma. Así pues, la jubilación anticipada deberá reservarse para trabajadores con largas carreras de cotización que voluntariamente opten por acogerse a ella, para colectivos en actividades de especial penosidad, peligrosidad o insalubridad con elevados índices de morbilidad y mortalidad o para trabajadores con una discapacidad que, de forma generaliza y apreciable, suponga una reducción de su esperanza de vida. Con este objetivo se entiende aconsejable el estudio y, en su caso, la simplificación de las once fórmulas vigentes de acceso a la pensión de jubilación. Si bien conviene precisar que la Comisión del Pacto de Toledo no alcanzó *“acuerdo alguno en materia de edad legal de*

⁶ MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, Resumen de las Recomendaciones del Pacto de Toledo, Enero, 2011 (www.mtin.es).

jubilación” por lo que cualquier regulación sobre este punto se hará a iniciativa del Gobierno y no del pacto alcanzado en esta Comisión. Como es sabido y como se comprobará a continuación, la medida más polémica al respecto, el incremento de la edad legal de lo 65 a los 67 años, sería adoptada con el consenso de los agentes sociales, firmando sindicatos y empresarios el Acuerdo Social y Económico de 2 de febrero de 2011, una de cuyas cláusulas contenía precisamente esta modificación.

1.2. La Ley que actualiza, adecua y moderniza la Seguridad Social en España

1. La Ley 27/11, 1 ago. (BOE, 2) sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social regula cuestiones del máximo interés ⁽⁷⁾. Cabría afirmar que prácticamente todas las previsiones iniciales del Gobierno en Enero de 2010 se hallan recogidas, de un modo u otro, en este texto, si bien algunas de ellas se postponen a un desarrollo reglamentario o a la realización de un informe económico posterior ⁽⁸⁾.

En relación a la jubilación, la reforma que ahora se aborda en la Ley 27/11 sucede a otras de no menor trascendencia. La primera, general a todas las pensiones pero con la pensión de jubilación como centro de referencia, la Ley 26/85 por la que se incrementará de ocho a quince años el período mínimo de cotización para acceder a la pensión; la segunda, la Ley 26/90, avance social que permitirá obtener un derecho subjetivo a quienes nunca hubieran cotizado

⁷ Así, aspectos como el principio de suficiencia y la garantía de solidaridad mediante la modificación del régimen jurídico de los complementos a mínimos de las pensiones contributivas, la exoneración de cotización cuando se prolonga la vida activa más allá de los 65 años de edad, la integración de las lagunas de cotización tanto en el cálculo de las pensiones de incapacidad como en las de jubilación, la compatibilidad entre trabajo y pensión, un cálculo de la pensión de jubilación basado en una mayor proporcionalidad entre las cotizaciones efectuadas y la cuantía de la pensión, la ampliación de la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el cómputo como cotizado del período de interrupción de la actividad laboral motivada por el nacimiento de un hijo o por adopción o acogimiento de un menor, la consideración como cotizados de la excedencia por cuidado de hijo, la ampliación del convenio especial a algunos colectivos como el de los becarios, la creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social o cuestiones vinculadas a autónomos, a las prestaciones complementarias, a las unidades económicas unipersonales, a la gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, entre otras muchas.

⁸ Quizá hayan sido relegadas algunas de especial consideración como una mayor sensibilidad sobre la dimensión de género en las pensiones depurando las discriminaciones directas o indirectas hoy existentes o un mejor desarrollo de la protección complementaria como fórmula de cobertura para pequeñas y medianas empresas o para colectivos excluidos de la protección social pública o la anulación de situaciones de desigualdad por la pervivencia de Regímenes Especiales con sistemas normativos favorables en detrimento del sistema general de cobertura o la gestión de los excedentes agrupados en el Fondo de Reserva o el control del fraude en la incapacidad temporal para evitar el absentismo y potenciar el incremento de la productividad o, en fin, el eterno debate sobre la revisión de la pensión de viudedad.

o lo hubieran hecho insuficientemente; la tercera, la Ley 24/97, con la promoción de una permanencia activa más allá de los 65 años de edad permitiendo incluso el percibo de la pensión por encima del 100% de su cuantía; la cuarta, la Ley 35/02, que establecerá un sistema de jubilación gradual y flexible; posteriormente, la Ley 40/07 introducirá una regulación específica sobre la jubilación anticipada y modificará la jubilación parcial; y, finalmente y sin desmerecer otras muchas modificaciones legales intermedias, esta Ley 27/11 en virtud de la cual la edad de jubilación se incrementa de 65 a 67 años (⁹).

2. Pero además del retraso de la edad ordinaria de jubilación, la Ley 27/11 cuenta con una serie de características técnicas que la diferencia de sus predecesoras. Destáquense, entre otras, la dificultad aplicativa por la convergencia de períodos transitorios y una aplicación progresiva en numerosas instituciones: edad de jubilación, porcentajes, base reguladora, etc. La concurrencia de todos estos elementos obligan a dispensar prácticamente una atención casi individualizada a los supuestos que se originen desde ahora hasta la aplicación plena de la norma (1 de enero de 2027). A ello se añade la entrada en vigor en diferentes fechas de cada una de las disposiciones pues, si bien, con carácter general, la norma entra en vigor el 1 de enero de 2013, se contemplan otras muchas fechas en diferentes supuestos (¹⁰).

⁹ Ley 26/85, 31 jul., BOE, 1 ago., de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y la acción protectora de la Seguridad Social; Ley 26/90, 20 dic., BOE, 22 por la que se establece en la Seguridad Social prestaciones no contributivas; Ley 24/97, 15 jul., BOE, 16, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social; Ley 35/02, 12 jul., BOE, 13 por la que se establece un sistema de jubilación gradual y flexible, Ley 40/07, 4 dic., BOE, 5, de medidas en materia de Seguridad Social.

¹⁰ Así, algunas Disposiciones Adicionales (1ª, 2ª, 3ª, 7ª, 14ª, 15ª, 16ª, 17ª, 22ª, 23ª, 25ª, 30ª, 31ª, 32ª, 33ª, 35ª, 36ª, 37ª, 39ª, 42ª, 45ª) o algunas Disposiciones Finales (2ª, 3ª, 5ª, 6ª, 7ª) entrarán en vigor en la fecha de publicación de esta Ley en el BOE (esto es, el 2 de agosto de 2011). Por su parte, las Disposiciones Adicionales 18ª y 40ª entrarán en vigor el 1 de enero de 2012. El art. 3.3 de esta Ley 27/11 entrará en vigor el 1 de enero de 2014 y, finalmente, en algunos supuestos se mantiene la aplicación de la normativa vigente antes de la aprobación de esta Ley 27/11. No en vano, se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, según la DF 12ª Ley 27/11, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso y condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de esta Ley a: a) las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de la publicación de la presente ley; b) las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en ERE o por medio de Convenios Colectivos de cualquier ámbito y/o acuerdos colectivos de empresa, así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados o suscritos con anterioridad a la fecha de publicación de la presente Ley, con independencia de que la extinción de la relación laboral se haya producido con anterioridad o posterioridad al 1 de enero de 2013; c) quienes hayan accedido a la pensión de jubilación parcial con anterioridad a la fecha de publicación de la presente Ley, así como las personas incorporadas antes de la fecha de publicación de esta Ley a planes de jubilación parcial, recogidos en Convenios Colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresas, con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o posterioridad al 1 de enero de 2013.

Quizá por estas dificultades, el Gobierno queda facultado, *ex DA 25ª Ley 27/11*, para elaborar, en el plazo de dos años, un nuevo Texto Refundido en el que se integren, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, los textos legales vigentes en materia de Seguridad Social. Texto que se venía demandando desde hace tiempo por las sucesivas reformas llevadas a cabo desde 1994 y que se encontraba dentro de las previsiones del Gobierno en Enero de 2010, aun cuando en el Documento del Gobierno su contenido se reservaba exclusivamente para la regulación de las prestaciones contributivas de Seguridad Social. Además, el Gobierno prevé realizar una serie de informes en los años de aplicación progresiva de esta norma. Entre otros, y también en el plazo de dos años, habrá de presentar un informe económico sobre los efectos producidos por la aplicación de coeficientes adicionales para retrasar la edad de jubilación en la prolongación de la vida laboral, *ex DA 44ª Ley 27/11*.

2. LA ANTICIPACIÓN DE LA EDAD DE JUBILACIÓN TRAS LA LEY 27/11

2.1. El paradójico mantenimiento de edades de jubilación anticipada con el retraso de la edad ordinaria de jubilación a 67 años

1. Desde 1919 (RD 11 mar.19), la edad ordinaria de jubilación había permanecido fijada a los 65 años de edad. En un primer momento, y ante una longevidad corta (en esa fecha, la esperanza de vida era de 39.8 años para el varón y 41.7 años para la mujer), pocos trabajadores accedían a esta pensión pero, con el tiempo y con un índice menor de mortalidad, se convirtió en habitual no sólo tener derecho a la pensión de jubilación sino percibirla cada vez por más tiempo y con cantidades más altas (en la actualidad, la esperanza de vida es de 73.3 años en el varón y 79.7 años en la mujer, incrementándose más cada año). A todo ello se sumó un fenómeno, especialmente significativo desde los años ochenta, y es que con una perversa combinación entre la permisividad legal y el recurso empresarial, los trabajadores fueron accediendo a la jubilación a edades más tempranas, incluso anteriores a la ordinaria, con la paradoja de que, en activo, ni un 10 % de la población trabajadora alcanzaba los 65 años de edad. Y, así, la edad ordinaria pasó a ser la excepción y la edad anticipada la regla, con una media que ha oscilado entre los 61 y 63 años, aproximadamente, en las últimas tres décadas.

La solución parece fácil: prohibir una jubilación distinta a la edad ordinaria. Pero es inviable. Lo es porque son muchas las profesiones que no podrían mantenerse en activo hasta esa edad. Lo es porque son muchos los trabajadores que prefieren tener otra alternativa, aun cuando sea con una me-

nor pensión, distinta a la de mantenerse en activo hasta esa edad. Lo es porque son muchas las empresas que necesitan una renovación de su plantilla y prefieren que sean los trabajadores más mayores los que abandonen sus puestos de trabajo. Lo es porque, en definitiva, sindicatos y empresarios vienen utilizando las jubilaciones anticipadas como medida de redimensionamiento no traumático de plantilla, al menos y tras la democracia, desde la época de la reconversión industrial.

2. Una conclusión que no resulta incompatible con el hecho de que cada vez sea mayor el interés por dificultar el acceso a una jubilación a edad inferior a la ordinaria y potenciar, e incluso incentivar, el retraso del retiro definitivo de los trabajadores. Como indica la Exposición de Motivos de la Ley 27/11, los Consejos europeos de Lisboa, Estocolmo, Gotemburgo, Barcelona o Bruselas han coincidido en promover como prioridad la prolongación de la vida activa y, por ende, la desincentivación de la jubilación anticipada. Que lo primero se cumple con esta reforma, no admite duda alguna figurando como elemento estelar de la misma el retraso de la edad ordinaria de jubilación de 65 a 67 años, *ex art. 4* de la misma. Que lo segundo se consiga, está por ver pues, con esta regulación, se abre todo un abanico de posibilidades para anticipar la jubilación, tal y como se expondrá. El porqué de esta paradoja lo desvela el legislador en su Exposición de Motivos admitiendo que pueden “*existir situaciones personales que influyan en la decisión de acceder a una pensión de jubilación y que, en una sociedad moderna, orientada hacia una legalidad al servicio de las personas, los sistemas de Seguridad Social no deben limitarse a imponer reglas rígidas que ignoren que la jubilación es un hecho decisivo en la vida de los trabajadores*” (Exposición de Motivos). Ahora bien, tras advertir la Recomendación número 12 del Pacto de Toledo que la jubilación anticipada se ha convertido, básicamente, en una fórmula de regulación de empleo, el legislador entiende que esta tendencia ha de variar, “*reservando el acceso anticipado a la pensión de jubilación para los casos en que se acrediten largas carreras de cotización*” (Exposición de Motivos).

En cierto modo, siempre ha sido así. La fórmula más tradicional de jubilación anticipada exige haber cotizado a una Mutuality Laboral antes del 1 de enero de 1967, por lo que tal posibilidad se originaba ya para personas con largas carreras de cotización. No se modifica este planteamiento aunque sí el hecho de que, tras considerar una regulación más o menos homogénea en aquel supuesto (60 años de edad, cotizante mutualista antes del 1 de enero de 1967 y un 8% de coeficiente reductor cada año que se anticipara la jubilación), se ha ido tendiendo, no a la amortización de la misma de forma natural a medida que iban desapareciendo los cotizantes anteriores al 1 de enero de 1967 sino, bien al contrario, incorporando nuevas normas que ampliaran dicha opción.

2.2. Dos supuestos distintos de anticipación de la edad de jubilación: la reducción de edad y la jubilación anticipada

1. La Ley 40/07 introdujo una nueva norma, el art. 161.bis LGSS, para regular la “*jubilación anticipada*”. Vigente en la actualidad, éste es uno de los preceptos modificados por la Ley 27/11 (art. 5), al menos en su segundo apartado. El art. 161.bis LGSS -tanto el actual como el reformado- consta, de hecho, de dos apartados: en el primero se regula la reducción de la edad ordinaria para determinados grupos o actividades y, en el segundo, se recogen los requisitos para acceder a la jubilación anticipada. De algún modo, el título del precepto “*jubilación anticipada*” no reproduce más que lo dispuesto en uno de los apartados (el segundo), respondiendo el primero a una filosofía distinta cual es la de la reducción de la edad de jubilación.

En su día se intentó introducir una cierta sistematización en esta materia -que hoy se reitera-, abarcando todos estos supuestos bajo la consideración genérica de *anticipación de la edad de jubilación* ⁽¹⁾. En este gran apartado es necesario distinguir dos bloques de supuestos bien diferenciados. En el primero se hallan aquellos trabajadores en los que se lleva a cabo una *reducción de la edad ordinaria de jubilación* cuyas principales características son tres. La primera, la *generalización* de la medida pues, aun cuando el trabajador se jubile antes de la edad ordinaria, no anticipa en ningún momento su jubilación por cuanto ésta es la edad fijada como ordinaria para el colectivo al que pertenece. La segunda, la *inalterabilidad* de la cuantía toda vez que no se aplica ningún tipo de minoración en la misma por el hecho de rebajar la edad de jubilación. Y, la tercera, la *ficción en la cotización* dado que el período de tiempo en que resulte rebajada la edad se entenderá cotizado a efectos del cálculo del importe de la pensión.

El segundo bloque de supuestos abarca a todos aquellos trabajadores que tienen derecho a una *jubilación anticipada*. A diferencia del apartado anterior, en éste existe una edad ordinaria y otra más reducida y rigen ambas para el trabajador o colectivo de trabajadores. Será aquél quien decida si opta por una jubilación ordinaria a la edad establecida con carácter general o bien si desea anticipar su jubilación respecto del resto del colectivo de trabajadores al que pertenece. En todos estos supuestos se lleva a cabo la aplicación de coeficientes reductores no ya sobre la edad, como ocurriera en el apartado anterior, sino sobre la cuantía de la pensión en función de la edad a la que se solicite la misma. Esta decisión de anticipar su retirada definitiva de la vida laboral activa y obtener una pensión *ante tempus* merece una penalización, reduciendo la cantidad de la pensión, en un sistema sobrecargado y que responde trasladando

¹¹ López Cumbre, L., “Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento jurídico de las jubilaciones anticipadas”, *Tribuna Social*, núm.94, octubre, 1.998, pp. 16-35.

el gravamen económico que implica tal actuación a la pensión de quien, con su propia decisión, trastoca la financiación del mismo. Esta penalización siempre ha originado rechazo, básicamente porque en el inicio de su aplicación los coeficientes reductores eran uniformes, iguales para cualquier situación, sin distinguir aquellas que eran voluntariamente asumidas de las que se producían forzosamente. De hecho, la regulación más tradicional de la jubilación anticipada permitiría que quienes hubieran cotizado antes del 1 de enero de 1967 a una Mutualidad Laboral pudieran acceder a la jubilación a partir de los 60 años de edad con la aplicación homogénea de un 8% de reducción por cada año de adelanto, sin diferenciar la causa que motivaba este anticipo. Desde la Ley 24/97 se admitirá que los coeficientes reductores sean variables en función de determinadas circunstancias y, por ende, que la cuantía de la pensión pueda ser mayor o menor en virtud de si la decisión del trabajador es voluntaria o a iniciativa de la empresa.

2. Este esquema, trazado en la década de los noventa, ha ido siendo adaptado por el legislador hasta el punto de resultar coincidente con el que hoy recoge el art. 161.bis LGSS (recuérdese, introducido en 2007). De ahí que no sólo no se renuncie al diseño ya ideado antaño sino que se opte por seguir el mismo como esquema del posterior epígrafe.

2.3. La reducción de la edad de jubilación tras la Ley 27/11

2.3.1. La jubilación con edad reducida como edad ordinaria. El compromiso de revisar los coeficientes reductores sobre la edad en función de las condiciones laborales de cada colectivo

1. De conformidad con la reforma operada en 2007, el art. 161.bis.1 LGSS admite que la edad mínima a que se refiere el art. 161.1.a) LGSS podrá ser rebajada por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca. La aplicación de estos coeficientes reductores sobre la edad -que no deben confundirse con los coeficientes reductores que operan sobre la cuantía en la jubilación anticipada- no podrá dar lugar, en ningún caso, a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a los 52 años.

No es una competencia nueva. Prácticamente desde la reforma de 1985 y, en particular, desde la integración de numerosos colectivos en el Régimen General en 1986, se vienen admitiendo edades reducidas de jubilación para aquellas profesiones que, por sus características, así lo exigen. En unos casos,

la edad reducida de jubilación es fija y en otros más frecuentes, es variable, aplicando coeficientes reductores sobre la edad ordinaria en función del grupo o categoría profesional a la que pertenece el trabajador ⁽¹²⁾. Quizá los dos ejemplos más recientes para demostrar la vigencia del interés del legislador por estas reducciones de edad sean el de los bomberos y el de los miembros del cuerpo de la Ertzaintza, ambos con la aplicación de un coeficiente reductor sobre la edad del 0.20 por cada año trabajado ⁽¹³⁾.

Colectivo especialmente tratado en este punto es el de los discapacitados. El art. 161.bis.1 LGSS dispone que la edad mínima a que se refiere el art. 161.1.a) LGSS pueda ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65% en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales. Esa norma de desarrollo es el RD 1539/03, 5 dic., BOE, 20 en el que se reconoce que la edad ordinaria de 65 años será objeto de reducción en un período equivalente al que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado los coeficientes de 0.25 en los casos de un grado de discapacidad igual o superior al 65% o de un 0.50 ante una discapacidad igual o superior al 65% siempre que, en este caso, se acredite la necesidad del concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida ordinaria.

Incluso con un grado de discapacidad menor también se contempla una reducción sobre la edad ordinaria de jubilación. En efecto. Cuando el grado de

¹² Como ejemplo de edad reducida fija cabe citar a los profesionales taurinos que acceden a los 55 años a la jubilación, salvo la categoría de puntilleros que lo hará a los 60, o a artistas como los cantantes, bailarines y trapecistas que se jubilarán a partir de los 60 años de edad (RD 2621/86). Por su parte, la edad reducida variable se aplica en algunas categorías profesionales dentro de la minería, régimen del mar, del sector ferroviario, o el personal de vuelo (RD 2366/84, RD 808/73, RD 1867/70, RD 2309/70, RD 2621/86, RD 1559/86, respectivamente y entre otros). Vid Miñarro Yanini, M., "La jubilación a edad reducida", en AAVV, Tratado sobre Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación, Madrid, Lustel, 2007, pp. 1219-1239.

¹³ La reducción de la edad de jubilación de los bomberos se facilitó a través de la DA 22ª Ley 40/07 y se desarrolló mediante el RD 383/08, 14 mar., BOE, 3 abr., en el que se reconoce un coeficiente reductor de la edad de jubilación de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos. La reducción se consigue al aplicar a los años completos trabajados como bombero el coeficiente reductor del 0.20 y el resultado se deduce de la edad ordinaria de 65 años, dando lugar a la edad de jubilación reducida. En ningún caso, esta fórmula podrá implicar una jubilación anterior a los 60 años o a los 59 cuando el bombero acredite treinta y cinco o más años de cotización. Por lo que se refiere a los miembros del cuerpo de la Ertzaintza, la DA 47ª LGSS (introducida por la Ley 26/09, 23 dic., BOE, 24 de Presupuestos Generales del Estado para 2010) establece para los mismos una reducción de la edad ordinaria de 65 años en un período equivalente al que resulte de aplicar el coeficiente reductor de 0.20 a los años completos efectivamente trabajados como miembros de dicho cuerpo o como integrante de los colectivos que quedaron incluidos en el mismo. La aplicación de esta reducción no podrá originar, en ningún caso, una jubilación con edad inferior a los 60 años, o a los 59 años en caso de acreditar treinta y cinco o más de actividad efectiva y cotización en el cuerpo de la Ertzaintza o en los colectivos que quedaron incluidos en el mismo, sin cómputo de la parte proporcional correspondiente a las pagas extras.

discapacidad sea igual o superior al 45% y siempre que se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en las que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de estas personas, también el art. 161.bis.1 LGSS admite la reducción de la edad de jubilación. Atendiendo a lo dispuesto en el RD 1851/09, 4 dic., BOE, 22, la reducción de edad para este supuesto, y a diferente del anterior, será fija y no variable y se establece, excepcionalmente, a los 58 años de edad. Una posibilidad que se extenderá a todos los Regímenes que integran el sistema de Seguridad Social ⁽¹⁴⁾.

2. Por lo demás, el art. 161.bis.1 LGSS incluye una prohibición que afecta a instituciones reguladas en otros preceptos. Así, en virtud del mismo, estos coeficientes reductores sobre la edad no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos en el art. 163.2 LGSS, a la jubilación regulada en la DT 3.1.2. LGSS y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada. Por lo que se refiere a la jubilación parcial se hará una indicación sobre esta prohibición más adelante cuando se realice un análisis monográfico de la misma. Por su parte, el art. 163.2 LGSS regula el acceso a la pensión de jubilación a una edad superior de 65 años, en cuyo caso se reconocerá un porcentaje adicional sobre la cuantía de su pensión. Tampoco se podrá aplicar a la jubilación anticipada a que se refiere la DT 3.1.2, esto es, la de los mutualistas cotizantes antes del 1 de enero de 1967 ni a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada.

Conviene subrayar cómo, una vez más, el legislador trata de forma homogénea a supuestos que no lo son. Así, las alusiones efectuadas pueden ser analizadas en tres grupos de supuestos, nada similares. En el que menos procede la prohibición es en aquel que se refiere al art. 163.2 LGSS. En definitiva, se trata de prohibir que el beneficio en él contemplado se aplique a quienes tienen una edad reducida, ordinaria para ellos pero inferior a la general, obligándoles a esperar al cumplimiento de los 65 años reales. Un tratamiento diferenciador injustificado desde el punto de vista jurídico -cada colectivo tiene su edad ordinaria de jubilación si bien en algunos casos ésta es inferior a la general-, aunque sí económico pues se trata de retrasar al máximo la aplicación de un porcentaje adicional sobre la cuantía de jubilación. Resulta necesario advertir asimismo que tanto el art. 112 bis LGSS como la DA 32ª LGSS regulan la exención de cotización para los trabajadores que permanezcan en activo con 65 o más años de edad. Es cierto que en este precepto se alude a la edad y no al acceso a la jubilación. Si fuera de esta última forma resultaría más sencilla una

¹⁴ Siempre que se trate de discapacidades tales, y entre otras, como la discapacidad intelectual, la parálisis cerebral, anomalías genéticas, trastornos del espectro autista, enfermedades mentales como esquizofrenia o trastorno bipolar o enfermedades neurológicas como la esclerosis lateral amiotrófica, la leucodistrofia o la lesión medular traumática (art. 2 RD 1851/09).

interpretación como la que se defiende en este trabajo pues la alusión a la edad de 65 años dificulta la misma. Sin embargo, existen dos razones que permiten seguir esgrimiendo este argumento, también en este caso. Por una parte, que ni el art. 112 bis LGSS ni la DA 32ª LGSS prohíben la aplicación de coeficientes reductores sobre la edad, algo a lo que sí recurre el legislador en otros preceptos y recurso que sí utiliza el legislador en ambos preceptos cuando quiere expresamente “*excluir las partes proporcionales de las pagas extraordinarias*”. Por otro lado, se trata de defender una interpretación sistemática de la norma y si lo que se pretende con esta exención es el incentivo del mantenimiento en activo tras el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, ese mismo objetivo se halla presente en las edades reducidas de jubilación.

El segundo grupo en el que esta prohibición es cuestionable es aquel que se refiere a la jubilación parcial. Sin perjuicio de efectuar un comentario más detallado cuando se analice la misma baste precisar aquí que, en la norma que regula la jubilación parcial, esto es, en el art. 166 LGSS, se contiene expresamente esta prohibición. Aparece en el art. 166.2.a) LGSS que recoge la jubilación parcial a partir de los 61 años de edad pero no así en el art. 166.1. LGSS que se refiere a la jubilación parcial a partir de los 65 años de edad cuando se “*reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación*”. Pues bien, nada impediría en este caso que el mismo régimen aplicable para la jubilación parcial de quienes acceden habiendo superado los 65 años de edad fuera aplicable a quienes la solicitan una vez superada su edad ordinaria de jubilación, aun cuando ésta sea inferior a la general, por entender que la expresión a los 65 años atiende a la consideración general como edad ordinaria pero no a otros efectos. De hecho, *ubi lex no distinguit non distinguere debemus*. Y si la jubilación parcial es posible para quienes cumplen la edad ordinaria de jubilación, también habrá de serlo para quienes superan la misma, aunque sea ésta inferior a la general. Finalmente, en el tercer grupo estarían los dos supuestos restantes (todas las jubilaciones anticipadas y la protagonizada por los mutualistas con cotizaciones anteriores al 1 de enero de 1967). En este caso, por las razones expuestas y puesto que el adelanto de la edad conlleva una penalización en la cuantía de la pensión, el legislador opta por no permitir una aplicación de coeficientes reductores sobre la edad para evitar que dicha penalización o bien deba verse incrementada al anticiparse la edad de retiro o o bien quede neutralizada si se mantiene la misma penalización con edades anticipadas de jubilación.

3. La Ley 27/11 mantiene inalterado este art. 161.bis.1 LGSS sobre reducción de la edad de jubilación. Sí precisa, sin embargo, el compromiso del Gobierno de aprobar, en el plazo de un año, las normas necesarias sobre el procedimiento general de aprobación de coeficientes reductores de la edad de jubilación en los distintos sectores y ámbitos de trabajo, adecuando en su caso

los porcentajes actuales de cotización. A este fin, se realizarán los estudios necesarios sobre siniestralidad en el sector, penosidad, en la que se tendrá también a estos efectos la turnicidad, el trabajo nocturno y el sometimiento a ritmos de producción, la peligrosidad y toxicidad de las condiciones de trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral que genera en los trabajadores y los requerimientos físicos exigidos para el desarrollo de la actividad (DA 23ª Ley 27/11).

De algún modo, esta Disposición sucede a una precedente, la DA 45ª Ley 40/07, redactada en idénticos términos si bien la de 2007 incorporaba una condición, ahora inexistente. En aquel momento se entendía que el establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación debía proceder únicamente cuando no fuera posible la modificación de las condiciones de trabajo y, en todo caso, debía conllevar los ajustes necesarios en la cotización para garantizar el equilibrio financiero. Hoy estas consideraciones se eluden, facilitando la Ley 27/11 un análisis pormenorizado de aquellos colectivos que, por sus especiales condiciones laborales, requieren de una edad reducida de jubilación. Con todo, quizá el legislador pueda evitar que la modificación de las condiciones de trabajo opere como un límite sobre la reducción de edad pero, sin duda, lo que sí habrá de sopesar será la necesidad de ajustar la cotización para evitar desequilibrios financieros del sistema.

2.3.2. La jubilación a los 65 años como edad ordinaria reducida

1. Si la edad se retrasa a los 67 años, cualquier edad anterior ha de ser considerada como un anticipo de la misma. Con la reforma de 2011, el nuevo art. 161.1a) LGSS establece como condición para acceder a la jubilación ordinaria “*haber cumplido 67 años de edad, o 65 años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización...*”. Cabe hacer dos lecturas de este nuevo precepto. O que el legislador quiere que existan dos edades ordinarias alternativas (67 y 65 años), lo que dificultaría considerablemente cualquier interpretación sistemática de la ley al referirse a la edad ordinaria de jubilación, o que realmente la edad es una, la de 67 años, permitiendo una edad reducida, la de 65 años, con carácter excepcional.

La primera interpretación servirá para apaciguar los ánimos de quienes consideran como traición que un Gobierno socialista haya retrasado la edad ordinaria de jubilación con la conformidad sindical. La segunda representa, sin embargo, una mayor corrección técnica. De hecho, cuando la norma entre en vigor de forma íntegra, la jubilación se alcanzará a los 67 años de edad, con un período de cotización de quince años, dos de los cuales deberán estar comprendidos dentro de los quince inmediatamente anteriores y siempre que el trabajador cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena. El resto constituirá una excepción. Y, si eso es así, la edad de 65 años deberá ser considerada

como una edad reducida de jubilación, incluso durante el período transitorio de aplicación de la norma. Una jubilación con edad reducida fija, que no conlleva merma alguna en la cuantía de la pensión y que requiere de un período de cotización de treinta y ocho años y seis meses.

2. La clave para efectuar esta interpretación se encuentra en la propia aplicación gradual de esta reforma. Así, en la DT 20ª LGSS se recoge una tabla que irá incrementando cada año la edad ordinaria de jubilación. En 2013, será de 65 años y un mes, en 2014, de 65 años y dos meses, en 2015, de 65 años y tres meses y así sucesivamente hasta que, a partir de 2027, se aplique definitivamente la edad ordinaria de 67 años. Pero, en este mismo precepto y sin perjuicio del incremento gradual de la edad ordinaria de jubilación, se mantiene siempre la jubilación a partir de los 65 años si bien con un período de cotización superior al ordinario y también con una aplicación progresiva. Así, en 2013, treinta y cinco años y tres meses o más de cotización, en 2014, treinta y cinco años y seis meses o más de cotización, en 2015, treinta y cinco años y nueve meses o más de cotización y así sucesivamente hasta que, a partir de 2027, se fije la jubilación con 65 años de edad siempre que se tenga treinta y ocho años y seis meses o más de cotización. Como en otros ejemplos de edad reducida expuestos (bomberos, ertzaintzas, etc) se produce una reducción de edad, en este caso fija, si bien exigiendo un período de cotización muy superior al ordinario.

De algún modo, el legislador de 2011 admite que se trate de una edad reducida al precisar en la nueva DA 57ª LGSS (art. 4.7 Ley 27/11) cómo la referencia a la edad mínima o a la edad de 65 años que se contiene en los arts. 112.bis, 161 bis, 166 y DA 32ª LGSS se entenderán efectuadas a la edad que en cada caso resulte de aplicación en el nuevo art. 161.1.a) LGSS. Por lo tanto, existe una edad ordinaria y mínima a la que acceder con carácter general a la jubilación y que será, a partir de 2027, la de 67 años y antes “*la que resulte de aplicación*” en cada caso, que no es la de 65 años sino superior. Y, además, se mantiene la edad de 65 años como una edad reducida de acceso a la jubilación siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el nuevo art. 161.1.a) LGSS.

2.4. Las jubilaciones anticipadas tras la Ley 27/11

La reforma de 2011 sí modifica, sin embargo, el segundo apartado del art. 161.bis LGSS. Y lo hace para diferenciar dos modalidades de jubilación anticipada, siguiendo lo establecido en el Acuerdo social y económico firmado el 2 de febrero de 2011 en el que se aludía a la jubilación anticipada voluntaria y a la jubilación anticipada en situaciones de crisis. Pues bien, fiel a esta dualidad, la reforma de 2011 recoge, por un lado, la jubilación anticipada que se deriva

de un cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador y, por otro, la que depende de la voluntad del interesado.

2.4.1. Jubilación anticipada derivada de cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador: la jubilación anticipada a los 61 años

1. El art. 161.bis.2 LGSS, aún vigente, regula el supuesto en el que la extinción del contrato de trabajo se produce por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, de ahí que, al menos en este caso, la novedad introducida por el legislador de 2011 no sea íntegra puesto que el nuevo art. 161.bis.2 LGSS conserva algunos apartados de la reforma operada sobre este precepto en 2007. Conserva, por ejemplo, la edad. Y, así, el art. 161.bis.2 a) LGSS exige tener cumplidos los 61 años de edad, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a los que se refiere el art. 161.bis.1 LGSS, en los términos antes expuestos. Mantiene asimismo el requisito de encontrarse inscrito en la oficina de empleo como demandante de empleo durante, al menos, los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de jubilación (art. 161.bis.2.b).

Pero la Ley 27/11 modifica los dos últimos apartados de este precepto. Por una parte, el nuevo art. 161.bis.2.A.c) LGSS exige acreditar un período mínimo de cotización efectiva de “treinta y tres años” (en la actual redacción es de treinta), sin tener en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año. Por otro lado, el nuevo art. 161.bis.2.A.d) LGSS dispone que el cese en el trabajo deberá haberse producido como consecuencia de una situación de crisis o cierre de la empresa que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral. A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada son las siguientes: a) el despido colectivo por causas económicas autorizado por la autoridad laboral, conforme al art. 51 LET; b) el despido objetivo por causas económicas conforme al art. 52.c) LET; c) la extinción del contrato por resolución judicial, de conformidad con el art. 64 de la Ley Concursal (Ley 22/03); d) la muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 44 LET o la extinción de la personalidad jurídica del contratante; e) la extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor; y f) la extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género.

La redacción difiere de la actualmente en vigor. Ahora, el art. 161.bis.2.d) LGSS considera que el cese es involuntario cuando la extinción se produce por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1 LGSS. Como fácilmente puede

deducirse, la redacción de la reforma de 2011 es mucho más restrictiva que la que se halla en vigor. En primer lugar, porque exige una situación de crisis o cierre de la empresa con el que se impida objetivamente el mantenimiento de la relación laboral. En segundo término, porque causaliza los motivos de acceso a la jubilación anticipada. Y, aun cuando también en la actualidad, se determinan las causas a través de la remisión al art. 208.1.1. LGSS, los contenidos son bien distintos. En este último precepto se recogen supuestos que en la reforma de 2011 no aparecen tales como el despido, la resolución voluntaria por parte del trabajador derivada de los arts. 40, 41.3, 49.1.m) y 50 LET, la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato o la resolución durante el período de prueba a instancia del empresario. En contraposición, algunas de las causas enumeradas en el reformado art. 161.bis.2.A.d) LGSS son nuevas: el recurso al art. 44 LET, la extinción de la personalidad jurídica del contratante o, la más novedosa, la extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género. Como puede comprobarse, se trata de una mejora técnica integrando supuestos que son ajenos a la voluntad del trabajador y excluyendo aquellos en los que dicha voluntad se halla presente.

Pero existe una diferencia adicional, aún más importante. Y es que en la actual redacción del art. 161.bis.2.d) LGSS se exige el cumplimiento de una serie de requisitos, en concreto de la inscripción en las oficinas de empleo y de la acreditación de un período de cotización mínimo de treinta años, a aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social. Pues bien, esta excepción ya no aparece en la reforma de 2011 por lo que, cuando la extinción se deba a una causa no imputable al trabajador, serán exigidos todos los requisitos del art. 161.bis.2.A) LGSS. La situación descrita por el actual art. 161.bis.2.d) LGSS es el prototipo de la prejubilación programada en la que la empresa acuerda con el trabajador la cobertura de un período de prejubilación (desempleo, subsidio, complemento de ambos, cotización a través de un convenio especial y, en su caso, complemento de la jubilación anticipada u ordinaria) a cambio de un cese prematuro¹⁵. Con la redacción vigente, dichos acuerdos se facilitan toda vez que el acceso a la

¹⁵ López Cumbre, L., *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 149 y ss.

jubilación anticipada resulta más sencillo al no requerir ni la inscripción como demandante de empleo (se trata de trabajadores que, en principio, se retiran definitivamente del mercado de trabajo) ni la reunión de un período de cotización de treinta años (extendiendo el ámbito subjetivo de estos acuerdos). Con la reforma que introduce la Ley 27/11 estos dos requisitos serán exigibles y los trabajadores deberán hallarse inscritos como demandantes de empleo durante, al menos, seis meses antes de la solicitud de la jubilación (requisito de fácil cumplimiento si se parte de una prejubilación con prestación por desempleo) y la acumulación de treinta y tres años de cotización (sin duda, una rémora importante para acceder a esta modalidad de jubilación sobre todo a medida que vaya avanzando el tiempo y resulte más difícil la presencia de carreras de cotización largas e ininterrumpidas).

2. Acceder a la jubilación de conformidad con esta modalidad supone en la actualidad una reducción mediante la aplicación, por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir los 65 años, de los siguientes coeficientes: entre treinta y treinta y cuatro años de cotización acreditados, un 7.5%; entre treinta y cinco y treinta y siete años de cotización acreditados, un 7%; entre treinta y ocho y treinta y nueve años de cotización acreditados, un 6.5%; con cuarenta o más años de cotización acreditados, un 6%. Para el cómputo de los años de cotización se calcularán años completos, sin que equipare a un año la fracción del mismo (art. 161.bis.2 LGSS).

Tras la reforma de 2011 procederá una reducción de la pensión mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de aplicación de lo establecido en el nuevo art. 161.1.a) LGSS de un coeficiente del 1,875% por trimestre para los trabajadores con menos de treinta y ocho años y seis meses cotizados (7.5% anual) y del 1.625% por trimestre para los trabajadores con treinta y ocho años y seis meses cotizados o más (6.5% anual). A los efectos de determinar dicha edad legal de jubilación se considerarán cotizados los años que le resten al interesado desde la fecha del hecho causante hasta el cumplimiento de la edad que le corresponda. Para el cómputo de los períodos de cotización se tomarán períodos completos, sin que se equipare a un período la fracción del mismo (nuevo art. 161.bis.2.A. LGSS). Lo que hace este precepto es acomodarse a la nueva manera de establecer los porcentajes aplicables a la base reguladora de la reforma de 2011 y que difieren, básicamente, en que se computan trimestralmente y no anualmente. Mas, como se advierte sin dificultad, con la nueva fórmula se reducen a dos los coeficientes aplicables: 7.5% para quienes reúnen menos de treinta y ocho años y seis meses de cotización y 6.5% para quienes los sobrepasan. En uno y otro caso, los efectos son perjudiciales por cuanto desaparece el

7% que antes era aplicable a quienes reunieran entre treinta y cinco y treinta y siete años de cotización (con la nueva Ley la cuantía de la pensión se reducirá en un 7.5%) y también desaparece el 6% de aplicación a quienes acreditaran cuarenta o más años de cotización (y que, con la nueva Ley, obtendrán una pensión reducida en un 6.5%).

Finalmente, la DA 24ª Ley 27/11 señala que el Gobierno realizará un estudio actuarial, en el plazo de un año, relacionado con los coeficientes reductores de la pensión utilizados en la jubilación anticipada, previstos en el art. 161 bis.2 LGSS, así como de los coeficientes amplificadores de la pensión utilizados en el art. 163, al objeto de evaluar su adaptación a los principios de proporcionalidad y contributividad al sistema. En el estudio previsto habrá de contemplarse de forma específica la situación de los trabajadores que tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 y se hubieran jubilado anticipadamente a través de Convenios Colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos o contratos individuales de prejubilación de empresas, con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley. Un estudio que servirá para precisar el coste económico de la jubilación anticipada pues no sólo deberá tener en cuenta las que se hayan concedido tras la entrada en vigor de la Ley 27/11 sino todas aquellas dispensadas con anterioridad, mucho más numerosas.

2.4.2. Jubilación anticipada derivada de la voluntad del interesado: la jubilación anticipada a los 63 años

1. Si se accede a la jubilación por voluntad propia, los requisitos exigidos al interesado por la reforma de 2011 varían. El nuevo art. 161.bis.2.B. LGSS exige tener cumplidos 63 años de edad sin que, a estos efectos, tampoco resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el art. 161. bis.1 LGSS [nuevo art. 161.bis.2.B.a) LGSS]. Por lo demás, requiere la acreditación de un período mínimo de cotización efectiva de treinta y tres años sin tener en cuenta la parte proporcional por pagas extras. A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año [nuevo art. 161.bis.2.B.b) LGSS]. Una vez acreditados los requisitos “generales” (período mínimo de cotización de treinta y tres años) y “específicos” (63 años de edad), el importe de la pensión habrá de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta modalidad de jubilación anticipada [art. 161.bis.2.B.c) LGSS].

Esta modalidad implica una reducción de la cuantía de la pensión al aplicar a la base reguladora, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal

de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el nuevo art. 161.1.a) LGSS, de un coeficiente del 1.875% por cada trimestre (7.5% anual), para los trabajadores con menos de treinta y ocho años y seis meses cotizados, y del 1.625% por trimestre (6.5% anual) para los trabajadores con treinta y ocho años y seis meses cotizados o más. A los efectos de determinar dicha edad legal de jubilación se considerarán cotizados los años que le resten al interesado desde la fecha del hecho causante hasta el cumplimiento de la edad que le corresponda. Para el cómputo de los períodos de cotización se tomarán períodos completos, sin que se equipare a un período la fracción del mismo (art. 161.bis.2.B LGSS).

2. No difieren de forma considerable los requisitos exigidos en el anterior supuesto, en el que prevalece el interés de la empresa por el cese del trabajador, respecto de esta modalidad, en la que predomina la voluntad del mismo. De hecho, también aquí se recurre al mismo período mínimo de cotización de treinta y tres años o se aplican los mismos coeficientes reductores sobre la cuantía de la pensión. La única diferencia, ostensible, es la edad. Cuando el trabajador pretenda jubilarse anticipadamente alegando su propia voluntad deberá esperar a los 63 años de edad. Teniendo en cuenta que la edad ordinaria será de 67 años, supone un anticipo de cuatro años, semejante al que en la actualidad se posibilita entre los 61 años fijados y la edad ordinaria de 65 años.

Con todo, sorprenden al menos dos aspectos de esta regulación. El primero que, a diferencia de lo que ha venido siendo norma desde que en 1997 comenzara a efectuarse un distinto tratamiento de la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador respecto de la que se deriva de su voluntad, los coeficientes reductores sobre la cuantía son los mismos. En efecto. Hasta esta reforma de 2011 se había considerado necesario introducir una cierta diferenciación en ambos supuestos para, de algún modo, desincentivar el acceso a la jubilación anticipada por voluntad propia con la aplicación de un coeficiente reductor sobre la cuantía superior al del resto de los supuestos. Con la reforma se opta por equipararlos, anulando, al menos, esta diferencia, lo que supone una homologación difícilmente asumible si se pretende convertir en residual la fórmula de la jubilación anticipada. El segundo, que, ni para el supuesto anterior ni para éste, el legislador haya previsto una aplicación progresiva o transitoria de la norma en el art. 5 Ley 27/11, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos (jubilación ordinaria, art. 4 Ley 27/11, o jubilación parcial, art. 6 Ley 27/11). Y, puesto que este precepto no se encuentra en ninguna de las salvedades recogidas en la DF 12ª LGSS, su entrada en vigor coincidirá con la de la Ley 27/11, esto es, el 1 de enero de 2013. Fecha a partir de la cual ambas modalidades se considerarán plenamente aplicables.

2.4.3. Otras jubilaciones anticipadas

A) Mutualistas cotizantes antes de 1967: la jubilación anticipada a los 60 años

1. Se mantiene la tradicional jubilación anticipada a partir de los 60 años a quienes hubieran cotizado a una Mutualidad laboral antes del 1 de enero de 1967, si bien como una fórmula en proceso de extinción por desaparición natural de los potenciales solicitantes. Se calcula que hacia 2018 ya no habrá trabajadores que cumplan estos requisitos. Entretanto, la DT 3^a.1.2^a LGSS recoge el régimen jurídico de aplicación. En virtud del mismo, quienes tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 podrán causar el derecho a la pensión de jubilación a partir de los 60 años de edad. En tal caso, la cuantía de la pensión se reducirá en un 8% por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad que se fija en el art. 161.1.a) LGSS.

La reforma de 2011 modifica la actual redacción de esta Disposición Transitoria y, a diferencia de todos los supuestos anteriores, aquí la referencia a “*la edad legal de jubilación que en cada caso resulta de la aplicación de lo establecido en el art. 161.1.a LGSS*” pasa a ser “*la edad de 65 años*” (nueva DT 3^a.1.2^a LGSS). La razón sólo puede ser una y es la de impedir que a estos trabajadores se les aplique la ampliación gradual de la edad de jubilación de 65 a 67 años. Evitando la referencia al nuevo art. 161.1.a) LGSS -que antes resultaba intrascendente y ahora perjudicial- y sustituyéndola por una alusión explícita a la edad de 65 años queda claro que, al menos para estos trabajadores, no existe prolongación de edad en ningún caso, independientemente del año natural en el que cumplan los 65 años de edad. El proceso de extinción de este supuesto justifica la excepción pero sorprende por cuanto supone una ruptura radical con el esquema perseguido por la reforma, el de ampliar la edad de jubilación en todo caso.

2. Si estos mismos trabajadores acreditaran, además, treinta o más años de cotización y solicitaran la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo en virtud de causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, el porcentaje de reducción de la cuantía sería inferior y coincidiría con lo ya expuesto en epígrafes anteriores⁽¹⁶⁾. Finalmente es a estos trabajadores a los que se les dedicará un

¹⁶ Entre treinta y treinta y cuatro años de cotización acreditados, 7.5%; entre treinta y cinco y treinta y siete años de cotización acreditados, 7%; entre treinta y ocho y treinta y nueve años de cotización acreditados, 6.5% y con cuarenta o más años de cotización acreditados, un 6%. A estos efectos y, como se expusiera, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decida poner fin a la misma. Se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produce de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1. LGSS. Asimismo, para el cómputo de los años de cotización se tomarán años completos, sin que se equipare a un año la fracción del mismo.

estudio actuarial específico en el plazo de un año, de conformidad con lo establecido en la nueva DA 24ª LGSS, a fin de valorar la adaptación de sus coeficientes reductores a los principios de proporcionalidad y contributividad al sistema. En concreto, se trata de analizar la situación de quienes se jubilaron anticipadamente a través de Convenios Colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos o contratos individuales de prejubilación de empresas, con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley. Con este estudio podrá precisarse cuál es el coste económico que deberá dispensar la Seguridad Social en un futuro inmediato hasta que esta modalidad se extinga y, en su caso, las modificaciones a efectuar para no dañar el equilibrio financiero del sistema.

B) Jubilación parcial para los autónomos a partir de los 62 años: regulación en el plazo de un año

Atendiendo a lo establecido en la DA 34ª Ley 27/11, el Gobierno presentará, en el plazo de un año, un estudio relativo a un sistema específico de jubilación parcial a los 62 años, a favor de autónomos que cesen en su negocio o lo traspasen a otra persona a la que deben formar ⁽¹⁷⁾. Puede parecer curioso que se recoja en este apartado y no en el siguiente. Existen dos razones para ello. La primera, que se inaugura una nueva edad (62 años) de adelanto de la jubilación, bien que de forma parcial y bien que de manera específica para los autónomos. La segunda, que para el trabajador autónomo también se prevé la jubilación anticipada prevista en el art. 161.bis.1 LGSS como en el art. 161.bis.2.B LGSS, esto es, la que se deriva de la edad reducida y la que surge a iniciativa voluntaria del mismo, como no podía ser de otra forma. Y todo ello de conformidad con la nueva DA 8ª.1 LGSS (DF 8ª Ley 27/11). Cuando, además, la DA 27ª Ley 27/11 obliga a que el Gobierno, en función de los resultados operados en el primer año de vigencia del cese de actividad establecido por la Ley 32/10, realice los estudios pertinentes sobre la posibilidad de que quienes se encuentren en dicha situación legal de cese de actividad puedan acceder a la jubilación anticipada a partir de los 61 años de edad.

C) Derogación de la jubilación especial a partir de los 64 años de edad con contrato de sustitución

1. La Ley 27/11 deroga expresamente el RD 1194/85, 17 jul, BOE, 20, por el que se regulan las normas sobre jubilación especial a los 64 años y las nuevas contrataciones. Aunque se consideraba que había perdido ya vigencia, ahora se confirma expresamente su derogación. Quizá sea ésta la respuesta a la indicación de la DF 4ª LGSS en virtud de la cual el Gobierno deberá acomodar la legislación vigente sobre pensión de jubilación tanto en relación a lo previsto en el art. 166 LGSS como “*en aquellos otros supuestos en los que la edad*

¹⁷ Jover Ramírez, C., “El informe sobre la protección por cese de actividad”, *Documentación Laboral*, núm.87, 2009, pp. 109-136.

establecida con carácter general para tener derecho a dicha pensión haya de ser rebajada en desarrollo de medidas de fomento de empleo, siempre que las mismas conduzcan a la sustitución de unos trabajadores jubilados por otros en situación de desempleados". Pues bien, la adaptación ha derivado en una derogación, esto es, en la anulación de esta medida como fomento del empleo, la desaparición de la jubilación especial y la extinción del contrato de sustitución.

Se trata, no obstante, de una derogación que no tendrá efectos hasta que no entre en vigor la Ley 27/11 por lo que, hasta el 1 de enero de 2013, cabrá seguir recurriendo a este tipo de jubilación¹⁸). En virtud de la misma, la edad ordinaria de jubilación se rebajará a los 64 años, siempre que el trabajador sea sustituido por otro trabajador que se encuentre inscrito como desempleado en la correspondiente Oficina de Empleo y al amparo de cualquiera de las modalidades de contratación vigentes, excepción hecha del contrato a tiempo parcial y del contrato eventual. El contrato deberá tener vigencia mínima de un año. A diferencia de buena parte de los supuestos que han sido objeto de comentario hasta este momento, aquí sí se permite la aplicación de coeficientes reductores sobre la edad de 64 años en caso de que los mismos le correspondieran al trabajador que se jubila (art. 1.2. RD 1194/85).

2. Pero conviene hacer una precisión a este respecto. Literalmente, la derogación de esta norma se realiza a través de la DD Única.1 Ley 27/11 en la que se expone que queda derogado *"el Real Decreto 1194/85, 17 jul, por el que se acomodan, al amparo de lo establecido en la DA 7ª de la Ley 8/80, de 10 mar., modificada por la Ley 32/84, 2 ago., las normas sobre anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo, sin perjuicio de lo establecido en la disposición final décima"*. Sorprende esta última indicación: *"sin perjuicio de lo establecido en la disposición final décima"*.

No puede referirse a la LET porque carece de una DF 10ª, tampoco a la LGSS porque tampoco la tiene, al igual que la Ley 32/84 o el RD 1194/85 en cuyos textos no aparece una DF 10ª. Por lo tanto, el legislador de 2011 se debe remitir a su propia DF 10ª. Si es así, la remisión se hace a la modificación que la nueva Ley 27/11 efectúa sobre la Ley 20/07 del Estatuto del trabajo autónomo. Se impone, pues, la necesidad de encontrar un vínculo de conexión entre la jubilación especial que se deroga y el Estatuto del trabajo autónomo que se reforma. La interpretación no puede ser que esta opción por la jubilación especial desaparece para los trabajadores por cuenta ajena y se mantiene para los autónomos pues carecería de sentido cuando los trabajadores autónomos tienen reglas más restrictivas de acceso a las prestaciones de Seguridad Social. Por lo que cabría considerar que, en tanto perdura la vigencia del RD 1994/85

¹⁸ Vid Fernández Collados, B., *La jubilación un año antes de la edad ordinaria como medida de fomento del empleo*, Navarra, Aranzadi, 2010.

hasta la entrada en vigor de la Ley 27/11, el trabajador sustituto podrá ser tanto un trabajador por cuenta ajena como un trabajador por cuenta propia. Una interpretación, por lo demás, un tanto forzada toda vez que el RD 1194/85 exige estar inscrito como desempleado y utilizar cualquier modalidad contractual menos el contrato a tiempo parcial, exigencias no siempre aplicables al trabajo autónomo. Además, la reforma incorporada por la ya citada DF 10ª Ley 27/11 se refiere precisamente al trabajo a tiempo parcial del trabajo autónomo, modalidad de jornada prohibida en el contrato de sustitución. En conclusión, una salvedad, la recogida en la DD Única 1 de la Ley 27/11, que dificulta más que facilita la interpretación de la norma.

D) Jubilación anticipada en colectivos de trabajadores con edades reducidas de jubilación

Algunos de los colectivos antes citados con edades reducidas de jubilación disponen además de jubilaciones anticipadas. Es el caso, por ejemplo, de los artistas (excepción hecha de cantantes, bailarines y trapezistas) que podrán jubilarse con una pensión mermada a partir de los 60 años de edad (RD 2621/86). Al igual que los mozos de estoque y de rejonos y sus ayudantes que podrán jubilarse a partir de los 60 años de edad con un porcentaje reductor del 7% o el 8%, respectivamente (RD 2621/86). Lo mismo ocurre con los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los Regímenes Especiales de la minería del carbón y los trabajadores del mar a quienes, en virtud de la DA 8ª.3 LGSS se les aplicará lo previsto en el art. 161.bis.2 LGSS. Dado que la nueva Ley 27/11 no realiza una referencia expresa a estos supuestos se aplicarán, en primer lugar, sus propias normas reguladoras y, sólo en caso de contradicción con la nueva reforma, se impondrá esta última.

E) Ayudas previas a la jubilación anticipada

1. Aun cuando se trata más de un supuesto de prejubilación que de jubilación y en el que existen elementos coincidentes con otro tipo de ayudas que los sectores agrarios o minero dispensan para trabajadores que aún no alcanzan las edades de jubilación, conviene efectuar una breve mención a estas medidas. Básicamente porque se trata de ayudas que, de algún modo y como se comprobará, “sustituyen” a la jubilación anticipada cuando ésta no procede.

2. Las ayudas previas (antes denominadas con más acierto “ayudas equivalentes a la jubilación anticipada”) surgen con las normas de reconversión industrial. Desde la Ley 27/84, 26 jul., BOE, 28 de reconversión industrial hasta la vigente Ley 21/92, 16 jul., BOE, 23 de industria, estas ayudas sirven para proteger a trabajadores que se encuentren sometidos a un proceso de reestructuración, al margen del sector al que pertenezcan. Reguladas por la OM 5 oct.94, BOE, 22, aún vigente, estas ayudas previas dispensan una protección semejante a la de la pensión de jubilación anticipada para aquellos trabajadores que no cumplen los requisitos de acceso a esta última. Así, los trabajadores, a

partir de los 60 años de edad, podrán acceder a estas ayudas que les posibilitan en cinco años más alcanzar su jubilación. La legitimación para solicitar las ayudas es exclusiva de la empresa, con el consentimiento del trabajador toda vez que la empresa participará en la financiación mixta de las mismas. Los beneficiarios recibirán un 75% del resultado de dividir entre siete la suma de las bases de cotización por contingencias profesionales correspondiente a los seis meses anteriores. Cantidad que deberá cumplir dos requisitos; uno, no podrá superar la que le correspondería en esa fecha por jubilación al trabajador; y, dos, deberá ser incrementada conforme al IPC en los años sucesivos y hasta alcanzar la pensión de jubilación. Las empresas financiarán el 60% del coste total de la ayuda –que incluye la cotización a la Seguridad Social por el trabajador- y la Administración el 40% restante ya que esta ayudas sólo podrán ser percibidas si participa la Administración pública, ya estatal, ya autonómica. Y es que el traspaso de competencias en materia de Trabajo a las CCAA ha permitido que sean éstas las que fijen cantidades y requisitos adicionales a los establecidos en la norma estatal ⁽¹⁹⁾.

La Ley 27/11 no dispensa una atención especial a estas ayudas. Su carácter residual y la transferencia de competencias a las CCAA lo justifica. Sin embargo, si se mantiene la filosofía de “sustitución” o “equivalencia” de estas ayudas sobre la jubilación anticipada deberían operar sobre ellas toda la reforma descrita en materia de jubilación anticipada. Especialmente en lo que se refiere a la edad de jubilación anticipada, que ya ha dejado de ser esa edad homogénea a los 60 años para diversificarse a los 60, 61, (62?), 63, 64, respectivamente y según las circunstancias expuestas.

F) Jubilaciones anticipadas vinculadas a Expedientes de Regulación de Empleo

a) Ampliación de la obligación del empresario de abonar el convenio especial, salvo en expedientes por causas económicas

1. Desde la reconversión industrial de los años ochenta viene siendo característico que tanto las jubilaciones, ordinarias o anticipadas, como las prejubilaciones formen parte de las medidas acordadas en expedientes de regulación de empleo (EREs). Entre los numerosos procesos de reforma por los que ha atravesado el art. 51 LET -siendo el más reciente el protagonizado por la Ley 35/10, 17 sep., BOE, 18, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo-, interesa destacar en este punto la reforma introducida en el art. 51.15 LET por la Ley 35/02. En ella se vinculaban ERE, prejubilación, jubilación anticipada y jubilación ordinaria de los trabajadores. En virtud de este precep-

¹⁹ Citando exclusivamente las dictadas para este año 2011, sirvan de ejemplo la Orden de la Comunidad de Madrid de 29 dic.10 (BOCM, 31 ene.11), la Orden de la Comunidad Valenciana de 13 abr.11 (DOCV, 20), La Orden de la Comunidad de Castilla La Mancha de 14 abr.11 (DOCLM 20) o la Orden de les Illes Balears de 9 jun.11 (BOIB, 21).

to, cuando en los EREs de empresas no incurso en procedimiento concursal se incluyan trabajadores con 55 años o más que no tuvieran la condición de mutualista cotizante antes del 1 de enero de 1967, se mantendrá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial en los términos previstos por la LGSS. La DA 31ª LGSS reitera esta obligación, abarcando las cotizaciones el período comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o el cese en la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo y la fecha en que el trabajador cumpla los 65 años. Hasta los 61 años de edad, las cotizaciones serán a cargo del empresario y se ingresarán en la TGSS bien de una sola vez bien de forma fraccionada. A partir de ese momento, las aportaciones al Convenio Especial serán obligatorias y al exclusivo cargo del trabajador debiendo ser ingresadas hasta el cumplimiento de la edad de 65 años o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada.

2. Pues bien, la DA 6ª Ley 27/11 incorpora una nueva redacción a la DA 31ª.1 y 31ª.2 LGSS que difiere de la actualmente vigente en algunos aspectos. Así, las cotizaciones abarcarán el período comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o el cese en la obligación de cotizar y la fecha en la que el trabajador *“cumpla la edad a que se refiere el art. 161.1.a)”*. Además, *“las cotizaciones correspondientes al convenio serán a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla los 63 años, salvo en los casos de ERE por causas económicas, en los que dicha obligación se extenderá hasta el cumplimiento por parte del trabajador de los 61 años de edad”*. Y, *“a partir del cumplimiento por parte del trabajador de la edad de 63 o, en su caso, 61 años, las aportaciones al convenio especial serán obligatorias y a su exclusivo cargo, debiendo ser ingresadas, en los términos previstos en la normativa reguladora del convenio especial, hasta el cumplimiento de la edad a que se refiere el art. 161.1a) LGSS o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada, sin perjuicio de lo previsto con anterioridad”*. También se modifica a través de la DA 6ª Ley 27/11 el art. 23 de la LISOS en virtud del cual se considerará asimismo como infracción el incumplimiento de la obligación de suscribir el convenio especial en los supuestos establecidos en el art. 51.15 LET para los supuestos de EREs de empresas no incurso en procedimiento concursal.

Al margen de la adaptación que impone la aplicación del nuevo art. 161.1.a) LGSS presente en toda la reforma y de la valoración positiva que merece esta nueva infracción, aquí la modificación es, si cabe, mucho más sustancial. Y no tanto porque el empleador deba mantener su obligación de cotizar hasta los 63 años de edad del trabajador puesto que se trata de una ampliación proporcional a la que se produce de la edad ordinaria de jubilación que, a partir de la reforma, será superior a la vigente, sino porque se introduce una

diferencia en función de la causa por la que se tramite el ERE. En la redacción vigente dicha diferencia no existe pero, a partir de la Ley 27/11, las empresas a las que se les aprueba un ERE por causas económicas, sólo mantendrán su obligación de cotizar hasta el cumplimiento de los 61 años del trabajador, al margen del incremento proporcional de la edad ordinaria de jubilación para el mismo. Una distinción que carece de justificación. Más allá de la necesidad coyuntural de aliviar a las empresas de las dificultades financieras derivadas de la gran crisis económica actual, de todos es sabido que las causas tecnológicas, productivas y organizativas derivan en causas económicas y que estas últimas se representan en todas o algunas de las anteriores²⁰. Esta regulación supone un nuevo aliciente para abaratar el coste del despido a través del ERE toda vez que reduce en dos años (de 63 a 61) el límite a la obligación de cotizar por parte del empleador. Las consecuencias no serían criticables si no fuera porque esos dos años que se descuentan al empresario se imputan al trabajador que, hallándose inserto en un despido colectivo y en situación de desempleo, ha de soportar el coste de un convenio especial.

b) Expedientes de regulación de empleo que afecten a trabajadores mayores de 50 años en empresas con beneficios

1. Tal vez para compensar la ventaja expuesta y motivado por el abuso de algunas empresas que, pese a obtener beneficios, recurren al ERE, el legislador incluye en la DA 16ª Ley 27/11 una normativa específica para aquellos EREs de empresas con beneficios que afecten a trabajadores mayores de 50 años. Así, las empresas que realicen despidos colectivos, de acuerdo con lo establecido en el art. 51 LET, y que incluyan a trabajadores de 50 o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público, en los términos que se determinen reglamentariamente.

Para que exista esta obligación en los despidos colectivos deberán concurrir las siguientes circunstancias: a) que sean realizados por empresas de más de 500 trabajadores o por empresas que formen parte de grupo de empresas que empleen a ese número de trabajadores; b) que afecten, al menos, a 100 trabajadores en un período de referencia de tres años, con independencia del número de trabajadores de 50 o más años de edad afectados; c) que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen y la razonabilidad de la decisión extintiva, las empresas o el grupo de empresas del que forme parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a la autorización del ERE. A estos efectos, se considera que una empresa ha tenido beneficios cuando el resultado del ejercicio, tal

²⁰ Monereo Pérez, J.L., "Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de las empresas", en AAVV, *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas*, XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, MTAS, 2006, pág. 41.

y como define el RD 1515/07, 16 nov., BOE, 21, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, sea positivo; y d) que los trabajadores de 50 o más años de edad afectados no hubieran sido objeto de recolocación en la misma empresa o en otra empresa del grupo del que forme parte, o en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de sus contratos de trabajo.

El cálculo de la aportación económica se realizará tomando en consideración el importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el ERE, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal. El importe de la aportación se determinará según una escala en función del número de trabajadores de la empresa, del número de trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el despido colectivo y de los beneficios de la empresa, en los términos que se determinen reglamentariamente. Asimismo, se determinarán reglamentariamente el procedimiento, la forma y el momento en que deberá hacerse efectiva la aportación. Las aportaciones a que se refiere esta disposición podrán, en su caso, destinarse total o parcialmente a generar créditos para la financiación de políticas activas de empleo de los trabajadores de más edad, en los términos que se determine reglamentariamente. A diferencia del resto de los preceptos de esta norma, la entrada en vigor de la descrita se anticipa y resulta ya de aplicación a los ERE iniciados a partir del 27 de abril de 2011.

2. Hace ya muchos años que Francia, a través de la denominada “contribución Delalande” de 1987, hizo lo mismo en sus empresas con beneficios, repercutiendo en ellas el coste de las medidas sociales ⁽²¹⁾. Y hace tiempo también que se ha manifestado la crítica sobre la utilización que las empresas con ganancias hacen de la Seguridad Social en beneficio propio. Las soluciones pueden ser de diferente naturaleza. En su día se propuso la utilización de la escala móvil de cotización, incrementando la cotización de los trabajadores que se mantuvieran en la empresa para compensar el coste que suponían a la Seguridad Social aquellos que eran despedidos ⁽²²⁾. Ahora el legislador opta por otra fórmula, igualmente válida. A pesar de las dificultades técnicas que puede suponer el abono del importe de una prestación y de su correspondiente cotización por parte de las empresas y de las reservas que puede suscitar la constante remisión para su entrada en vigor a un desarrollo reglamentario, la finalidad no deja de ser plausible toda vez que se trata de equilibrar una utilización no ilegal pero sí desviada de la función del sistema de Seguridad Social.

²¹ López Cumbre, L., “El sistema de prejubilación en Francia, una experiencia de muchos años”, *Revista de Trabajo y de Seguridad Social*, núm.1, 1.992, pág. 58.

²² López Cumbre, L. “Escala móvil de cotización en el sistema de Seguridad Social”, en AAVV, *El accidente de trabajo en la Seguridad Social*, Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Barcelona, 2003, pág. 89.

2.5. Una fórmula limitadora: la imposibilidad de acceder a la jubilación forzosa si no se alcanza un período de cotización superior al mínimo

1. La generalización del anticipo real de la edad de jubilación no hubiera sido posible sin la presencia desde la aprobación de la LET de la jubilación forzosa. La mera alternativa de facilitar la jubilación anticipada a quienes hubieran cotizado antes del 1 de enero de 1967 no justificaba la explosión de jubilaciones anticipadas observadas prácticamente desde los años ochenta. Hacía falta algo más. Y ese algo más era, sin ninguna duda, la regulación que la DA 10ª LET realizaba sobre la jubilación forzosa. La inicial redacción de la LET contenía una DA 5ª asumiendo que “*en la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social*”. Desde ese momento, la jubilación comienza a tener una dimensión colectiva amén de la individual hasta el punto de convertir las cláusulas de edad de jubilación en objeto central de la negociación de los Convenios Colectivos. De ahí que, si se pretende restringir la jubilación anticipada, una de las mejores opciones sea la de impedir la jubilación forzosa a través de la negociación colectiva, o, al menos, impedir la jubilación anticipada a través de la jubilación forzosa⁽²³⁾. El legislador de la Ley 27/11 podía haber aprovechado esta oportunidad para aclarar este término. No lo ha hecho, aunque cabe deducir que, tras su regulación, dicha alternativa ya no exista.

En efecto. La Ley 27/11 modifica la DA 10ª LET a través de su DA 36ª. Con esta modificación, en los Convenios Colectivos podrán establecerse cláusulas que dispongan la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan dos requisitos. En primer lugar, esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el Convenio Colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otras que se dirijan a favorecer la calidad del empleo. Nada nuevo pues se trata de una exigencia que ya se recogiera en la Ley 14/05, 1 jul, BOE, 2 sobre las cláusulas de los Convenios Colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación⁽²⁴⁾. Tan sólo cabe destacar que, a diferencia de otros muchos preceptos, aquí no se realiza la advertencia de que la “*edad ordinaria de jubilación*” es la que se fija en el art. 161.1.a) LGSS, lo que podría

²³ López Cumbre, L., “La jubilación: entre el derecho y la obligación”, en AAVV, *Tratado sobre Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación...* op.cit., pp. 41-110.

²⁴ López Cumbre, L., “Las nuevas jubilaciones forzosas”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.10, 2006, iustel.com, pp. 1-25.

dar lugar a diversas interpretaciones. La primera, que puesto que no se apunta no le es de aplicación el régimen transitorio, exigiéndose la edad de 67 años, lo cual rompería con la interpretación sistemática de la norma que impide la aplicación de esta edad hasta 2027. La segunda, que, puesto que nada se indica, la edad ordinaria seguirá siendo en este caso la de 65 años, interpretación que no tendría sentido pues el trabajador afectado por una jubilación forzosa habrá de cumplir los requisitos de la normativa de la Seguridad Social y estos son, a efectos de la edad, los recogidos en el art. 161.1.a) LGSS. Y, la última, poco atendible, que, puesto que no se realiza una remisión al art. 161.1.a) LGSS, se consideran de aplicación las normas sobre jubilación anticipada, algo que iría en contra de una interpretación literal que exige cumplir la “*edad ordinaria de jubilación*”. Únicamente cabría defender en este punto y con más solvencia si cabe que en algunos apartados anteriores el hecho de que, para algunos trabajadores, su “edad ordinaria” no coincide con la general y sí con la específica, más reducida, para el colectivo en el que se insertan. Al no precisar esa remisión al art. 161.1.a) LGSS esta interpretación resulta más acorde con todo lo expuesto.

2. En segundo término, y esto sí resulta novedoso, la nueva DA 10ª LET exige que el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el período mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80% a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. En la redacción vigente, la DA 10ª LET requiere tener cubierto el período mínimo de cotización “*o uno mayor si así se hubiera pactado en el Convenio Colectivo*” pero no el período exigido para obtener el 80% de la base reguladora como se recoge en esta nueva DA 10ª LET.

Si se atiende al cálculo actual de la pensión de jubilación, el 80% de la base reguladora se alcanza con veinticinco años de cotización *ex art.* 163 LGSS por lo que no se entiende por qué el legislador en lugar de precisar este cálculo indirecto no ha optado, como en otros supuestos, por exigir directamente veinticinco años de cotización. Es cierto que, con la entrada en vigor de la Ley 27/11, la forma de calcular la pensión se modifica Y, siguiendo lo establecido en el nuevo art. 163 LGSS, con veintiocho años de cotización se alcanzaría aproximadamente el 79.64% de la pensión y con veintinueve años de cotización el 81.92% de la misma, siendo este último el que debiera elegirse pues el otro, por defecto, no cubriría el nuevo requisito. Tan sólo la aplicación transitoria de todas estas normas, tanto de la edad como de la base reguladora como de los porcentajes, y la difícil combinación de las mismas hasta la entrada en vigor íntegra en 2027 justifican esta alambicada redacción de 2011. Bien es cierto que, por razones de política económica, el Gobierno podría demorar, sin embargo, la entrada en vigor de la modificación prevista en esta Disposición Adicional.

3. LA JUBILACIÓN PARCIAL COMO UN SUPUESTO ESPECIAL DE JUBILACIÓN ANTICIPADA. COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y TRABAJO

3.1. La jubilación parcial: de modalidad residual a central

1. En 1984 (Ley 32/84, 2 ag., BOE, 4 ag.) surge la posibilidad de vincular la jubilación al empleo. Se acepta así la jubilación parcial con la condición de contratar a otro trabajador durante la jornada que dejaba libre el jubilado. Su utilización fue casi simbólica en los primeros veinte años de vigencia hasta que el interés europeo y nacional por mantener a los trabajadores en su puesto de trabajo el mayor tiempo posible agudizó el recurso a fórmulas que incentivaran dicha permanencia, aunque fuera a tiempo parcial. Este interés, junto con una serie de modificaciones en la legislación que hicieron más atractiva esta figura tanto para empresarios como para trabajadores, potenciaría su uso. Pero será la Ley 35/02 la que impulse la jubilación parcial al distinguir la jubilación flexible, aquella en la que el trabajador ya jubilado se reincorpora al mercado de trabajo con una actividad retribuida quedando su pensión suspendida, de la jubilación parcial, en la que se lleva a cabo una reducción de jornada y salario bien antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación (en cuyo caso deberá ir acompañada por un contrato de relevo) o bien con posterioridad a la misma (pudiendo ir o no acompañada por un contrato de relevo). A diferencia de la jubilación flexible en la que sólo se recalcula la base reguladora al reiniciar la pensión, la jubilación parcial permite efectuar un nuevo cálculo tanto de la base reguladora como de los porcentajes aplicables con las nuevas cotizaciones.

La reforma de 2002 provocará un incremento notable tanto de las jubilaciones parciales como de los contratos de relevo. Por una parte, porque con esta ley desaparece la obligación de que el contrato del relevista se extinga al cumplir la edad de jubilación el trabajador relevado, pudiendo mantener ambos tanto la jubilación parcial como el contrato de relevo tras alcanzar la edad de jubilación. Por otro lado, porque se flexibiliza sobremanera el régimen aplicable a este tipo de contratos ya que el contrato de relevo podrá ser indefinido o temporal, a jornada completa o a tiempo parcial y tanto para ocupar el puesto de trabajo del relevado, incluso en la misma franja horaria, como para aceptar la ocupación de uno similar, esto es, perteneciente al mismo grupo profesional o categoría equivalente. Finalmente, esta reforma ampliará el margen de reducción de jornada y salario del trabajador relevado (entre un 25% y un 85%).

2. Esta norma ocultaba, sin embargo, una posibilidad que, sobredimensionada, podía ocasionar serios problemas a la Seguridad Social ⁽²⁵⁾. Abandonada

²⁵ López Cumbre, L., “La jubilación flexible”, en AAVV, Los problemas del derecho a prestaciones. Jubilación flexible, colocación adecuada, maternidad, valoración de incapacidades, Murcia, Ediciones Laborum-Asociación Española de Salud y Seguridad Social, 2005, pág. 61.

ya la intención inicial del legislador, la de trasladar la experiencia profesional de un trabajador próximo a la jubilación a un trabajador desempleado al compartir el mismo puesto de trabajo, e incluso renunciando a una intención menos ambiciosa como la de repartir un mismo puesto de trabajo entre dos trabajadores aunque no coincidieran en horario, con la reforma de 2002 comenzaron a proliferar los contratos de relevo a tiempo completo en el que el trabajador relevado reducía en un 85% su jornada y en el resto (15%) era dispensado por el empresario. De esta forma, con una exigua contribución a la Seguridad Social (la correspondiente al 15% de jornada del trabajador relevado tanto si el empresario le dispensaba de su realización como si no), el jubilado percibiría su pensión en cuantía completa, sin coeficiente reductor alguno y, por tanto, alejado de la penalización propia de toda jubilación anticipada. Y, así, la Seguridad Social ingresaba durante cinco años la cantidad correspondiente al 15% de cotización pero debía abonar durante toda la vida del trabajador una pensión sin coeficiente reductor alguno. Con esta práctica se generaba una clara discriminación entre quienes a los 60 años de edad percibían la cuantía íntegra de la pensión por mantener un 15% de su jornada, de su salario y de su cotización y quienes, a esa misma edad, veían reducida en un 40% la cantidad de su pensión al optar por la jubilación anticipada. En cierto modo, fue ésta una situación que se mantuvo como reacción a la desaparición, no querida ni por sindicatos ni por empresarios, de las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva como consecuencia de la derogación de la DA 10ª LET ⁽²⁶⁾.

Pero para evitar las nefastas consecuencias que esta utilización desviada de la norma podía tener en un futuro no lejano en las arcas de la Seguridad Social, se aprueba la Ley 40/07 que modifica una vez más esta normativa y que es la que, en la actualidad, se halla vigente. A ella hay que añadir ahora la reforma que introduce la Ley 27/11 y que, como demora su entrada en vigor con carácter general al 1 de enero de 2013, requiere un estudio conjunto con las normas que aún permanecen en vigor.

3.2. La jubilación parcial vigente y la jubilación parcial reformada

3.2.1. Jubilación parcial para mayores de 65 años sin necesidad de celebración simultánea de contrato de relevo

1. En virtud de lo dispuesto en el art. 166.1 LGSS, una vez cumplidos los 65 años de edad y reuniendo los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, los trabajadores que lo deseen podrán acceder a la jubilación

²⁶ Derogación que se produjo en la Ley 12/01, 9 jul., BOE, 10 sobre medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo hasta que la Ley 14/05, 1 jul., BOE, 2 sobre cláusulas de los Convenios Colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación volviera a recuperar su vigencia.

parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo, siempre que se produzca una reducción de su jornada de trabajo comprendida entre un mínimo de un 25% y un máximo de un 75%, estando referidos estos porcentajes a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Sobre esta regulación, la Ley 27/11 sólo incorpora una modificación que consiste en sustituir la alusión a los “65 años de edad” por otra que se refiere a los “trabajadores que hayan cumplido la edad a que se refiere el art. 161.1.a) LGSS”.

Téngase en cuenta que, como ya se ha manifestado, sobre el art. 161.1.a) LGSS pivota buena parte de la reforma operada por la Ley 27/11 toda vez que la edad de jubilación pasa de 65 años a 67 años de edad. Y, más allá de la aplicación transitoria de esta norma, quizá hubiera bastado con indicar en el art. 166.1 LGSS que, “una vez cumplidos los 67 años de edad” y reuniendo los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, el trabajador podrá acceder a la jubilación parcial. Pero hubiera sido una regulación incompleta por varias razones. Por una parte, porque el nuevo art. 161.1.a) LGSS reconoce la opción de “haber cumplido los 67 años de edad, o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización”, por lo que una mera referencia a los 67 años hubiera sido considerada como insuficiente. Tampoco hubiera resultado correcta la permanencia de los 65 años por cuanto ya no es la edad ordinaria general de jubilación sino que se reconoce como edad excepcional. De ahí que hubieran podido ser recogidas ambas edades, tal y como constan en el nuevo art. 161.1.a) LGSS, pero se hubieran perdido, entonces, algunas de las precisiones que este precepto señala tales como “no tener en cuenta la parte proporcional de las pagas extras” o que “para el cómputo de los años y meses de cotización se tomen años y meses completos sin que se equiparen a un año o un mes las fracciones de los mismos”, precisiones que sí se contemplan en el nuevo art. 161.1.a) LGSS y que con una remisión genérica como la que realiza el nuevo art. 166.1 LGSS quedan incluidas.

Por lo demás, con esta remisión se recogen asimismo todas aquellas normas transitorias que afectan a la aplicación del nuevo art. 161.1.a) LGSS que, de lo contrario, difícilmente hubieran sido tenidas en cuenta salvo con una interpretación sistemática de la norma a la que no suelen acudir los jueces si consideran que basta con la interpretación literal. Así, la nueva DT 20ª LGSS dispone de una tabla de aplicación progresiva de los elementos edad y período de cotización a los que se alude en el nuevo art. 161.1.a) LGSS que serán aplicables también a la jubilación parcial ⁽²⁷⁾. Conviene advertir que, como no

²⁷ De este modo, y a título de ejemplo, en el año 2013 la edad exigida será de 65 años y un mes o 65 años si se cumplen treinta y cinco años y tres meses o más de cotización; en 2014, 65 años y dos meses o 65 años si se tienen treinta y cinco años y seis meses o más de cotización; así sucesivamente hasta que, a partir de 2027, se exijan 67 años o 65 años con treinta y ocho años y seis meses o más de cotización.

podía ser de otra manera en una precisa técnica normativa, la nueva DA 57ª LGSS (art. 4.7 Ley 27/11) realiza una “acomodación” generalizada de toda la norma a la edad mínima de jubilación. Específicamente reconoce que la referencia que el nuevo art. 166.1 LGSS realiza al nuevo art. 161.1.a) LGSS “*se entenderá efectuada a la edad que en cada caso resulte*”.

Además de esta consideración general, deberán añadirse todas aquellas referencias al nuevo art. 161.1.a) LGSS que, por extensión, resulten de aplicación al nuevo art. 166.1 LGSS. Entre otras y a mero título de ejemplo, la regulación que el nuevo art. 163.2 LGSS (art. 4.5 Ley 27/11) efectúa sobre el acceso a la pensión de jubilación a una edad superior a la prevista en el nuevo art. 161.1.a) LGSS. De ser así, se reconocerá al interesado un porcentaje adicional por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión y cuya cuantía estará en función de los años de cotización acreditados en la primera de las fechas indicadas. O cuando la nueva DA 60ª LGSS (art. 9 Ley 27/11), al regular los beneficios por cuidado de hijos o menores, reconoce que, a los exclusivos efectos de determinar la edad de acceso a la jubilación prevista en el nuevo art. 161.1.a) LGSS y a partir de la entrada en vigor de la Ley 27/11, “*la duración del cómputo como período cotizado será de un máximo de 270 días cotizados por cada hijo o menor adoptado o acogido*”. Lo mismo ocurre cuando el nuevo art. 14.2 LGSS (DA 26ª Ley 27/11) obliga a la Administración de la Seguridad Social a informar a cada trabajador “*sobre su futuro derecho a la jubilación ordinaria*” prevista en el nuevo art. 161.1. LGSS. Siendo quizá la más relevante la nueva DA 8ª LGSS (DF 8ª Ley 27/11) en virtud de la cual se consideran de aplicación “*a todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social*” una serie de preceptos entre los que se encuentra el art. 161.1 LGSS. Entre esos preceptos no se encuentra el art. 166 LGSS por lo que cabe interpretar que el régimen de la jubilación parcial, tal y como ocurría con anterioridad, sigue siendo inaccesible para el resto de regímenes de Seguridad Social, quedando restringida su aplicación a los trabajadores por cuenta ajena.

2. Con todo, la mera remisión al nuevo art. 161.1.a) LGSS no despeja la duda que podría plantearse si se hace una comparación entre lo dispuesto en el art. 166.1 LGSS y el art. 166.2 LGSS. Sin perjuicio de precisar más adelante algunos detalles al respecto, cabe avanzar en este punto que el art. 166.2 LGSS por el que se rige el acceso a la jubilación parcial a una edad inferior a la ordinaria precisa que la edad establecida (60 o 61 años, según los supuestos) será considerada sin tener en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado. Una precisión que, sin embargo, no se recoge en el art. 166.1 LGSS, esto es, cuando se accede a la jubilación parcial “*una vez cumplidos los 65 años de edad*” en la redacción actual o “*habiendo cumplido la edad a la que se refiere el art. 161.1.a)*” en la redacción de la Ley 27/11. Cabría admitir, pues, en este caso, la aplicación de

coeficientes reductores sobre la edad, aceptando que dicha modalidad de jubilación parcial se aplique a jubilaciones con edad reducida. Ciertamente, el art. 161.bis LGSS precisa que “*los coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial*” pero, a falta de una regulación específica en la norma propia de la jubilación parcial, bien puede considerarse que la referencia se hace a la modalidad que contempla tal exclusión (art. 166.2 LGSS) no así a la que la omite (art. 166.1 LGSS). En definitiva, desde la reforma de 2007, la jubilación parcial se admite tras el cumplimiento de los 65 años de edad por lo que, del mismo modo, debiera ser posible ante la ausencia de prohibición legal, optar por la jubilación parcial tras el cumplimiento de la edad reducida de jubilación. Sólo así se conseguiría una coherencia con el objetivo del mantenimiento activo de los trabajadores en sus puestos de trabajo tras cumplir la edad de jubilación, en este caso inferior a la ordinaria.

Finalmente, sí parece deducirse de la regulación establecida en el art. 166.1 LGSS que, en este caso, esto es, para quienes acceden a la jubilación parcial tras el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, no se requiere más que lo dispuesto en este apartado, es decir, no se exige un período de carencia de treinta años de cotización, tampoco una permanencia en la empresa de seis años y, si bien sí se precisa la reducción de jornada, no determina la celebración simultánea de un contrato de relevo, aun cuando no se impida su celebración ⁽²⁸⁾.

3. Siendo ésta la única novedad introducida por la Ley 27/11, se consolidan algunos aspectos de la regulación hoy vigente y permanecen algunas dudas sobre la misma. La claridad se deriva de la innecesariedad de vincular jubilación parcial con contrato de relevo cuando el trabajador acceda a la misma habiendo cumplido ya la edad prevista en el art. 161.1.a) LGSS, en los términos y con los matices ya expuestos. Si el empresario, no obstante, quisiera recurrir a la figura del contrato de relevo podrá hacerlo sometándose al régimen previsto para el mismo.

La duda surge acerca de la posibilidad de acceder a este tipo de jubilación tanto desde la contratación temporal (la indefinida parece la más idónea) como desde la contratación a tiempo parcial (pues la exigencia de reducción de jornada y salario parecen indicar que el contrato ha de serlo a tiempo completo). Ninguna de las dos opciones se hallan prohibidas expresamente por el legislador, aunque ambas resulten difícilmente aplicables en la práctica. En parte, porque el empresario sigue considerando una figura compleja la jubilación parcial y, por tanto, en caso de decidirse a utilizarla lo hará con sus trabajadores

²⁸ Paredes Rodríguez, J.M., *La jubilación parcial en el sistema español de Seguridad Social*, Madrid, CES, 2008, pág. 102.

indefinidos a tiempo completo. Por otro lado, conviene no ocultar que tanto los trabajadores temporales como los trabajadores a tiempo parcial suelen ser considerados como “residuales” en la plantilla de la empresa y requieren *a priori* de una menor atención (y lo más grave, de una menor “inversión”) por parte del empleador. Mas ninguna prohibición legal lo impide.

Si se accede desde un contrato temporal, siendo éste causal y de duración determinada, será necesario o modificar la causa y entender que existe un nuevo contrato temporal causal que surge como consecuencia de la jubilación parcial y con una duración limitada hasta la jubilación del trabajador o modificar su duración, convertirlo en indefinido y, a partir de ahí, aplicar todo el régimen previsto para la jubilación parcial. *De facto* existe un nuevo contrato de duración determinada que surge como consecuencia de la jubilación parcial tanto si a la misma se accede desde un contrato indefinido como temporal. *De iure* la tendencia a reducir las modalidades temporales y a causalizar más los contratos de duración determinada obligarían a interpretar restrictivamente esta posibilidad. Pues bien, en caso de que se acceda desde un contrato temporal, el empresario está admitiendo que el trabajador se mantenga en su puesto de trabajo bien hasta que finalice el contrato temporal inicialmente descrito accediendo en ese momento el trabajador a su jubilación plena o bien hasta que el trabajador acceda a dicha jubilación voluntariamente sin atender a la duración del contrato temporal por lo que el contrato se ha convertido en un contrato indefinido condicionado en su duración por la jubilación del trabajador. Una tesis que puede resultar aún más alambicada si se plantea que el origen de la jubilación parcial pueda ser incluso el propio contrato de relevo. Rechazada esta opción por la Administración, la doctrina admite su aplicación con una sola condición, que el el contrato de relevo se pactara en su día a tiempo completo (²⁹). El recurso a la negociación colectiva, restringiendo el uso de esta modalidad de jubilación exclusivamente a los trabajadores con contrato indefinido, podría constreñir la libertad de la que disponen, *a priori*, tanto trabajador como empresario para desarrollar situaciones como las expuestas.

4. Si el acceso a la jubilación parcial se realiza desde un contrato a tiempo parcial, el único límite legal es la reducción de jornada y salario del relevado entre un 25% y un 75% teniendo como referencia la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Si dicho límite se cumple, nada impide la utilización de la jubilación parcial en un contrato a tiempo parcial. De hecho, cuando el legislador desea que el acceso se haga desde un contrato a tiempo completo lo exige expresamente. Así lo hace, como se comprobaba, en el art. 166.2 LGSS referido a aquellos trabajadores que acceden a la jubilación

²⁹ Rodríguez Cardo, I., Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible, Valladolid, Lex Nova, 2010, pág. 104.

parcial a una edad inferior a la ordinaria de jubilación, en cuyo caso deberán hacerlo desde un contrato a tiempo completo. Como aquí no se precisa, ha de aceptarse tal posibilidad.

La única confusión a este respecto es si la reducción (25% a 75%) debe operar sobre la jornada parcial o, si por el contrario, la reducción será la que consideren las partes siempre que cumpla el requisito general de operar dentro del 25% al 75% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Esta última parece ser la interpretación más idónea toda vez que el legislador no establece ni excepciones ni exclusiones implícitas a la norma general, derivando lo contrario en una interpretación *extra legem*. No en vano, la “*reducción de su jornada*” -lo que podría conducir a considerar que efectivamente es necesario llevar a cabo una reducción sobre la jornada ya existente, aunque ésta se desarrolle a tiempo parcial- deberá estar “*comprendida entre un mínimo de un 25% y un máximo de un 75%*”, estando referidos estos porcentajes “*a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable*”. Por lo tanto, si el contrato a tiempo parcial alcanza estos márgenes y se cumplen todos los demás requisitos, no existe obstáculo legal alguno para acceder a la jubilación parcial. Pudiera ocurrir que, puesto que la jornada es ya parcial, se optara por no reducir la misma sino mantenerla siempre que se halle dentro de los límites expuestos con lo que no se produciría una reducción de “*su jornada*”. Pero, llevada al absurdo esta conclusión, bastaría con una minoración del 1% de la jornada parcial pactada para atender al requisito exigido. De ser así, y en caso de cumplir la regla general de reducción indicada, nada impediría admitir éste como contrato a tiempo parcial susceptible de jubilación parcial para mayores de 65 años. La precisión en el art. 12.1 RD 1131/2002, 31 Oct., BOE, 27 nov., por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial así como la jubilación, sobre que “*la cuantía de la pensión de jubilación parcial será el resultado de aplicar el porcentaje de reducción de jornada*” en nada empaña esta conclusión pues puede servir tanto para defender que se requiere una reducción de jornada sobre la existente como que la cuantía de la pensión se calculará sobre la jornada parcial acordada entre empleador y trabajador que podrá coincidir con la del contrato a tiempo parcial previo.

3.2.2. Jubilación parcial a partir de los 60 o 61 años de edad con celebración simultánea de un contrato de relevo

A) Principales problemas aplicativos de esta modalidad de jubilación parcial

1. La jubilación parcial se prevé también en la actualidad para quienes tengan 61 años (excepcionalmente 60 si se trata de mutualistas con cotizaciones antes del 1 de enero de 1967), siempre que se celebre simultáneamente un contrato de relevo y se trate de trabajadores a tiempo completo. Desde la reforma

de 2007, el legislador hizo más rígido el acceso a esta modalidad de jubilación parcial, por las razones ya expuestas. Y no sólo en cuanto a los requisitos de edad, contratación y jornada descritos sino porque, además de éstos, el art. 166.2 LGSS recoge otros nuevos, mucho más exigentes que en cualquier regulación anterior, referidos al período de antigüedad en la empresa, una reducción de jornada y salario concreta, un amplio período previo de cotización, la correspondencia entre las bases de cotización de relevado y relevista o las características exigibles al contrato de relevo a celebrar simultáneamente con la jubilación parcial. Sobre esta regulación, que será analizada a continuación, opera también la reforma de la Ley 27/11. De los seis apartados en que se divide el actual art. 166.2 LGSS, la citada Ley modifica dos de ellos [(apartados e) y f)] y añade un nuevo apartado g).

Dejando al margen el análisis específico del contrato de relevo al que se destina el siguiente epígrafe, uno de los aspectos generales que contempla el art. 166.2 LGSS es la necesidad de que el trabajador se halle a tiempo completo para optar por esta modalidad de jubilación parcial. A diferencia de quienes solicitan la jubilación parcial una vez cumplida la edad ordinaria, aquí se requiere que el trabajador acceda a la jubilación desde un contrato con jornada completa y no a tiempo parcial. El principal problema aplicativo con esta exigencia genérica es que el legislador no determina un período mínimo de permanencia en este tipo de jornada, esto es, no exige una antigüedad mínima en la condición de contratado a tiempo completo. Y si antes no se ha admitido una aplicación restrictiva no existe razón alguna para aceptarla ahora. El legislador podía haber establecido una dimensión cuantitativa de la norma y haber precisado un determinado período de vigencia del contrato a tiempo completo. No lo ha hecho y, por tanto, nada impide que un trabajador a tiempo parcial convierta su contrato en uno a jornada completa y, con posterioridad, acceda a la jubilación parcial. Puede tratarse incluso de trabajadores fijos discontinuos o trabajadores interinos -ninguna indicación excluye la contratación temporal- que han estado prestando servicios a tiempo parcial y luego son contratados, meses antes de acceder a la jubilación parcial, a tiempo completo.

2. El primer requisito para este tipo de jubilación es el de la edad, *ex art. 166.2.a) LGSS*. Dos opciones. Una, a extinguir, la prevista para los cotizantes a una Mutualidad Laboral antes del 1 de enero de 1967 y que podrán acceder a esta jubilación a partir de los 60 años de edad. Otra, el acceso a partir de los 61 años de edad si bien *“sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado”*. El primer caso permite que aquellos trabajadores puedan acceder a la jubilación sin la aplicación del coeficiente reductor sobre su cuantía que sería lo que procedería si decidieran solicitar la jubilación anticipada antes expuesta y no esta jubilación parcial. El segundo restringe su uso

toda vez que exige la edad natural de 61 años e impide el acceso con cualquier tipo de edad bonificada.

Aun cuando en este punto la Ley 27/11 no ha introducido modificación alguna, conviene hacer dos precisiones sobre su aplicación. En primer lugar, que la reforma de 2007 admitió (DT 17ª LGSS) su aplicación gradual ⁽³⁰⁾. Y, en segundo término, que si en el momento del hecho causante el interesado acreditara seis años de antigüedad en la empresa y treinta años de cotización, el límite podrá mantenerse en 60 años hasta el 31 de diciembre de 2012 siempre que el trabajador relevista sea contratado de forma indefinida y a jornada completa (DT 17ª LGSS). Pues bien, la Ley 27/11 dispone asimismo de una aplicación gradual para la edad de jubilación parcial. De conformidad con su art. 6.3, el requisito de la edad del art. 166.2 LGSS se aplicará de forma gradual (nueva DT 22ª LGSS). Ambas aplicaciones transitorias coinciden y lo que hace el legislador de 2011 es remitirse a la aplicación transitoria ya prevista en 2007 hasta su finalización. Por tanto, se exigirán 60 años y seis meses para quienes accedan a la jubilación parcial en este año 2011, 60 años y ocho meses en 2012, 60 años y 10 meses en 2013 y, a partir del 1 de enero de 2014, 61 años.

Mención especial merece la aplicación de esta jubilación parcial en el empleo público. Pese a que el art. 67.1 EBEP recoge ésta como una modalidad más de jubilación de los funcionarios (además de la voluntaria, forzosa y la derivada de la declaración de incapacidad permanente) ⁽³¹⁾. La Ley 40/07 establecería en su DA 7ª el compromiso del Gobierno para que, en un año, presentara un “*estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad de los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes*”. La ausencia de este desarrollo reglamentario conduce a la negativa por parte de las Administraciones Públicas, especialmente la estatal, a aplicar esta modalidad de jubilación. La Ley 27/11 obvia este conflicto y pierde una oportunidad para su regulación ⁽³²⁾.

La dificultad más palmaria sigue siendo, no obstante, la que se deriva de la prohibición de aplicar coeficientes reductores sobre la edad para acceder a

³⁰ 60 años en 2008; 60 años y dos meses en 2009; 60 años y cuatro meses en 2010; 60 años y seis meses en 2011; 60 años y ocho meses en 2012; 60 años y 10 meses en 2013; y 61 años a partir del 1 de enero de 2014.

³¹ López Cumbre, L., “La jubilación de los funcionarios públicos. Comentario al artículo 67 del Estatuto del Empleado Público”, en AAVV, *Comentario al Estatuto del Empleado Público*, Granada, Comares, 2008, pp. 673-717.

³² López Cumbre, L., “La aplicación de la jubilación parcial en el empleo público”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 22, 2010, pp. 61-126.

la jubilación parcial. Con esta limitación, muy clara tras la reforma de la Ley 40/07, se posibilita acceder a la jubilación plena con edades reducidas pero no así a la jubilación parcial. El art. 161.1. bis LGSS admite que desde los 52 años se pueda acceder a la pensión de jubilación pero el art. 166 LGSS impide que, en esos mismos casos, se emplee la jubilación parcial. Podrá alegarse que, en tales supuestos, la jubilación ya es plena y esa es la edad ordinaria para el trabajador por lo que, si se admitiera el recurso a la jubilación parcial, el trabajador podría acceder a la misma desde los 47 años de edad. Mas la solución contraria resulta igualmente rechazable porque, en estos casos, se obliga a los trabajadores a esperar al cumplimiento de la edad natural de 60 o 61 años si se pretende acceder a una jubilación parcial, algo difícil de entender cuando pueden optar por una jubilación íntegra mucho antes. Conclusión, como puede comprobarse, contraria a la finalidad perseguida por la norma y que no es otra que prolongar la permanencia en activo de los trabajadores de más edad. Quizá pudiera relativizarse esta reserva del art. 166.2 LGSS considerando que el legislador prohíbe el acceso a la jubilación parcial con aplicación de coeficientes reductores sobre la edad pero no así en las jubilaciones con edad reducida fija, esto es las contenidas, entre otros, en el RD 2621/85. En definitiva, el art. 166.2.a) LGSS alude a la aplicación de “*bonificaciones o anticipaciones de la edad del trabajador*” pero, como se expusiera, la edad reducida opera como una edad ordinaria distinta para los colectivos en los que se contempla. Sin embargo, no dejaría de resultar un contrasentido que un supuesto -edad reducida fija- pudiera acceder a la jubilación parcial y otro no -edad reducida variable por aplicación de coeficientes reductores -, habiendo optado el legislador con esa referencia ambigua a la “*bonificación y anticipación*” de la edad por excluir a ambos cuando resultaría mucho más coherente con la pretensión de envejecimiento activo europea la solución opuesta.

3. Respecto de la acreditación del período de antigüedad en la empresa, se exigirá, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el art. 44 LET o en empresas pertenecientes al mismo grupo [art. 166.2.b) LGSS]. Por lo que se refiere a la reducción de jornada de trabajo deberá estar comprendida entre un mínimo de un 25% y un máximo del 75%, o del 85% para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida y se acrediten, en el momento del hecho causante, seis años de antigüedad en la empresa y treinta años de cotización a la Seguridad Social. Porcentajes que se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable [art. 166.2.c) LGSS]. Por su parte, el período previo de cotización requerido será de treinta años sin que, a estos efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pa-

gas extras [art. 166.2 d) LGSS]. La pensión de jubilación parcial será compatible con la retribución derivada del trabajo a tiempo parcial del relevado ⁽³³⁾.

A diferencia de lo que ocurre en el art. 166.1 LGSS en el que se exige expresamente reunir los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, el art. 166.2 LGSS no precisa tal cuestión. Ha de entenderse, sin embargo, que las exigencias para causar derecho a la pensión de jubilación también se aplican en este segundo supuesto bien que modulados por aquellos que explícitamente son objeto de desarrollo en dicho precepto. Y, para causar derecho a la pensión de jubilación, junto a la edad y al período de cotización, se exigirá estar dado de alta o en situación asimilada al alta. Bien es cierto que el art. 161.3 LGSS admite causar pensión de jubilación “*aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada al alta, siempre que reúnan los requisitos de edad y cotización del apartado primero*”. Como la jubilación parcial implica no alcanzar la edad, es de prever que tal excepción no sirva en estos casos, al menos para las jubilaciones parciales de trabajadores con menos de 65 años, no para el resto.

Pero quizá el principal núcleo de dificultad aplicativa resida en dos elementos contemplados en el art. 166.2.d) LGSS: los treinta años de cotización previa -que no han sido incrementados a treinta y tres con la nueva reforma de 2011 como sí ha ocurrido en otros supuestos- y la exclusión de la parte proporcional de las pagas extras. Eso supone, por un lado, duplicar el período de cotización general de quince años de cotización y, por otro, anular el cómputo de los días-cuota. Exigencias muy cualificadas que dificultan sobremanera el acceso a esta pensión. Para mitigarlo, se aprueba un régimen transitorio en la DT 17ª LGSS (veintisiete años en 2011 y treinta años o más a partir del 1 de enero de 2012), que será derogado por el RD-L. 8/10, 20 may., BOE, 24 por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público [DD Única.1.a)]. De ahí que en la actualidad el período se exija completo. Tampoco se admitirá una aplicación progresiva del segundo requisito. De hecho, a partir de la Ley 40/07, la exclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias afectará también a la jubilación ordinaria, pasando su período de carencia mínimo de 4.700 días a 5.475 días. Con la DT 4ª LGSS derogada se relativizaba el impacto, si bien sólo para el cómputo del “*período mínimo de cotización*” y no en el resto de los casos. Mas, tras su desaparición, el régimen es ya homogéneo y no se permite computar lo cotizado por estas pagas. De ahí que, a partir de esta norma, acceder a la jubilación parcial sea mucho más difícil no sólo por la exigencia de esos treinta años de cotización sino porque, para reunirlos, hay que “despreciar” determinadas cotizaciones ya efectuadas,

³³ Sobre las reglas de incompatibilidad, vid por todos Calvo Gallego, F.J., *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Sevilla, Mergablum, 2002, pág. 129.

como las derivadas de las pagas extras o las de otros regímenes de Seguridad Social toda vez que la jubilación parcial atiende exclusivamente a la condición de trabajador asalariado.

4. El actual art. 166.2.e) LGSS precisa que, en aquellos supuestos en los que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65% de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial. Tras la reforma introducida por la Ley 27/11, se exigirá *“una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65% del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial”*. La precisión de la reforma resulta más certera que la vigente. La indeterminación sobre la *“base por la que venía cotizando”* el trabajador relevado se concreta en la base de cotización de los últimos seis meses de aquel período que sirve para calcular la base reguladora de la pensión de jubilación parcial. Así, si existieran lagunas de cotización o paréntesis aplicables al cálculo, se eludirá su consideración atendiendo a las bases de los seis meses últimos que han servido para calcular la pensión de jubilación parcial del trabajador relevado. Sustantivamente nada cambia aunque técnicamente la modificación resulte un acierto. Además, y atendiendo a lo dispuesto en el art. 6.3 Ley 27/11, la base de cotización durante la jubilación parcial se aplicará de forma gradual conforme a los porcentajes calculados sobre la base de cotización a jornada completa de acuerdo con una escala ⁽³⁴⁾. En ningún caso el porcentaje de base de cotización fijado para cada ejercicio en la escala anterior podrá resultar inferior al porcentaje de actividad laboral efectivamente realizada (nueva DT 22ª LGSS).

Tras una referencia al contrato de relevo en el art. 166.2.f) LGSS y que será analizado en el siguiente epígrafe, la Ley 27/11 incorpora un nuevo apartado, el nuevo art. 166.2.g) para que *“sin perjuicio de la reducción de jornada, durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiera correspondido de seguir trabajando éste a jornada completa”*. Sin duda, uno de los aspectos más importantes de esta reforma. Hasta el momento, uno de los alicientes para que la empresa, reacia en principio a su utilización, acudiera a esta medida

³⁴ Durante el año 2013, la base de cotización será equivalente al 30% de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa. Por cada año transcurrido a partir del año 2014 se incrementará un 5% más hasta alcanzar el 100% de la base de cotización que le hubiera correspondido a jornada completa.

era precisamente la posibilidad de reducir jornada, reducir salario y reducir cotización. Ahora, tal vez con fines recaudatorios, tal vez con la intención de evitar fraudes en el recurso a esta medida o, simplemente, como una rémora que obstaculice el anticipo de la jubilación, el legislador opta, a partir de la entrada en vigor de la norma, por exigir tanto al trabajador como al empresario la cotización a la Seguridad Social como si el contrato se mantuviera a jornada completa. Una dificultad añadida a la ya tímida utilización de este tipo de jubilación. Obsérvese, no obstante, que se trata de una exigencia requerida únicamente en la modalidad regulada por el art. 166.2.LGSS, no así en el art. 166.1 LGSS. Eso significa que esta obligación no se mantiene para quienes acceden a la jubilación parcial una vez cumplida la edad de jubilación. Tiene sentido pues, no en vano, el art. 112.bis LGSS exime de cotizar a trabajadores y empresarios cuando se mantiene la relación laboral una vez superada la edad de jubilación. Pero esta exención no es plena sino que se refiere a la cotización por contingencias comunes salvo en lo que respecta a la incapacidad temporal. Por tanto, y combinando lo dispuesto tanto en el art. 166.1 LGSS, como lo establecido en el art. 166.2 LGSS o la regulación derivada del art. 112.bis LGSS, el jubilado parcialmente a edad superior a la ordinaria de jubilación no deberá abonar la cotización como si se tratara de una jornada completa pero sí deberá mantener su cotización a jornada parcial, si bien con la exoneración de cuotas prevista en el art. 112.bis LGSS. La conclusión debería ser necesariamente diferente si el art. 112 bis LGSS exigiera contrato indefinido y jornada completa para obtener la mencionada exención. Y sí requiere contrato indefinido pero no jornada completa por lo que será de aplicación también al jubilado parcial con contrato a tiempo parcial y con jornada parcial.

B) Principales problemas aplicativos del contrato de relevo

1. Dos menciones explícitas realiza el art. 166.2 LGSS al contrato de relevo. La primera, cuando, de forma general, admite este tipo de jubilación “*siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo en los términos previstos en el art. 12.7 del Estatuto de los Trabajadores*”. Otra, cuando en el art. 166.2.f) LGSS señala que la duración del contrato de relevo que se establezca como consecuencia de una jubilación parcial tendrá “*como mínimo, una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de 65 años*”, referencia a los 65 años que, en el nuevo art. 166.2.f) LGSS tras la reforma de 2011, se convierte en la “*edad establecida en el art. 161.1.a) LGSS*”, con las precisiones que sobre esta sustitución ya se hicieran. La remisión que este precepto efectúa sobre el art. 12.7 LET obliga a aludir al art. 12.6 LET y, en su caso, a la reforma que sobre los mismos haya decidido introducir el legislador de 2011. Y lo ha hecho, destinando la DF 1ª de la Ley 27/11 a redactar de nuevo ambos preceptos.

El art.12.6 LET señala que, para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial, en los términos establecidos en el art. 166.2 LGSS y demás disposiciones concordantes, deberá acordar con su empresa una reducción de jornada y de salario de entre un mínimo de un 25% y un máximo del 75%, conforme al citado art. 166 LGSS, y la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo, de acuerdo con lo establecido en el apartado siguiente, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. También se podrá concertar el contrato de relevo para sustituir a los trabajadores que se jubilen parcialmente después de haber cumplido 65 años. Tras la reforma de 2011, este primer párrafo del art. 12.6 queda modificado por la DF 1ª de la Ley 27/11 indicando que *“para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial, en los términos establecidos en el art. 166.2 LGSS, deberá acordar con su empresa una reducción de jornada y de salario de entre un mínimo del 25% y un máximo del 75%, conforme al art. 166, y la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo, de acuerdo con lo establecido en esta norma, con objeto de sustituir la jornada dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. También se podrá concertar el contrato de relevo para sustituir a los trabajadores que se jubilen parcialmente después de haber cumplido la edad establecida en el art. 161.1.a) LGSS”*. Precisa asimismo el art. 12.6 LET, sin que este aspecto haya sido objeto de modificación, que la reducción de jornada y de salario podrá alcanzar el 85% cuando el contrato de relevo se concierte a jornada completa y con duración indefinida, siempre que el trabajador cumpla los requisitos establecidos en el art. 166.2.c) LGSS. La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial y su retribución serán compatibles con la pensión de jubilación parcial, extinguiéndose la relación laboral con la jubilación plena del trabajador.

2. Pues bien, dos modificaciones son las que incorpora la Ley 27/11 en este art. 12.6 LET. La primera, que en lugar de remitir a la celebración de un contrato de relevo *“de acuerdo con lo establecido en el apartado siguiente”* (art. 12.7 LET) lo hace a *“lo establecido en esta norma”* (esto es, al art. 12 LET). Como puede apreciarse con nitidez la principal diferencia entre el art. 12.6 LET y art. 12.7 LET es que el primero se refiere al contrato a tiempo parcial del relevado y el segundo al contrato de relevo del relevista. Cuando el art. 12.6 LET aún vigente alude a la obligación de la empresa de concertar un contrato de relevo *“de acuerdo con lo establecido en el apartado siguiente”*, realiza una remisión correcta toda vez que el apartado siguiente (el art. 12.7 LET) es el que regula el régimen jurídico de dicho contrato. La referencia del nuevo art. 12.6 LET a esa misma obligación de la empresa de concertar un contrato de relevo conforme a lo *“establecido en esta norma”* (esto es, el

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 31 de julio de 2010

art. 12 LET) se produce quizá para reforzar algo que ya se deducía y es que al contrato de relevo se le aplica, cuando se celebra a tiempo parcial, la normativa del contrato a tiempo parcial. Ésta es una posible interpretación. Otra factible es la de evitar cualquier duda sobre la referencia al “*apartado siguiente*” por considerar que cabe la posibilidad o bien de entender que la referencia se hace al art. 12.7 LET o bien al segundo párrafo que contiene el art. 12.6 LET y que recoge la reducción de jornada y salario del 85%, la compatibilidad entre salario y pensión en la jubilación parcial y la extinción de la relación laboral del jubilado parcial. No parece que tal confusión pudiera darse toda vez que esta mención se realiza ante la obligación del empresario de celebrar un contrato de relevo y el contrato de relevo se regula en el art. 12.7 LET. Pero también cabría plantear, por último, que lo que se logra con esta reforma es la incorporación precisamente de ese segundo párrafo a un régimen de común aplicación tanto para el trabajador relevado como para el relevista. Interpretación que tampoco parece del todo convincente sobre todo si se tiene en cuenta que el art. 12.6 LET regía y sigue rigiendo únicamente la relación laboral vigente del trabajador jubilado parcialmente. Así, la posibilidad de reducir la jornada y el salario al 85% si el contrato de relevo se concierta de forma indefinida y a jornada completa con seis años de antigüedad en la empresa y treinta de cotización, la compatibilidad entre pensión de jubilación parcial y salario derivado del contrato a tiempo parcial y la obligación de extinguir la relación laboral cuando se produzca la jubilación total del trabajador son observaciones que exclusivamente cabe hacer al jubilado parcial y no al trabajador con contrato de relevo. Por lo demás, tanto si la reducción es de un 25% a 75% como si alcanza el 85% se aplicarán las reglas de la jubilación parcial y del contrato a tiempo parcial ya que así se deduce del art. 166.2.c) LGSS. Finalmente, la compatibilidad entre jubilación y salario no sólo se reconoce en este precepto sino también en el art. 166.3 LGSS, extensible a todos los supuestos de jubilación parcial. Y precisamente por ello, cuando la jubilación se convierta en total la relación laboral del trabajador se extinguirá, no siendo ya admisible la regla de la compatibilidad.

En conclusión, sólo cabe una interpretación y es que el legislador de 2011 ha mejorado la técnica normativa aludiendo a la obligación de concertar un contrato de relevo conforme “*a lo establecido en esta norma*” pues, no en vano, el contrato de relevo constituye una modalidad de contratación a tiempo parcial, al menos cuando se celebra con este tipo de jornada, por lo que resulta de aplicación todo lo establecido en el art. 12 LET. Es importante porque, por ejemplo, con anterioridad, cabía la duda sobre si al contrato de relevo le resultaban de aplicación las normas sobre concentración de horas de trabajo en determinados periodos del año prevista para hacer más flexible la utilización del contrato a tiempo parcial. En la Exposición de Motivos del RD 1131/02 se reconocían todas las modificaciones del contrato de relevo pero, entre ellas, no

se recogía la posibilidad de sumar las horas de actividad en un sólo período del año, por lo que podía deducirse que tal concentración no resultaba aplicable al contrato de relevo por su dependencia con la jubilación parcial. Ahora ya no cabe tal duda. El contrato de relevo se rige por lo dispuesto en el art. 12.7 LET y también por todo lo que se regula en el resto del art. 12 LET y es evidente que al mismo le resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 34.2 LET en virtud del cual, bien mediante Convenio Colectivo bien por acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año así como la obligación contenida en el art. 12.4 a) LET de precisar en el contrato *“el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año y su distribución”*. De lo contrario, no tendría sentido el art. 65.3 del Reglamento General sobre cotización y liquidación que añade la DA 3ª del RD 1131/02 para precisar que, en caso de que trabajador a tiempo parcial y empresario decidan realizar la totalidad de las horas de trabajo en un período concreto del año, las bases de cotización deberán prorratearse mensualmente y ser ingresadas con esta periodicidad.

La segunda modificación, esto es, la sustitución de la alusión a la posibilidad de concertar este contrato de relevo para sustituir a trabajadores jubilados parcialmente *“tras haber cumplido 65 años”* por la referencia a *“quienes hayan cumplido la edad establecida en el art. 161.1.a) LGSS”* no merece más comentario que el efectuado en epígrafes anteriores.

Se mantiene, por tanto, la posibilidad de prolongar la reducción de jornada y salario hasta un 85%, con el carácter excepcional expuesto. Y, en relación a la reducción entre el 25% y el 75%, apenas si puede plantearse problema alguno con la aplicación transitoria recogida en la DT 17ª LGSS toda vez que se prevé una aplicación plena a partir del 1 de enero de 2012 (78% durante 2011 y 75% a partir de 1.1.12). Con todo, el establecimiento de estos porcentajes oculta una vertiente positiva y una negativa. La positiva es que han conseguido flexibilizar la utilización de la figura, siendo antes rígida (50%) y menos atractiva. El inconveniente es que, de algún modo, se ha renunciado al objetivo con el que, en su día, se creara este tipo de jubilación: la posibilidad de repartir empleo (contratación de desempleados), de compartir experiencia (entre trabajador maduro y trabajador inexperto) y de garantizar una jubilación gradual del trabajador (toda vez que una reducción del 25% de la jornada no resulta suficiente para garantizar este propósito). Es más, la aceptación de una distribución irregular anual de jornada tanto para el trabajador relevado como para el relevista o la posibilidad de que la actividad del relevista coincida o no con la del relevado anula todos estos objetivos al permitir concentrar toda la actividad laboral en períodos concretos del año en ambos supuestos o efectuar cualquier tipo de trabajo en la empresa, distinto al del trabajador que se jubila. Sólo cabe, pues, concluir que esta jubilación se ha convertido en una fórmula

de jubilación anticipada sin coeficiente reductor en la cuantía, alejándose profundamente de sus orígenes aun cuando, gracias a estas modificaciones, haya conseguido un cierto arraigo en nuestra realidad sociolaboral.

3. Por lo que se refiere al art. 12.7 LET vigente recoge las reglas que ha de regir en el contrato de relevo ⁽³⁵⁾. Dicho contrato: a) se celebrará con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada; b) salvo en el supuesto previsto en el art. 12.6 LET, la duración del contrato de relevo que se celebre como consecuencia de una jubilación parcial tendrá que ser indefinida o como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de 65 años. Si, al cumplir dicha edad, el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por períodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado. En el caso del trabajador jubilado parcialmente después de haber cumplido 65 años, la duración del contrato de relevo que podrá celebrar la empresa para sustituir la parte de jornada dejada vacante por el mismo podrá ser indefinida o anual. En este segundo supuesto, el contrato se prorrogará automáticamente por períodos anuales, extinguiéndose en la forma señalada; c) salvo en lo dispuesto en el art. 12.6 LET, el contrato de relevo podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial. En todo caso, la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido. El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él; d) el puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiéndose por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente. En los casos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo que vaya a desarrollar el relevista no pueda ser el mismo o uno similar que el del jubilado parcial, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, en los términos previstos en el art. 166.2.e) LGSS. Reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial; y e) en la negociación

³⁵ Vid García-Perrote, I., “La jubilación parcial y el contrato de relevo”, en AAVV, Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación... op.cit., pp. 1014-1022 y Cavas Martínez, F. y Sánchez Trigueros, C., “La reforma de la jubilación anticipada y parcial”, en AAVV, La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación, Granada, Comares, 2008, pp. 617-638.

colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo.

Aun cuando la DF 1ª Ley 27/11 procede a la incorporación íntegra de un nuevo art. 12.7 LET, lo cierto es que tan sólo dos de sus letras (la b y la d) son objeto de modificación. El nuevo art. 12.7.b) LGSS precisa que *“salvo en el supuesto previsto en el art. 12.6, la duración del contrato de relevo que se celebre como consecuencia de una jubilación parcial tendrá que ser indefinida o como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad establecida en el art. 166.1 LGSS o, transitoriamente, las edades previstas en la DT 20ª. Si, al cumplir dicha edad, el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por períodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado. En el caso del trabajador jubilado parcialmente después de haber cumplido la edad prevista en el art. 166.1 LGSS o, transitoriamente, las edades previstas en la DT 20ª de la misma, la duración del contrato de relevo que podrá celebrar la empresa para sustituir la parte de jornada dejada vacante por el mismo podrá ser indefinida o anual. En este segundo caso, el contrato se prorrogará automáticamente por períodos anuales, extinguiéndose en la forma señalada”*. Se trata, una vez más de sustituir la referencia a los 65 años por otra distinta. En este caso, a diferencia de los supuestos anteriores y salvo que se trate de un error en la redacción original publicada en el BOE de 2 de agosto de 2011, la remisión al apartado 1 del art. 166 LGSS se hace en dos ocasiones consecutivas -lo que hace más difícil considerar que se trate de un error-. Ahora bien, la relevancia de tal remisión, al margen de comportar una técnica un tanto alambicada, no genera mayor dificultad en su interpretación toda vez que el nuevo art. 166 LGSS en su apartado 1 se remite, a su vez y como no podía ser de otra forma, al nuevo art. 161.1.a) LGSS, por lo que no procede sino reproducir los argumentos ya expuestos.

Un análisis más detenido requiere el nuevo art. 12.7 d) LET. En virtud del mismo *“el puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido. En todo caso, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos en los términos previstos en el art. 166.2.e) LGSS”*. Desaparece, en primer lugar, la alusión un puesto similar y la interpretación sobre el mismo (*“entendiendo por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente”*). Eso significa que, cuando entre en vigor esta nueva norma, el relevista podrá ocupar el mismo puesto de trabajo del relevado “o no”, sin que en este último caso exista límite alguno sobre el puesto a ocupar más allá de la correspondencia de las bases de cotización entre ambos trabajadores. En segundo término, la citada correspondencia ya no se circunscribe al supuesto en que el relevista no

pueda ocupar el mismo puesto o uno similar al del jubilado parcial sino que se extiende a todos los casos en que se utilice el contrato de relevo, si bien con la observancia de lo expuesto en el nuevo art. 166.2.e) LGSS, esto es, una correspondencia no inferior al “65% del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial”. Supone esta modificación homogeneizar la aplicación de este requisito tanto para quienes ocupan el mismo puesto de trabajo, como para quienes ocupan uno similar del mismo grupo profesional o categoría equivalente como a quienes realizan un trabajo completamente distinto. De ahí que, finalmente, y como última modificación, renuncie el legislador a cualquier alusión a un posterior desarrollo reglamentario, ahora ya innecesario.

4. Más allá de las modificaciones expuestas, el régimen del contrato de relevo se mantiene en los mismos términos. Como ninguna referencia realiza la nueva Ley 27/11, se entenderán vigentes, salvo que sus disposiciones se consideren incompatibles con la normativa legal, tanto el RD 1131/02 como el RD 1132/02, 31 oct., BOE, 27 nov. que desarrolla determinados preceptos de la Ley 35/02, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. En este sentido, y puesto que este estudio no persigue realizar un análisis exegético de esta figura sino tan sólo de sus novedades, se destacan a continuación algunos elementos críticos de la regulación vigente. Así, el contrato de relevo se celebrará con un trabajador desempleado o bien con un trabajador que tuviese concertado ya con la empresa un contrato de duración determinada. Esto supone que no cabe aceptar a un trabajador contratado temporalmente por “otra” empresa aunque sí si lo estuviera con “la empresa” en la que se produce la jubilación parcial y la celebración del contrato de relevo.

Por lo demás, la duración del contrato de relevo será o bien indefinida, en cuyo caso su relación con la duración de la jubilación parcial del trabajador relevado es intrascendente, o bien hasta que este último decida solicitar la jubilación plena, salvo que supere la edad ordinaria de jubilación en cuyo caso estará supeditado a prórrogas automáticas por períodos anuales. Cabe observar aquí que tanto los contratos como la jubilación están presididos, al menos en relación a la jubilación parcial, por la voluntariedad. La contratación porque es fruto del acuerdo entre empleador y trabajador, tanto el recurso al contrato a tiempo parcial del trabajador relevado con la conformidad en cuanto a la reducción de salario y jornada como el contrato de relevo del relevista. La jubilación porque, a diferencia de la jubilación plena, no cabe aplicar aquí la figura de la jubilación forzosa toda vez que prevalece, al menos en este caso y como consecuencia de la necesidad de simultanear la jubilación con dos contratos (el contrato a tiempo parcial del relevado y el contrato de relevo del relevista), el acuerdo entre las partes. En definitiva, la jubilación forzosa conlleva la extin-

ción obligatoria del contrato de trabajo mientras que aquí la relación laboral permanece vigente, bien que modificada. Es más, la redacción aún vigente de la DA 10ª LET requiere “*el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de la Seguridad Social*”, algo que en este caso no se produce. Así pues, el empleador puede rechazar la propuesta del trabajador y, viceversa, este último puede no atender al requerimiento del empleador. Pero, incluso accediendo a la jubilación parcial no existe margen para que, al cumplir la edad ordinaria o con posterioridad a la misma, ni el empleador ni la negociación colectiva impongan al trabajador la solicitud de la jubilación plena, no al menos desde la jubilación parcial.

Salvo cuando la reducción sea del 85%, el contrato de relevo podrá celebrarse a jornada parcial o a tiempo completo. Si se hiciera conforme a la primera modalidad, la duración deberá coincidir, como mínimo, con la reducción de la jornada acordada por el trabajador sustituido. Mas la vigencia del contrato del trabajador sustituido se desarrolla desde que accede a la jubilación parcial hasta que solicita la jubilación plena por lo que la reducción de su jornada puede operar cambios, siempre que empleador y trabajador estén de acuerdo. Un ampliación de la jornada del relevado no debería influir en el contrato del relevista salvo que se admita como modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 LET toda vez que se trataría de una jornada de trabajo y no de una novación contractual. Sin embargo, esta opción parece limitada si se atiende a lo dispuesto en el art. 12.2 RD 1131/02 en virtud del cual “*dentro de los límites establecidos en el párrafo a) del art. 10*”, esto es, dentro de los límites del 25% mínimo y el 75% máximo, “*el porcentaje de reducción de jornada podrá incrementarse por períodos anuales, a petición del trabajador jubilado parcial y con la conformidad del empresario*”. De ahí que no se contemple la ampliación de la misma y sí la reducción. Pues bien, una reducción de la jornada del relevado debería conllevar una ampliación de la jornada del relevista, salvo que ésta se desarrollara ya a tiempo completo. Pudiera ocurrir que el relevista no aceptara dicha ampliación, en cuyo caso el empleador deberá proceder a celebrar otro contrato de relevo -en tanto que la vinculación sigue siendo con la jubilación parcial- por la parte de jornada que quedara vacante. Esto supone que, sobre una misma jubilación parcial, puedan celebrarse más de un contrato de relevo ⁽³⁶⁾.

En todo caso, se exige un período mínimo de seis años de antigüedad en la empresa. Se trata de un requisito, como tantos otros, de aplicación gradual (ya sólo restan los cinco años exigidos en 2011 y los seis años a partir del 1 de enero de 2010, *ex* DT 17ª LGSS). Y se trata de una exigencia sin precedentes

³⁶ López Cumbre, L., “Comentario al artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores”, en AAVV, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Civitas, 2010, pág. 320.

en esta materia que probablemente se derive de la necesidad de evitar el fraude de ley también en el acceso a esta prestación. Con todo, la interpretación deberá ser amplia y bastará con cualquier vinculación que el trabajador haya tenido con la empresa sin importar el tipo de contrato, el tipo de jornada, los períodos de descanso incluso computando períodos interrumpidos por una desvinculación temporal de la misma por cuanto el legislador exige años de vinculación a la empresa y no seis años de vinculación ininterrumpida a la misma.

3.2. La general aplicación de las reglas de incompatibilidad entre pensión y trabajo al resto de supuestos de jubilación anticipada

De conformidad con la DA 31ª Ley 27/11, se incorpora un nuevo art. 165.4 LGSS en virtud del cual, el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajo por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el s.m.i., en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social. Las actividades especificadas por las que no se cotice, no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social.

A su vez, la DA 37ª Ley 27/11 recoge el compromiso del Gobierno de presentar un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. Mientras no se produzca esta regulación, se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, 23 may., BOE, 26. Como es sabido, la citada Orden Ministerial ha establecido la incompatibilidad entre la pensión de jubilación de la Seguridad Social y el ejercicio de actividad de los profesionales colegiados. aun cuando éstos se hallen exonerados de la obligación de causar alta en el RETA y con independencia de que queden o no integrados en una de las mutualidades de previsión social que operen como alternativas del citado Régimen Especial. Incompatibilidad que no operará, únicamente, en aquellos supuestos en que viniera compatibilizándose pensión y actividad con anterioridad a la entrada en vigor de la norma (DA Única).

4. CONCLUSIONES: HACIA UN SISTEMA FLEXIBLE DE JUBILACIÓN

1. La reforma analizada constituye una modificación restrictiva pero necesaria. Pasará a la historia como la Ley que implantó los 67 años como edad ordinaria de jubilación. Una medida dura, drástica, difícil de asumir por la ciu-

dadanía y, sobre todo, por la población trabajadora. La frontal oposición de los sindicatos en el origen derivó en un Acuerdo el 2 de febrero de 2011 condicionado por la coyuntura económica, las exigencias de Bruselas, la homologación con las reformas del resto de los países integrantes de la UE y acompañado por algunas contraprestaciones sindicales, entre otras, que siga figurando la edad de 65 años para facilitar un acceso no “rígido” sino “flexible” a la jubilación. Lejos de plantear la posible contradicción en un sistema que no sólo combina mecanismos de prejubilación o jubilación anticipada con fórmulas de retraso de la edad de jubilación sino que incentiva ambos, habría que considerar si todos estas fórmulas son eficientes al sistema. La respuesta, en principio, ha de ser positiva. Con carácter general, el coste inicial de una jubilación anticipada se compensa con el ahorro diferido que supone una pensión vitalicia reducida y que puede oscilar entre un 10 y un 20% de ahorro. Y, *a priori*, incentivar la permanencia en activo implica, al menos, retrasar el pago de la pensión si, como en nuestro ordenamiento, se opta por exonerar del pago de la cotización a los implicados.

En una Presidencia española de la UE en 2002, el Gobierno optó por implantar un “sistema de jubilación gradual y flexible” con la Ley 35/02, analizada con anterioridad y aprobada siguiendo la línea marcada por la política social europea (37). El título de la norma no describía lo que realmente se ideaba pues, si bien es cierto que se trata de un sistema que facilita la compatibilidad entre pensión y trabajo, en puridad, un sistema flexible de jubilación no es únicamente un sistema de jubilación flexible sino algo más ambicioso. Se trata de permitir la fijación de la edad de jubilación con total libertad por parte del trabajador, alejado éste de una edad única, rígida y, en ocasiones, impuesta. Factores como los antecedentes normativos, la composición de la población activa, la expectativa de vida, la capacidad financiera del sistema, el nivel de salarios o de productividad, la tasa de natalidad o una mera opción política condicionan la adopción de una decisión al respecto (38). Pero, por lo general, la regulación formal oculta una realidad material bien distinta. Y, en nuestro país, si bien no existe un sistema flexible de jubilación *de iure*, sí lo hay *de facto* toda vez que, como se ha expuesto, los trabajadores dejan de estar en activo a partir de los 50 años de edad para permanecer con una protección social hasta su fallecimiento (39). La prejubilación, la jubilación anticipada, la jubilación a

³⁷ López Cumbre, L., “Jubilación Flexible en la Unión Europea”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Seguridad Social, número monográfico, 2.002, pp. 117-142.

³⁸ González Ortega, S., “Las edades de jubilación” en AAVV, *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación...op.cit.*, pág. 1200.

³⁹ Una consideración monográfica sobre la edad de jubilación en nuestro país en Monereo Pérez, J.L., Maldonado Molina, J.A. y Almendros González, M.A., *La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011.

edad reducida, la jubilación especial, la jubilación parcial, la jubilación flexible, la jubilación prolongada, la jubilación forzosa, etc. permiten una diferente combinación para que cada trabajador idee la jubilación más ajustada a sus necesidades⁽⁴⁰⁾. Facilita la adopción de esta decisión la presencia de una protección social complementaria que compense la posible reducción de la cuantía en la pensión pública, en su caso.

2. Desde el año 1980, la OIT considera que la rigidez en la edad de retiro puede ser en sí misma una causa de aceleración del envejecimiento por la brutalidad de la transformación que supone en las condiciones de existencia (Recomendación núm.162 sobre trabajadores de edad) y, desde 1982, la UE (Recomendación 82/857) viene insistiendo en la necesidad de flexibilizar la edad de jubilación. Pero la jubilación flexible se desarrolla en el marco de la UE dentro de unos parámetros bien concretos. Por una parte, la necesidad de establecer un derecho de escoger dentro de unos límites máximos y mínimos una edad de jubilación, con base en el deseo de los interesados, en necesidades objetivas y, en su caso, en la política general. Por otro lado, la voluntad de fomentar una transición flexible de la vida laboral a la jubilación a través de una jubilación parcial y la necesidad de que los Estados miembros evalúen la repercusión de los cambios en sus políticas de empleos y en los regímenes de pensiones y de jubilación, adaptando su política de empleo para favorecer esa transición entre la actividad y la jubilación. Se requiere asimismo distinguir entre las medidas que se centran en la jubilación desde una perspectiva estrictamente coyuntural de aquellas que han pasado a ser estructurales, rechazando las primeras como contenido de un sistema de jubilación flexible y potenciando las segundas. Y, en definitiva, se trata de facilitar la elección al beneficiario de la pensión de jubilación.

Pues bien, la implantación de un auténtico sistema flexible de jubilación en nuestro país requeriría un pronunciamiento sobre la necesidad de centrar la jubilación sólo sobre la edad, sólo sobre el número de años cotizados, en la edad y en el número de años cotizados, en la edad más otros elementos pero sin tener en cuenta el número de años cotizados, en la cotización más otros elementos pero sin reparar en la edad del sujeto, teniendo en cuenta la edad, una cotización mínima y otros elementos adicionales, en fin, teniendo en cuenta todas las combinaciones posibles. Y, así, basar el sistema en los últimos años de cotización, como ocurre en España, tiene consecuencias negativas para quienes pierden su empleo a edad avanzada; hacerlo sobre toda la vida laboral supone que los primeros años de cotización contribuyan a reducir la cuantía

⁴⁰ Villa Gil, L.E. de la y López Cumbre, L., “Jubilación y prolongación de la vida activa (las mil y una jubilaciones)”, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social, número extraordinario, 2008, pp. 379-403.

de la pensión; y si se permite la elección de los mejores años de cotización, la solución resultará más compensada pero quizá con un desequilibrio financiero del sistema. Si se aceptara, como en otros ordenamientos, el italiano por ejemplo, acceder a la jubilación teniendo en cuenta un determinado período de cotización independientemente de la edad, entonces la cuantía de la pensión deberá adaptarse actuarialmente a la duración de la pensión.

Un sistema flexible de jubilación deberá apreciar el diferente esfuerzo contributivo exigido para cada posibilidad y conseguir que las comparaciones entre unas modalidades y otras no desincentiven sino que potencien la contribución al sistema. Con un reto: que cualquiera de las modalidades, desde la de edad más reducida a la de mayor edad, resulte atractiva para los beneficiarios. Una penalización excesiva de la primera, convertiría en rígido un sistema formalmente flexible; y un excesivo incentivo de la última introduciría desequilibrios en los módulos contributivos. Por lo demás, las exigencias han de ser alcanzables. En un mercado de trabajo regido por la temporalidad, reunir quince años para acceder a una jubilación ordinaria o treinta para conseguir la jubilación anticipada se antoja de todo punto inviable. Y cualquier decisión al respecto exigirá una consideración sobre si sólo se adopta para el régimen general o se extrapola a los regímenes especiales y requeriría replantear la acumulación, por el momento prohibida salvo excepciones, entre pensión y salario. La incompatibilidad plena garantiza un mayor reparto de empleo, la compatibilidad subraya la justicia distributiva en un sistema contributivo en el que, habiendo acreditado un número de años de cotización, se consigue una determinada cuantía, lo que no impide la presencia del trabajador en activo más allá de la edad ordinaria de jubilación. La compatibilidad parcial es, por lo demás, la opción intermedia -menos arriesgada políticamente y más aconsejable económicamente- y por la que, en general, optan todos los Estados, también el nuestro.

La rigidez supone resistencia a los cambios, la flexibilidad, adaptación. Aquí, la rigidez es sinónimo de imposición y la flexibilidad, de opción. Mas, como señalara William James, filósofo representante del pragmatismo norteamericano, *“cuando debemos hacer una elección y no la hacemos, esto ya es una elección”*. Optar por anticipar la jubilación implica una decisión, incluso cuando se rechaza. Pero es importante preservar el derecho a elegir, de lo contrario se correrá el riesgo de convertir el deseo en una pregunta *“...cuya respuesta no existe/Una hoja cuya rama no existe/Un mundo cuyo cielo no existe”* (Luis Cernuda, *“No decía palabras”*, 1931).

PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN UN ESCENARIO DE CRISIS DE EMPLEO

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva

EXTRACTO

Palabras Clave: Desempleo, prestación, crisis económica

Con este trabajo se realiza un análisis de cuál ha sido la evolución normativa de la prestación por desempleo desde que la crisis económica comenzó a azotar a nuestro país. Cabe señalar como la actuación normativa ha sido importante en esta materia, dada su vinculación con el empleo. No obstante hemos de destacar que el legislador apenas si ha desarrollado una actuación normativa en el ámbito de la regulación estructural de la prestación por desempleo; ni lo ha hecho durante la crisis, ni se espera que lo haga en el futuro inmediato. La última intervención de importancia que afectaba a la estructura básica de la protección por desempleo fue la de estabilizar la Renta Activa de Inserción; y en realidad, esta intervención es previa a la entrada de nuestro sistema en el ámbito de la crisis económica.

Ahora bien, donde el legislador ha desarrollado una ingente actividad ha sido a través de la introducción de normativa de carácter coyuntural; es decir, destinada a durar sólo un corto espacio de tiempo. Con ello el legislador ha intentado incrementar la acción protectora en el ámbito del desempleo, pero sin comprometerse a mantener esas nuevas vías o programas de protección. Se trata, por tanto, de medidas motivadas por la situación de crisis económica, y que están vinculadas a la propia crisis; de manera que se prevé la desaparición de estos mecanismos de protección cuando los efectos de la crisis económica desaparezcan. De esta manera el legislador no compromete los futuros recursos económicos del sistema de Seguridad Social.

De otro lado, resalta cómo esta ampliación de la acción protectora en materia de desempleo se presenta íntimamente vinculada a la mejora de la ocupabilidad de los trabajadores; de manera que se condicionan estas nuevas prestaciones, no sólo al hecho de que el trabajador no esté protegido frente a la contingencia de desempleo; sino también al hecho de que el desempleado participe en las actividades de inserción laboral. Se vinculan así las políticas activas y pasivas de empleo.

ABSTRACT

Key words: Unemployment, unemployment benefits, economic crisis

In this work we analyse the regulation and unemployment benefits evolution since the crisis began in our country. In this field the regulation grounds have been touched and employment is a key element to study. However, we need to appoint that the legislator has not really amended the norms as regards the structure of the unemployment benefits, in fact, no changes were made during the crisis and we don't hope that it will change in the near future. The last reform that has been undergone about the unemployment benefits basic structure was to establish a payment system for long-term unemployed people aged over 45 years (Renta Activa de Inserción) and truly this intervention was done even before the current economic crisis began.

The legislator has developed an enormous activity introducing norms of structural scope, only for short periods. The legislator has tried with this measure to increase the unemployment protection but without a compromise to maintain new options or protection programmes. Thus, this is due to the fact that we have an economic crisis and these effects are bound to the crisis itself, so these types of protection mechanisms will tend to disappear once the effects of the economic crisis cease. Therefore, the legislator does not compromise future economic resources to the Social Security system.

Also, the protection programmes incentive as regards unemployment are linked to seek better and more stable jobs for workers, and these new benefits are bound not only to the fact that the employee is not protected if he is ceased and needs unemployment benefits but also to the fact that the unemployed participates in the labour reinsertion activities. Thus, both the active and passive employment policies are bounded.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: DE LA AUSENCIA DE REFORMAS ESTRUCTURALES, AL DERECHO COYUNTURAL
2. REFORMAS ESTRUCTURALES AL DESEMPLEO GENERADAS POR LA CRISIS ECONÓMICA
 - 2.1. El proyecto de ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social y la protección por desempleo: ausencia de novedades en la regulación de desempleo
 - 2.2. Últimas reformas de la Igss en materia de desempleo
 - 2.2.1. Desempleo parcial: regulación complementaria a los expedientes de regulación de empleo de reducción de jornada
 - 2.2.2. Ampliación (parcial) de la protección por desempleo en los contratos para la formación
 - 2.2.3. Medidas de activación de los desempleados
3. MEDIDAS COYUNTURALES DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO
 - 3.1. La reposición del derecho a la prestación por desempleo
 - 3.2. La prestación/ayuda extraordinaria para desempleados que hayan agotado la protección por desempleo
 - 3.3. Medidas coyunturales ya suprimidas de nuestro ordenamiento
4. VINCULACIÓN ENTRE POLÍTICAS ACTIVAS Y PASIVAS DE EMPLEO

1. INTRODUCCIÓN: DE LA AUSENCIA DE REFORMAS ESTRUCTURALES, AL DERECHO COYUNTURAL

El objetivo de este trabajo es analizar cuál ha sido la respuesta del legislador a la crisis económica en materia de protección por desempleo. Ello implica el análisis de la normativa española desde que se toma conciencia de la crisis económica a partir del año 2008 hasta este momento, incluyendo las posibles modificaciones que en estos momentos se discuten en el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social.

Una valoración de esta regulación evidencia una serie de líneas que explican cuál ha sido el desarrollo de esta regulación en los últimos años y cuál parece que va a ser el futuro inmediato y las modificaciones que aparentemente están por llegar.

La primera conclusión a la que podemos llegar en relación a la regulación de desempleo, es que el legislador ha mantenido la estructura fundamental del sistema de protección por desempleo, pues no se han producido reformas de la misma.

Si bien se han introducidos reformas de especial interés en el Sistema de Seguridad Social, la regulación de la prestación por desempleo no es, ni ha sido, el objetivo central del esfuerzo del legislador en cuanto a reformas de calado que cuestionen la estructura de la protección del desempleo tal como lo conocemos desde hace ya algunas décadas (desde mitad de los años 80 con la aprobación de la Ley 31/1984, de 2 de agosto de protección por desempleo). Es evidente que el esfuerzo del legislador parece centrarse en otros mecanismos de protección, especialmente las pensiones: sobre todo las de jubilación en el

futuro inmediato, pero anteriormente, con las modificaciones generadas por el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social alcanza de 2006 que da lugar a la Ley 40/2007, que incide tanto en las pensiones de jubilación, así como en las de invalidez, o las de muerte y supervivencia. Bien podemos decir que la atención que ha prestado el legislador a la prestación por desempleo en los últimos años ha sido limitada, e incluso marginal. Desde mi punto de vista ello parecería expresar la “satisfacción” que ha venido sintiendo el legislador ante esta regulación, no habiendo encontrado motivos que generasen la necesidad de alterar la regulación.

La cuestión es de especial importancia, pues una de las constantes en los planteamientos de la flexiseguridad (al menos en su configuración originaria y no en la que se ha aplicado, travestida, por nuestro legislador), es justamente la necesidad de modernizar los sistemas de protección social y mejorar la protección por desempleo. La flexiseguridad, fue introducida en la UE fundamentalmente de la mano de Dinamarca y su famoso “triángulo dorado”¹, que en líneas generales tiene los siguientes vértices: facilitar a los empresarios una dosis óptima de flexibilidad; dotar a los trabajadores de una mayor seguridad, sobre todo desde el punto de vista de la protección de Seguridad Social en materia de desempleo; así como favorecer las políticas activas de reingreso en el trabajo (en definitiva, hacer más libres la contratación y la extinción, establecer programas de subsidios generosos en caso de desempleo y activación del desempleado tanto desde el punto de vista formativo como en acciones de retorno)².

Desde este punto de vista se ha manifestado cómo la seguridad se proyecta sobre el mercado de trabajo, es decir, sobre la permanencia en el mercado de trabajo y no en el puesto de trabajo. Ello implica seguridad en el empleo, que se consigue a través de garantizar que los trabajadores que podrán encontrar fácilmente un puesto de trabajo en todas las etapas de su vida activa, así como prestaciones de desempleo suficientes y adecuadas para facilitar las

¹ Tal como señala Rodríguez-Piñero, M., la flexiseguridad danesa “es equipar a la gente para un cambio constante, facilitar el aprendizaje durante toda la vida, adoptar una política de mercado de trabajo activada con derecho y deber de formación, establecer altas prestaciones de desempleo para ayudar en las transiciones entre empleos, asegurar mayor estabilidad social y personal pese a una menor protección o estabilidad en el puesto de trabajo con relación a los sistemas más rígidos de empleo y de menor flexibilidad, convirtiendo así la flexibilidad no en un elemento de precariedad sino en una mayor oportunidad de empleo y al garantizar un aumento global de la ocupación y de mejora de la empleabilidad, de modo que no sea un drama la pérdida del puesto de trabajo”. Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, *Relaciones Laborales* Tomo II de 2007, página 124.

² Jaspers, T.: “Flexiseguridad: ¿Es la respuesta acertada a la modernización del Derecho del Trabajo? Una perspectiva holandesa”, en AA.VV., coordinados por Landa Zapirain, J.P., *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Bomarzo, Albacete 2009, página 89.

transiciones de un empleo a otro. Ello supone regular unas buenas prestaciones de desempleo (pero que no tengan efectos perjudiciales sobre la búsqueda de empleo)³.

Pues bien, es evidente que la intervención del legislador en España para utilizar el desempleo como mecanismo de flexiseguridad no ha pasado precisamente por la vía de potenciar estructuralmente la protección por desempleo. En realidad, las modificaciones en este sentido se han orientado más hacia la conexión de las prestaciones por desempleo, con las finalidades de las políticas activas de empleo; a través de condicionar el acceso a las prestaciones de desempleo al cumplimiento de obligaciones relacionadas con la búsqueda de empleo o el desarrollo de actividades que facilitan que encuentre un puesto de trabajo; también, como no, se condiciona el disfrute de las prestaciones de desempleo a medidas de “workfare”⁴.

Desde mi punto de vista, desde mitad de la década pasada tan sólo se han producido dos movimientos que implican cambios estructurales en materia de desempleo: en primer lugar, la consolidación de la renta activa de inserción como mecanismo de protección de los trabajadores sin empleo. En segundo lugar, la regulación de una prestación de “desempleo” que amplía la acción protectora de los trabajadores autónomos, la prestación por cese de actividad. La primera afecta en realidad a un conjunto de sujetos protegidos relativamente reducido y casi se configura como un mecanismo complementario de la acción protectora básica en materia de desempleo. Mayor importancia tiene la segunda novedad, pues implica realmente una alteración sustancial de la protección del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, una importante ampliación.

El segundo elemento o línea de desarrollo de la normativa de desempleo a lo largo de estos años hace referencia al impacto que ha tenido la crisis económica en la actuación del legislador. Sin lugar a dudas la crisis ha generado todo un conjunto normativo de especial interés, que ha ido apareciendo a lo largo de los últimos años. Estamos ante una regulación consecuencia de la crisis económica; motivada y justificada, no por la necesidad de mejorar la estructura de protección, sino simplemente por la necesidad de facilitar, con

³ Vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”, COM (2007) 359 final, de 27 de junio de 2007.

⁴ La lógica es la siguiente: unas buenas prestaciones de desempleo, no sólo suponen tener inmovilizados unos importantes recursos económicos para pagarlas, sino que además, se desincentiva la búsqueda de empleo, pues el trabajador sólo querrá encontrar empleo si lo percibido en el nuevo empleo es más que la cantidad que abona el sistema de Seguridad Social como prestación de desempleo. Sobre esta cuestión Martín, C.: “El mercado de trabajo español en perspectiva europea”, Papeles de Economía Española nº 72 (1997), página 13.

carácter transitorio, un incremento de la protección por desempleo a aquellos que ya están fuera del ámbito de la regulación ordinaria de desempleo.

La dureza de esta crisis, su persistencia en el tiempo, ha provocado la aparición de una masa de desempleados que han ido consumiendo, poco a poco, sus prestaciones ordinarias de desempleo generando así una situación de desprotección que afecta a un número creciente de ciudadanos. Es esta la realidad social que ha motivado la aparición de esta nueva regulación en materia de desempleo.

Ante esta realidad, el legislador ha intentado reaccionar a través de normas de carácter marcadamente excepcional; de modo que este conjunto normativo se configura como un verdadero Derecho de excepción. Esta excepcionalidad se plantea tanto desde la perspectiva de que es una normativa que no afecta a la estructura básica del sistema de protección por desempleo, que es temporal y que pretende atender a colectivos en situación de especial desprotección. De otro lado esta excepcionalidad se proyecta también sobre el procedimiento a través del cual se plasma esta regulación: se ha venido utilizando con profusión el Real Decreto-Ley. Ahora bien, también debemos señalar que el tiempo ha ido pasando, la crisis se ha mantenido, y el incremento del desempleo no cesa: está dejando de ser un fenómeno meramente puntual, para convertirse en algo mucho más estable de lo que parecía en un principio; lo que hace que dudemos de que el problema se resuelva con simples medidas coyunturales y que la vía adecuada sea la de acudir a la legislación de urgencia.

Se trata, por tanto, de una regulación coyuntural (no afecta a la estructura básica de la protección por desempleo), transitoria (están previstas sólo para ser aplicadas durante cortos períodos de tiempo, incluso en algún caso se han previsto normas de prórroga, lo que evidencia la poca previsión del legislador, pues es evidente que la realidad de esta crisis económica está adquiriendo un carácter de larga duración y no es un fenómeno puntual o de corta duración), y que fundamentalmente está destinada a satisfacer la situación de aquellas personas que ya no están protegidas por los mecanismos de protección ordinaria (la prestación o el subsidio por desempleo).

Desde mi punto de vista, la transitoriedad de esta regulación y, sobre todo, el hecho de que esté destinado a personas que no tienen ya mecanismo de protección ante la situación de pérdida de empleo, hace que se cuestione el carácter netamente contributivo de estas prestaciones: ciertamente se aplican a trabajadores que han consumido las prestaciones ordinarias de desempleo, funcionando como una especie de última red de seguridad tras el agotamiento de los subsidios. No obstante, es evidente que al funcionar como un último escalón de protección (agotados los escalones anteriores), aún cuando formalmente no podamos decir que son prestaciones no contributivas, es evidente que esta situación cuestiona directamente la contributividad de estas prestaciones,

pues altera la relación entre lo cotizado y lo percibido.

Para terminar, hemos de señalar que estas normas que introducen nuevos mecanismos de protección con carácter temporal o coyuntural, siguen de manera directa una de las características actuales de la protección de desempleo: la política pasiva se utiliza como mecanismo que refuerza las políticas activas, de manera que para acceder a la protección, el beneficiario debe cumplir determinadas obligaciones vinculadas al desarrollo de actividades formativas, que mejoran la empleabilidad del desempleado, su capacidad para poder encontrar un nuevo empleo. En este sentido, se vinculan las prestaciones a la realización de actividades de inserción profesionales.

2. REFORMAS ESTRUCTURALES AL DESEMPLEO GENERADAS POR LA CRISIS ECONÓMICA

2.1 El Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social y la protección por desempleo: ausencia de novedades en la regulación de desempleo

Poco o casi nada aporta este Proyecto sobre la protección por desempleo: tal como he señalado con anterioridad, el foco de atención del legislador se ha puesto sobre las pensiones, no sobre el subsidio de desempleo. En buena medida ello es consecuencia de planteamientos ajenos a la actuación de nuestro legislador, pues en estos momentos está plenamente influido por los planteamientos de la UE. Sobre la cuestión podemos señalar lo dispuesto por el Libro Verde, en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros⁵; donde el desempleo interesa, no desde el punto de vista de la protección social y la mejora de la misma, sino simplemente como fenómeno (la pérdida del empleo y la necesidad de otorgar prestaciones que generan un gasto) que pone en peligro la estabilidad financiera futura de los Sistemas de Seguridad Social.

En la misma dirección, el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, de 2 de febrero de 2011, tampoco dedica mayor atención a las prestaciones en materia de desempleo. Tan sólo se establece la necesidad de establecer un programa de recualificación profesional de las personas que hayan agotado su protección por desempleo destinado a los desempleados que hayan percibido prestaciones por desempleo y las agoten. Es decir, se recoge en este Acuerdo la medida que, inmediatamente después de la firma del mismo, se traslada al Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de

⁵ Com (2010) 365 final, de 7 de julio de 2010.

febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas (BOE de 12 de febrero). Sorprende que un Acuerdo como este el único planteamiento destinado a la protección por desempleo sea una medida de carácter estrictamente coyuntural y de duración meramente temporal, pues en el mismo texto del Acuerdo ya se señala que la medida tendrá una duración de seis meses. Al respecto debe tenerse en cuenta que aún cuando este Programa es formalmente diferente, ya el RD-Ley 10/2009 establecía una prestación de similar finalidad que por diferentes vías ha venido prorrogándose hasta la actualidad. Esto significa que por diferentes vías, se ha mantenido desde el 16 de agosto de 2009 hasta, al menos, el 16 de agosto de 2011. Lleva pues dos años de funcionamiento. A la luz de la evolución de la misma, podemos hablar de cierta apariencia de “estabilidad” en el mecanismo de protección.

En cuanto al Proyecto de Ley, podemos señalar que, desde la perspectiva de la protección por desempleo, estamos ante un yermo páramo. En realidad la única novedad que aporta el Proyecto se produce en sentido negativo (por no regularse, a diferencia del resto de prestaciones) se subraya la especialidad que supone la gestión de esta prestación: el Proyecto plantea la creación de una Agencia Estatal de la Administración Única de la Seguridad Social, siendo expresión del objetivo de incrementar la eficacia en la gestión del Sistema; pues bien, queda fuera de esta Agencia la gestión de la prestación por desempleo (Vid. Disposición Adicional 7ª del Proyecto⁶). Probablemente el argumento para sostener esta exclusión sea la especialidad de esta prestación, que en la visión más moderna de la misma se plantea como un instrumento cada vez más al servicio de las políticas activas de empleo (en cuya gestión intervienen de manera directa las CC.AA.), con una finalidad ajena a la protección social. En todo caso, desde mi punto de vista no había mayor impedimento para incluir la gestión de la prestación de desempleo (políticas pasivas) dentro de esa Agencia. Pero a partir de aquí no encontramos en modo alguno, ninguna otra referencia a la protección por desempleo.

2.2 Últimas reformas de la LGSS en materia de desempleo

En cuanto a las alteraciones en la regulación legal de la prestación contributiva o el subsidio asistencial contemplados en la LGSS (arts. 203 y ss); podemos señalar como se ha introducido un interesante conjunto de novedades a través del RD-Ley 10/2010, posteriormente plasmadas en la Ley 35/2010, siendo evidente que muchas de estas modificaciones están orientadas por la situación de crisis económica.

⁶ De igual manera la Disposición Adicional 7ª del Anteproyecto de Ley.

2.2.1. Desempleo parcial: regulación complementaria a los expedientes de regulación de empleo de reducción de jornada

De entrada, se reconfigura el desempleo parcial (art. 203.2 y 3 LGSS y art. 201.5 LGSS). No se trata, ni mucho menos de una novedad, pues es una institución jurídica que ha venido existiendo en nuestro ordenamiento desde hace tiempo⁷; lo que ocurre es que el legislador ha impulsado enormemente dicho instrumento de protección de los trabajadores, como consecuencia de su vinculación a la posibilidad e reducción de la jornada de trabajo a través de expediente de regulación de empleo que ahora se recoge de manera expresa en el art. 47.2 ET. La reducción del tiempo de trabajo se plantea como una alternativa a la pérdida del empleo, lo cual, en el planteamiento de flexiseguridad supone un reforzamiento de la seguridad en el empleo⁸. Pero, además, se requiere para garantizar esa seguridad un mecanismo adecuado de protección social; de ahí que se haya modificado también la regulación en materia de desempleo. En realidad, las modificaciones de la LGSS en materia de desempleo no suponen un incremento de protección sino una adaptación a la nueva regulación sobre reducción de jornada de trabajo. En realidad, la nueva regulación del desempleo parcial en estos casos no sería sino un mecanismo complementario a la medida principal, la reducción de la jornada como instrumento dirigido a evitar la extinción de los contratos de trabajo.

El objetivo, por tanto, es el de evitar que personas con contrato, puedan perder su puesto de trabajo, reduciendo la jornada de trabajo, ayudando al empresario que no tendrá que pagar la totalidad del salario durante el tiempo que se reduce la jornada, permitiendo el cobro parcial de la prestación por desempleo al trabajador, que no sufrirá una reducción drástica de sus rentas; con ello se consigue evitar el despido⁹, manteniendo viva la relación laboral, y al mismo tiempo facilitar una renta económica suficiente al trabajador pese a la reducción de la jornada y la paralela reducción del salario.

La nueva regulación supone una reformulación del desempleo total y parcial (art. 203 LGSS), de manera que se va a considerar desempleo total, el

⁷ García Ninet, J.I.: “Tiempos de crisis (...)”, op. cit., página 12.

⁸ Con esta medida el legislador lo que pretende es fomentar entre empresarios y trabajadores una medida alternativa y diferente a la amortización de puestos de trabajo cuando haya causas colectivas. Con ello se favorece la flexibilidad de la plantilla, pero sin la extinción de los contratos de trabajo, pudiendo obtenerse el equilibrio entre la plantilla y las necesidades productivas sin causar daño al interés del trabajador de mantener su puesto de trabajo. Lo que se hace es acercar el ordenamiento español al mecanismo típico del ordenamiento laboral alemán del *kurzarbeit*, o reducción de la jornada como instrumento de ajuste temporal del empleo. En este sentido vid. García Ninet, J.I.: “Tiempos de crisis y diálogo social: ideas y propuestas de soluciones”, *Tribuna Social* n° 231 (2010).

⁹ Pumar Beltran, N.: “La influencia de las medidas activas de empleo en la normativa de protección social: el ejemplo de Alemania”, *Temas Laborales* n° 63 (2002), página 50.

cese temporal o definitivo de la actividad; es decir, que no se desarrolla trabajo alguno de manera definitiva (extinguiéndose el contrato) o bien de manera temporal (como consecuencia de una regulación de empleo de carácter meramente temporal, una suspensión del contrato en definitiva). Además, también se entiende como desempleo total, el cese total de la actividad por días completos, continuados (de nuevo una suspensión) o alternos (una reducción de la jornada¹⁰), durante, al menos una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión de contrato o reducción de la jornada autorizada por la autoridad competente. Esto significa que en caso de suspensión del contrato de trabajo ex art. 47.1 ET se accederá al desempleo total; pero literalmente también puede generar desempleo total la reducción de la jornada ex art. 47.2 ET, cuando esta se plasma en paralización plena de la actividad laboral durante, al menos, una jornada completa o varios días alternos¹¹.

Por desempleo parcial, se considera (art. 203.3 LGSS) la reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo, entre un mínimo del 10% y un máximo del 70%, siempre que se reduzca el salario de manera análoga¹²; entendiendo por reducción temporal la que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que pueda ser definitiva (debe tenerse en cuenta que al ser necesario la tramitación del expediente, una reducción de jornada pactada individualmente no daría lugar a la prestación por desempleo, lo cual era destacado por la doctrina laboral con anterioridad a la reforma y bajo el régimen jurídico anterior¹³). Consecuentemente, en caso de reducción de la jornada, se accederá al desempleo parcial. Ahora bien, tal como se configura la distinción entre desempleo total y parcial, hay que destacar que a tenor de la literalidad, la reduc-

¹⁰ Recordar que el art. 47.2 ET se refiere a la reducción entre un 10 y un 70% de la jornada, computada “sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual”; lo cual permitiría justamente que la reducción pueda realizarse en días alternos.

¹¹ Recordemos a este respecto que el art. 47.2 ET señala que la reducción de jornada puede producirse entre un 10% y un 70% de la jornada, pero computado sobre módulo de jornada diaria, semanal, mensual o anual; por lo que sería factible una reducción de estas características. En este sentido, incluso algún sector doctrinal reclama que sería necesario hacer constar expresamente en el art. 208 LGSS la existencia de una nueva situación legal de desempleo, total, por reducción de la jornada de trabajo en los términos del art. 203.2 LGSS; así Velasco Portero, M.T. y Fröhlich, M.: “Los sistemas alemán y austriaco como modelos de referencia de la reforma laboral en España”, *Actualidad Laboral* n° 14 de 2010, página 1675.

¹² Téngase en cuenta que esta nueva regulación legal ha supuesto también la alteración de la normativa reglamentaria, concretamente el art. 1.4 del RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo. Esta modificación se ha realizado a través del RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

¹³ Vid., por ejemplo Monereo Pérez, J.L. y Viñas Armada, J.M., en AA.VV., dirigidos por J.I. Monereo Pérez y M.N. Moreno Vida, *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada 1999, página 1736.

ción de la jornada ex art. 47 ET no conduce necesariamente al desempleo parcial, pues, tal como hemos señalado antes, dado que la disminución entre el 10% y el 70% de la jornada puede computarse sobre jornada diaria, semanal o mensual, es posible que haya reducciones que se traduzcan en trabajar la jornada normal, pero menos días, de manera que haya días concretos en los que no se desarrolla prestación laboral en absoluto, lo cual encaja en la literalidad del desempleo total tal como se configura por el nuevo art. 203.2, pues se trata de una situación en la que se produce el cese total durante días completos, alternos, durante la menos una jornada ordinaria y en virtud de reducción de jornada autorizada. Desde mi punto de vista hubiese sido más adecuado formalmente reconducir las reducciones de jornada exclusivamente al desempleo parcial. Por otra parte, las reducciones de jornada por debajo del 10% o por encima del 70% (especialmente acuciante es la situación en este último caso) no generan derecho a la prestación por desempleo parcial (sólo quedaría la posibilidad de acceder al desempleo total cuando la reducción consista en cese por días completos continuados o alternos ex art. 203.2 LGSS). Más aún, la reducción de jornada por acuerdo individual entre empresario y trabajador, tampoco genera derecho al desempleo, pues como señala el art. 203.3 LGSS es necesaria la autorización administrativa en el marco de un expediente de regulación de empleo.

En la línea de coordinar la reducción de jornada del art. 47.2 ET con la prestación por desempleo, se modifican otras normas, por ejemplo, en materia de delimitación de la situación legal de desempleo recogida en el art. 208.3 LGSS (si bien, tal como ha señalado agudamente algún autor, dicho precepto no recoge como situación legal de desempleo la del trabajador afectado por reducción temporal de jornada por días completos recogida en el art. 203.2 LGSS como desempleo total¹⁴), o a la precisión de que el consumo de prestaciones de desempleo parcial, se realiza por horas y no por días (art. 210.5 LGSS).

2.2.2. Ampliación (parcial) de la protección por desempleo en los contratos para la formación

Una importante novedad en materia de protección por desempleo, que además supone una verdadera ampliación de la protección por desempleo, es la modificación del art. 11.2 letra i) ET en materia de contratos para la formación; reforma que consiste en afirmar el derecho de los trabajadores con contrato para la formación a la protección por desempleo¹⁵. Es evidente que la regulación anterior suponía una protección disminuida para estos trabajadores

¹⁴ Velasco Portero, M.T. y Frölich, M.: “La reforma (...)”, op. cit., página 24 del original.

¹⁵ Lo cual supone no sólo la alteración del ET, sino también lo dispuesto por la Disp. Adic. 6ª LGSS y la introducción de una nueva Disp. Adic. 49ª (en materia de cotización por desempleo en el contrato para la formación), lo que, a su vez, implica entender modificado lo dispuesto por el art. 14.1 RD 488/1998.

respecto de los trabajadores con contrato ordinario, lo cual, a mi juicio, era una situación criticable¹⁶. Entiendo que la motivación de esta alteración reside en el hecho de que el legislador ha apostado por esta modalidad contractual (sobre todo desde el punto de vista de la mejora de la empleabilidad de los trabajadores sin experiencia profesional previa. Ello supone facilitar al empresario este tipo de contratos, potenciándolo enormemente, al considerar que es una vía para reconducir al mercado de trabajo al colectivo de trabajadores jóvenes sin capacitación profesional alguna, mejorando a través de esta modalidad contractual su empleabilidad. Para ello se ha establecido una beneficiosa regulación sobre bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos para la formación (art. 11 de la Ley 35/2010), haciendo especialmente apetitosa esta modalidad; si bien a cambio se ha dignificado la modalidad sobre todo a través de la mejora en la protección social, viniendo así a demostrar lo acertado de las críticas que se habían venido haciendo a esa protección disminuida, que no estaba realmente justificada por motivo alguno, más allá que el planteamiento del legislador de hacer lo más barata posible esta modalidad al empresario¹⁷.

Sin embargo, la ampliación de la protección en materia de desempleo a los trabajadores con contratos para la formación no es completa: se mantiene la acción protectora debilitada y sin derecho a las prestaciones por desempleo de los trabajadores con contrato para la formación, cuando estén incluidos en programas de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo (Disposición Adicional 3ª de la Ley 35/2010)¹⁸. La exclusión es, a nuestro juicio, criticable y obedece a la necesidad de facilitar un abaratamiento de estos tipos de contratos al promotor (normalmente una Administración pública). En justa correspondencia con esta limitación de la protección por desempleo, no se podrá acceder a las bonificaciones a la contratación previstas para este tipo de contratos.

2.2.3. Medidas de activación de los desempleados

Un tercer ámbito de modificaciones surge en relación a la coordinación de la actuación de los Servicios Públicos de Empleo y del SPEE, lo cual tiene importancia por el hecho de que ciertas condiciones para acceder a la prestación

¹⁶ Vid. sobre la cuestión Ojeda Aviles, A. y Gorelli Hernández, J.: Los contratos de trabajo temporales” Iustel, Madrid 2006, páginas 370 y 371.

¹⁷ Debe tenerse en cuenta que la Disposición Transitoria 8ª de la Ley 35/2010, establece que para los contratos vigentes antes del 18 de junio de 2010 (fecha de entrada en vigor del RD-Ley 10/2010) sigue siendo de aplicación la normativa anterior; si bien, a partir de esa fecha, resultad de aplicación a los contratos prorrogados, la cobertura de la contingencia de desempleo.

¹⁸ Debemos aclarar que este tipo de reducción en la tutela de Seguridad Social es conforme a lo previsto en la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (vid. cláusula segunda del Anexo).

de desempleo, deben instrumentalizarse a través de la actuación de los Servicios Públicos de Empleo (compromiso de actividad, aceptar oferta adecuada de empleo, participar en trabajos de colaboración social, desarrollo de actividades de mejora de la capacidad de inserción o de la empleabilidad, búsqueda activa de empleo etc.). Estas obligaciones son desarrolladas por el desempleado receptor de prestaciones gracias a la intervención de las entidades gestoras de las políticas activas de empleo, que están transferidas a las CCAA; de ahí que el legislador haya considerado conveniente regular de manera expresa la vinculación del receptor de prestaciones con los Servicios Públicos de Empleo a los efectos de participar en todas estas actividades: se da nueva redacción a preceptos como los arts. 27, 28 de la Ley 56/2003; más aún, se modifica la propia regulación de Seguridad Social para adaptarla a la existencia de agencias de colocación, que deberían tener un importante papel futuro; así ha ocurrido con el art. 231.1 LGSS, precepto que además establece una notable reducción en el plazo durante el cual es voluntario para los beneficiarios la participación en acciones de mejora de la ocupabilidad: se han reducido de los 100 primeros días de prestación, a sólo los primeros 30 días de prestación. A partir de ahí la participación será obligatoria¹⁹.

Esto significa que tras un período inicial, que podemos denominar “pasivo” (pues durante el mismo se está percibiendo una prestación netamente contributiva, pues en realidad la misma se paga simplemente por cumplir con los requisitos de carencia y situación legal de desempleo), sigue un período “activo” del beneficiario, donde la percepción de la prestación queda realmente condicionada al cumplimiento de las obligaciones de activación, pudiendo ser sancionado el desempleado si incumple las obligaciones de participación en los mecanismos de políticas activas. En esta segunda fase a las exigencias típicamente contributivas se une un nuevo tipo de requisitos para disfrutar el derecho a la prestación, por los cuales el desempleado debe “activarse”. Resulta evidente que el período pasivo, de disfrute netamente contributivo de la prestación se ha reducido notablemente. Es evidente que con ello lo que se pretende es forzar la participación de los beneficiarios de prestaciones en este tipo de actividades de mejora de la ocupabilidad.

La política de empleo de este Siglo XXI se caracteriza, no sólo por el hecho de que las activas tomen más importancia que las pasivas, sino por la necesidad de coordinar ambos planteamientos, de manera que el desempleado no sea simplemente un sujeto susceptible de protección social a través de las prestaciones de desempleo, sino que va a ser objetivo principal de la política

¹⁹ Sobre esta cuestión vid. Gorelli Hernández, J.: “I servizi per l’occupazione in Spagna: dell’intermediazione al collegamento tra politiche attive e passive”, en AA.VV., coordinada por C. Lagala y M. D’Onghia, “Politiche di attivazione dei disoccupati in Europa”, Ediesse, Roma 2010, página 272.

activa, de manera que se busca implicarlo de manera directa para procurar que de la manera más rápida posible abandone esa condición y encuentre empleo. Se condiciona de esta manera el acceso a las prestaciones de desempleo al cumplimiento de obligaciones relacionadas con la búsqueda de empleo o el desarrollo de actividades que facilitan que encuentre un puesto de trabajo; también, como no, se condiciona el disfrute de las prestaciones de desempleo a medidas de “workfare”²⁰.

Las medidas en esta dirección no son precisamente nuevas en nuestro ordenamiento, pero es evidente que con estas modificaciones se refuerza esa perspectiva, a tenor de la cual la prestación por desempleo se configura como una contraprestación a cambio de la participación activa del desempleado en actuaciones dirigida a facilitarle un nuevo puesto de trabajo.

3. MEDIDAS COYUNTURALES DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

Uno de los elementos que ha caracterizado a la actuación del legislador en el período inmediatamente anterior, ha sido la enorme fertilidad en la aportación de mecanismos coyunturales en materia de desempleo. Cuando hablamos de coyunturalidad nos referimos al hecho de que tales medidas incrementan la protección de los trabajadores en situación de desempleo, si bien sólo exclusivamente de manera temporal²¹. No se trata de innovaciones que están destinadas a prolongarse en el tiempo, sino de medidas que surgen para dar solución a la falta de protección generada por la actual situación de crisis económica, que genera cada vez más trabajadores que agotan la percepción de prestaciones o subsidios, sin tener aún alternativa real para reintegrarse a un empleo, dejando, por tanto, de percibir rentas.

La coyunturalidad de estas medidas implica también que haya una cierta improvisación en las mismas, son medidas que no son precisamente fruto de un estudio concienzudo y detenido por parte del legislador de las verdaderas necesidades del Sistema de Seguridad Social, establecidas para salir del paso de una situación de incremento del desempleo. Es evidente que no se trata de

²⁰ La lógica es la siguiente: unas buenas prestaciones de desempleo, no sólo suponen tener inmovilizados unos importantes recursos económicos para pagarlas, sino que además, se desincentiva la búsqueda de empleo, pues el trabajador sólo querrá encontrar empleo si lo percibido en el nuevo empleo es más que la cantidad que abona el sistema de Seguridad Social como prestación de desempleo. Sobre esta cuestión Martín, C.: “El mercado de trabajo español en perspectiva europea”, *Papeles de Economía Española* n° 72 (1997), página 13.

²¹ Vid., por ejemplo Fernández Orrico, F.J.: “Una primera respuesta a la «crisis laboral» mediante medidas de fomento y mantenimiento del empleo y de protección por desempleo (RD-Ley 2/2009, de 6 de marzo)”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* n° 84 (2010), página 142.

medidas que tengan vocación permanente²², aún cuando se están empezando a prolongar más allá de lo previsto inicialmente.

De otro lado hay que señalar que estas medidas no están destinadas a ofrecer mecanismos de protección a quienes no tienen derecho a prestaciones o subsidios de desempleo según la regulación básica; sino simplemente a alterar los períodos de protección que según la regulación básica de protección de desempleo tienen o han tenido derecho a la protección contributiva o asistencial por desempleo. No estamos, por tanto, ante verdaderas ampliaciones subjetivas de la protección por desempleo.

De otro lado la vinculación entre crisis económica y coyunturalidad es la norma general; no obstante, en otros casos la coyunturalidad es debida a motivos totalmente diferentes y que nada tienen que ver con esta cuestión²³.

3.1. La reposición del derecho a la prestación por desempleo

Comenzando por el conjunto de medidas como consecuencia de la situación, encontramos la reposición del derecho del trabajador a percibir la prestación por desempleo; es decir, la posibilidad de volver a percibir dicha prestación. El origen de la regulación de esta posibilidad la vamos a encontrar en el art. 3 del Real Decreto-Ley 2/2009, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, siendo esta medida reiterada por normativa posterior que ha ido añadiendo algunas alteraciones o modificaciones a la regulación originaria: concretamente la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgente para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas²⁴ (Art. 3), regulación que fue par-

²² En este sentido Fernández Orrico, F.J.: Op. cit., página 143.

²³ En este sentido podemos ver lo establecido por el art. 1º del RD-Ley 2/2010, de 19 de marzo, sobre reducción del número mínimo de jornadas reales cotizadas para acceder al subsidio por desempleo o a la renta agraria a favor de los trabajadores eventuales agrarios afectados por las inundaciones acaecidas en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, que reducía el número mínimo de jornadas reales cotizadas para poder acceder al subsidio por desempleo o la renta agraria a favor de los eventuales agrarios cuando hayan sido afectados por las inundaciones acaecidas en los últimos meses en las CCAA de Andalucía y Extremadura.

²⁴ Debemos destacar que este RD-Ley, siguiendo una actuación reiterada en varias ocasiones por el legislador durante este período de tribulación, no sólo fue convalidado adecuadamente por Resolución de 26 de marzo de 2009, sino que posteriormente se tramita su contenido como proyecto de Ley. Esta es una práctica reiterada, lo que evidencia la situación de inseguridad en la actuación del Gobierno en materia de protección social y la continua necesidad de refrendo a su actuación que refleja su actual posición de debilidad: si bien el Gobierno encontró apoyos políticos para convalidar la norma, se admitía pero con la condición de tramitar a continuación un proyecto de Ley para poder negociar enmiendas al texto original; actuación que se ha hecho, en la mayor parte de los casos, de espaldas a los interlocutores sociales, dañando así el diálogo social. Sobre esta cuestión vid. Mella Mendez, L.: “Comentarios de urgencia a una norma de urgencia: el Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 20 (2009), página 2.

cialmente modificada (el apartado 1º del anterior art. 3) por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

En realidad hay dos situaciones diferentes que generan el derecho a la reposición. El primer supuesto se refiere a aquellos casos o situaciones en los que autorizada la empresa a reducir la jornada o a suspender los contratos por causas colectivas, si posteriormente la empresa es autorizada para realizar un despido colectivo (a través de resolución administrativa en un ERE o por resolución judicial en un procedimiento concursal) o acude al despido objetivo “plural”, nos vamos a encontrar que los trabajadores afectados por el despido colectivo ya habrán “gastado” parte de la prestación por desempleo (como consecuencia de la primera autorización de reducción de jornada o suspensión de contratos se habrá generado derecho al desempleo total o parcial), quedándoles un futuro de protección social muy reducido. Lo que se plantea a través de la reposición es que en estos casos que los trabajadores afectados, tendrían derecho a la “reposición” de la prestación de desempleo contributivo (como si no se hubiese gastado la prestación) por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial, con un límite de 180 días²⁵. Tal como ha destacado la doctrina laboral²⁶, en realidad la medida no es precisamente nueva en nuestro ordenamiento, pues ya en la antigua Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo (el antecedente inmediato de la regulación sobre prestación por desempleo que en hoy se recoge en la LGSS), ya se establecía una medida similar²⁷.

Para tener derecho a la reposición se establece una doble condición de carácter temporal: a) que la resolución administrativa o judicial de autorización de la suspensión o reducción se haya producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011; b) que la extinción del contrato se haya producido entre el 18 de junio de 2010 y el 31 de diciembre de 2012²⁸. Es evidente que, a tenor del establecimiento de estas condiciones, la medida va a ser meramente

²⁵ Inicialmente el RD-Ley2/2009 establecía sólo 120 días, siendo reiterada la cifra por la Ley 27/2009, ampliándose posteriormente a través de la Ley 35/2010 a los actuales 180 días.

²⁶ Fernández Orrico, F.J.: Op. cit., página 159.

²⁷ Concretamente establecía el art. 8.3 de la citada Ley que “Cuando se autorice a una empresa a reducir el número de días y horas de trabajo o a suspender los contratos de forma continuada o no, por tiempo inferior a seis meses, y posteriormente se autorice por resolución administrativa la extinción de los contratos, los trabajadores afectados por dichas autorizaciones tendrán derecho a la prestación por desempleo sin que se compute a efectos de la duración máxima del mismo el tiempo durante el que percibieron el desempleo parcial o total en virtud de aquéllas, siempre que no medie un plazo superior a un año desde que finalizó la suspensión o reducción y la efectividad de la extinción autorizada”.

²⁸ Hay que tener en cuenta que el juego de fechas que acabamos de señalar se ha ido alterando por las diversas normas que hemos señalado anteriormente. Ciertamente el baile de fechas puede generar alguna inseguridad en cuenta a cuál es la regulación aplicable en cada momento, lo cual se resuelve a través de la Disp. Trans. 5ª. 2 de la Ley 35/2010, que remite a los trabajadores despedidos antes del 18 de junio a la regulación vigente en el momento de su extinción.

temporal, pues a partir del 31 de diciembre de 2012 la medida desaparecerá de nuestro ordenamiento. Al fijarse las fechas con precisión se está dejando fuera a trabajadores que se hayan visto afectados por situaciones que entrarían en el supuesto de hecho de la norma, pero que fueron despedidos con anterioridad al momento señalado (o que sean despedidos con posterioridad al 2012)²⁹, por lo que el derecho a la protección puede ganarse o perderse en función del momento en que el trabajador se ve afectado por un conjunto de decisiones que son totalmente ajenas a su voluntad; lo cual puede ser un elemento de presión a la hora de plantear un nuevo expediente de regulación de empleo (que si se resuelve dentro de ciertas fechas garantiza una mayor protección a través del derecho a la reposición).

Debe tenerse en cuenta que la reposición será de aplicación cuando el trabajador afectado por la extinción, reanude el derecho a la prestación por desempleo que disfrutaba con anterioridad, opte por disfrutar de la reapertura del derecho a la prestación inicial³⁰ o bien haya agotado durante la suspensión o reducción de jornada la prestación y no haya generado un nuevo derecho. En los dos primeros casos (reanudación del derecho a desempleo suspendido u opción por reapertura del derecho que disfrutaba con anterioridad), el trabajador disfrutará de la reposición, para agotada esta (a los 180 días o el número de días inferior que disfrutó en el primer período de percepción de la prestación de desempleo), pasar de nuevo a la prestación originaria por desempleo, en el mismo punto y con la misma duración a la que tenía derecho en función de su situación.

Debe tenerse en cuenta que la reposición se refiere exclusivamente a la prestación contributiva por desempleo, no a las prestaciones asistenciales. También debe señalarse que el hecho de verse afectado por dos medidas (suspensión o reducción en primer lugar, y extinción con posterioridad), no significa que ambas deban encadenarse sin solución de continuidad, pudiendo existir períodos de tiempo entre ambas, en los que el trabajador haya regresado a su prestación laboral ordinaria³¹.

²⁹ Este efecto fue criticado ya por Mella Mendez, L.: “Comentarios de urgencia (...)”, op. cit., página 10.

³⁰ Estaríamos en aquellos casos en los que tras la suspensión o reducción, el trabajador ha vuelto a trabajar o ha reiniciado el trabajo a jornada completa, durante un período de 12 meses, extinguiéndose, por lo tanto, el derecho a la prestación que anteriormente disfrutaba. En este caso, al haber trabajado ese período ha generado una nueva prestación, pudiendo optar, si ve extinguido su contrato entre el disfrute de la nueva prestación generada por las nuevas cotizaciones o el reabrir el período restante de la prestación anterior; todo ello según lo dispuesto por el art. 210.3 LGSS.

³¹ Lo prueba el hecho de que se conceda la reposición también en aquellos casos en los que el trabajador opte por la reapertura del derecho inicial a la prestación por desempleo ex art. 210.3 LGSS, pues ello sólo es posible cuando haya realizado una prestación de trabajo de al menos 12 meses.

En segundo lugar, se genera el derecho a la reposición de la prestación en aquellos casos en los que autorizado un expediente de regulación de empleo o en virtud de procedimiento concursal, se suspendan los contratos de trabajo o se reduzca la jornada y los trabajadores hayan agotado la prestación por desempleo, resultando afectados posteriormente por un nuevo expediente o por una nueva resolución judicial en procedimiento concursal, que vuelva a reducir la jornada o suspenda los contratos. Concretamente surge el derecho a la reposición cuando los trabajadores afectados no hayan generado un nuevo derecho a la prestación contributiva por desempleo. En este caso la reposición será por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de la primera suspensión o reducción de jornada, con un tope máximo de 90 días. También en este caso está condicionada la reposición al hecho de que tanto la primera resolución administrativa o judicial como la posterior se hayan producido dentro de un determinado marco temporal³².

Quizás el elemento más criticable de esta segunda posibilidad de reposición reside en el hecho de que se exige el agotamiento de la prestación por desempleo; lo que podía conducir a situaciones rechazables desde el punto de vista del objetivo tuitivo perseguido por esta regulación: me refiero al hecho de que aquellos beneficiarios que no hubiesen agotado la prestación por desempleo (les faltase menos de 90 días para dicha finalización), no tendrán derecho a la reposición, quedando en una situación de enorme desprotección en comparación con aquellos que sí hubiesen finalizado la misma. Desde este punto de vista, había desempleados que cobrarían tres meses más de prestación que otros en función simplemente del agotamiento total de la prestación por desempleo contributivo.

Debe subrayarse que si un trabajador ha sido beneficiario de este segundo supuesto de reposición (afectado por una inicial reducción de jornada o suspensión colectiva, es nuevamente afectado por esta medida), no podrá beneficiarse de el primer supuesto de reposición; es decir, si posteriormente es nuevamente afectado por un despido colectivo u objetivo plural, no puede volver a gozar de un segundo derecho de reposición.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por reposición? Tal como indica la propia norma, se trata de la “reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo”. Es decir, el hecho de que en un primer expediente de regulación de empleo el trabajador haya consumido prestación por desempleo, la parte consumida será repuesta como consecuencia de resultar

³² En virtud de la regulación actualmente vigente la resolución administrativa o judicial inicial debe haberse producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2010; mientras que la resolución administrativa o judicial posterior, debe haberse producido entre el 8 de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2010. Esto significa que en estos momentos será ya difícil acudir a esta posibilidad de reposición en el derecho a la prestación por desempleo.

afectado por un segundo expediente, de manera que la reposición implica volver atrás en la duración de la prestación, como si no hubiera sido disfrutada, de modo que podrá volver a disfrutarse de nuevo.

Debemos subrayar que, a tenor del significado de reposición, no se trata de una nueva prestación por desempleo, sino de una prolongación de la prestación ya disfrutada, estamos ante la misma prestación. En este sentido el apartado 4 del art. 3 de la Ley 27/2009, que la reposición se aplica “al mismo derecho a la prestación por desempleo que se consumió durante la suspensión temporal o reducción temporal (...) La base de cotización y la cuantía a percibir (...) serán las mismas que las que correspondieron a los periodos objeto de reposición”³³. El mensaje del legislador es claro: el derecho de reposición significa volver a disfrutar la prestación ya consumida, de ahí que sea la misma cuantía. La reposición no es más que obtener la prestación contributiva por una segunda vez, en la misma cuantía, con la misma base de cotización, pero con una duración limitada.

En conclusión, a tenor de lo que estamos señalando no cabe sino afirmar que la reposición significa volver a disfrutar, de nuevo, parte de la misma prestación de desempleo contributivo agotada o consumida parcialmente, de manera que el disfrute de la prestación, que inicialmente tenía una determinada duración en función de las cotizaciones realizadas por parte del trabajador, se ve, en la práctica, ampliado hasta un máximo de 180 ó 90 días (duración del derecho de reposición)³⁴. Una consecuencia lógica del hecho que estemos ante la misma prestación de desempleo anterior, es que durante el período de reposición, sigue existiendo la obligación de cotizar por el trabajador en base a lo previsto en el art. 214.1 LGSS³⁵.

La consecuencia de este derecho de reposición es que un beneficiario, con un mismo período de cotización, puede acceder a una prestación de desempleo que se cobra dos veces. Es decir, que un período de cotización genera derecho a cobrar dos períodos de prestación. La cuestión, en realidad no es tan trascendental debido a que se ha limitado la reposición al disfrute durante un período

³³ Abundando más en esta dirección, debemos señalar como en el primer supuesto de reposición (cuando afectado inicialmente por un expediente de regulación de suspensión o reducción de jornada, posteriormente se despide al trabajador por despido colectivo u objetivo “plural”), se señala expresamente que la reposición actúa si no habiendo agotado la prestación de desempleo, se extinguió por trabajar más de un año y se opta “por la reapertura del derecho a la prestación de desempleo inicial”, y no por el disfrute de una nueva prestación generada con las nuevas cotizaciones.

³⁴ Tal como señala Fernández Orrico, F.J., la reposición supone “un estiramiento de la prestación por desempleo, pese a su agotamiento en determinadas circunstancias, así como la eliminación del período de espera exigido para causar derecho al subsidio por desempleo”; op. cit., página 144.

³⁵ En este sentido Mella Méndez, L.: Op. cit., página 12.

de tiempo reducido (180 días en el primer supuesto de reposición); pero es evidente que hay una cierta reducción del efecto de la contributividad en estos casos: no podemos decir que estemos ante una prestación no contributiva, pues lo primero que se exige en estos casos es que el trabajador haya disfrutado de una prestación contributiva como consecuencia del primer expediente de regulación de empleo; pero es obvio que al cobrarse dos veces se reduce ese principio de contributividad.

Tal como acabamos de señalar, el mecanismo de reposición no es absoluto, sino que está limitado; se trata de un derecho limitado de reposición³⁶. El límite es doble: se trata de una reposición de la duración de la prestación contributiva por el mismo número de días de prestación (total o parcial) que hubieran percibido en el primer período de reorganización productiva, y en todo caso no se podrá superar los 180 días de prestación como límite máximo³⁷; por lo tanto, no se trata de volver a disfrutar completamente la anterior prestación, sino tan sólo por un período máximo. Como es lógico, si durante el primer período se ha disfrutado de menos de 180 días de prestación.

Desde la óptica de que ese derecho a la reposición pretende facilitar una mayor protección al desempleado, habría que plantearse no obstante si tiene sentido el juego de estos dobles límites, que puede beneficiar a algunos en comparación con otros desempleados: dado que el trabajador sólo tiene derecho a la misma reposición que el número de días de prestación gastados en la primera fase de cobro del desempleo, con el tope de 180 como máximo, va a resultar que está en mejor condición quién más se haya acercado al tope; es decir, quien más prestación inicial de desempleo haya consumido, pues podrá reponer un derecho mayor. Esto supone que a igualdad de período cotizado y misma base de cotización, de dos trabajadores va a cobrar una mayor prestación por desempleo aquél que disfrutó una prestación inicial de desempleo derivada de un expediente de regulación de empleo de suspensión o reducción de jornada más larga (hasta 180 días): si cobro, v.gr una prestación de 170 días tendrá derecho a una reposición de 170 días; mientras que aquél que disfrutó de una prestación inicial de 100 días, solo tiene derecho a una reposición de 100 días. ¿No tendría más sentido suprimir el primer límite?

También es importante señalar los supuestos de incompatibilidad. Expresamente el art. 3.5 de la Ley 27/2009 señala que los trabajadores beneficiarios de un supuesto de reposición del segundo tipo (expediente de suspensión o reducción de jornada con prestación agotada y nuevo expediente de suspensión o reducción) no podrán posteriormente acceder a una reposición del primer

³⁶ Así lo expresa Mella Mendez, L.: Op. cit., página 10.

³⁷ En el segundo supuesto de reposición (expediente de suspensión o reducción de jornada, con agotamiento de la prestación y hay un segundo expediente de suspensión o reducción sin que hay dado tiempo a generar nueva prestación contributiva) el límite está en los 90 días.

tipo por ser afectados por un despido colectivo u objetivo “plural”. Sobre la cuestión hay una crítica que debe subrayarse: que la duración de la reposición del segundo tipo es muy inferior a la del primero (90 días frente a 180), por lo que hubiese sido más adecuado que la norma permitiese la compatibilidad en el exceso de duración.

Para terminar, debe tenerse en cuenta que desde el punto de la gestión del derecho a la reposición, se reconoce de oficio por la entidad gestora de la prestación si se trata de una reanudación o reapertura de la prestación por desempleo; pero si estamos ante un supuesto de agotamiento de la prestación por desempleo, deberá el beneficiario solicitar el derecho, siendo de aplicación lo previsto por el art. 209 LGSS. Ello supone que el trabajador debe inscribirse como demandante de empleo y debe firmar nuevamente el compromiso de actividad. En este último caso también debe tenerse en cuenta que a los efectos de evitar la pérdida de días de prestación, deberá solicitarse dentro del plazo de los quince días siguientes al momento en que se produzca la situación legal de desempleo (vid. art. 209.1 y 209.2 LGSS).

3.2. La prestación/ayuda extraordinaria para desempleados que hayan agotado la protección por desempleo

Un segundo mecanismo coyuntural de protección generado por la situación de crisis económica es el establecido por el RD-Ley 10/2009 y que ha sido prorrogado por diferentes vías³⁸. El punto de partida fue la regulación de un programa para facilitar una cobertura económica, de carácter extraordinario, para aquellas personas que habían agotado su prestación contributiva o el subsidio por desempleo y que además carecían de rentas económicas suficientes, condicionando la prestación a la participación del perceptor en un itinerario activo de inserción laboral. La duración del programa sería tan sólo de seis meses a partir de la entrada en vigor del RD-Ley 10/2009. La prestación consistía en el abono de una prestación por desempleo equivalente al 80% del IPREM mensual vigente en cada momento, teniendo una duración máxima de 180 días. Si bien durante la percepción de la misma no se cotizaba a la Seguridad Social, el beneficiario tenía derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria y a las prestaciones familiares.

Se trataba, por tanto, de ampliar la protección que ofrece el Sistema de Se-

³⁸ Hay que tener en cuenta que ya el RD-Ley 2/2008, de 21 de abril de medidas de impulso a la actividad económica autorizaba al Gobierno a la aprobación por acuerdo del Consejo de Ministros, de un plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral (art. 8), dentro del cual se incluía una “subvención” de 350 euros al mes y durante un plazo máximo de tres meses, para los trabajadores desempleados que participasen en las acciones de orientación, formación e inserción (art. 9).

guridad Social en materia de desempleo, pues en la práctica suponía la ampliación de la protección por 180 días más; de manera que el beneficiario, accede a la prestación contributiva por desempleo, tras agotarla pasa al disfrute del subsidio por desempleo, podrá acceder (si cumple los requisitos de carencia de rentas y de participación en las actividades de inserción laboral) a una nueva prestación extraordinaria por desempleo. De otro lado, en esta regulación se puntualiza que los beneficiarios sólo podrán obtener la prestación una sola vez (art. 1.3).

La prestación se justifica por la situación del mercado de trabajo, azotado por la crisis económica que se ha traducido en un crecimiento del desempleo; sin que estén funcionando los mecanismos de políticas activas para la creación del empleo.

Varias son las cuestiones que suscita esta regulación. De entrada, estamos ante una prestación extraordinaria, otorgándole en su denominación este mismo adjetivo calificativo. En realidad esto no es sino una manifestación del carácter meramente coyuntural de la medida; lo cual se manifiesta también por la duración meramente temporal del programa que sustenta esta prestación.

De otro lado, también es importante destacar que estamos ante una prestación con la que se cuestiona la contributividad en el ámbito de la protección por desempleo, pues con las mismas cotizaciones exigidas para acceder a la protección contributiva o a la asistencial, se abona una nueva prestación por desempleo, sin que se haya ampliado paralelamente el período de carencia.

La prestación está condicionada a la participación del beneficiario en un itinerario de inserción laboral. En realidad esta exigencia no es distinta de la establecida con carácter general para acceder a las prestaciones por desempleo, en este sentido vid. lo establecido por el art. 231.2 LGSS. Por lo tanto, a priori, no podemos decir que esta regulación supone un incremento de las obligaciones propias de los beneficiarios de la prestación por desempleo en materia de compromiso de actividad, o participación en actividades de mejora de la empleabilidad del trabajador. En cuanto a los itinerarios de inserción, los competentes para definir su contenido son los Servicios Públicos de Empleo de las CC.AA., correspondiendo a ellos la gestión de tales acciones, que además deberán ser financiadas con los presupuestos de cada Servicio. Esta doble estructura no es sino una consecuencia de la duplicidad de sujetos que intervienen en el ámbito de las políticas de empleo, activas y pasivas; requiriéndose una adecuada coordinación entre ambos sujetos.

Hay que subrayar la limitación subjetiva de este programa, pues afecta no a los desempleados en general, sino a los perceptores de prestaciones o subsidios por desempleo; lo que supone, en la práctica que aquellos que no disfruten de la prestación o el subsidio, no tendrán derecho a la prestación extraordinaria, lo que puede suponer realmente una desprotección del resto de

los desempleados que no hayan sido perceptores de la prestación o subsidio por desempleo; lo cual es criticable teniendo en cuenta sobre todo la escasa contributividad de esta prestación, que pese a ello deja fuera del incremento de tutela ante la situación de desempleo, justamente a quienes más desprotegidos están al carecer absolutamente de mecanismos de tutela. En todo caso cabría la posibilidad de acceder a la Renta Activa de Inserción.

Tal como hemos señalado la duración de este programa de protección fue meramente temporal, pues tan sólo tenía una duración de seis meses (a partir del 16 de agosto de 2009). Con posterioridad, la Ley 14/2009, de 11 de noviembre, por la que se regula el programa temporal de protección por desempleo e inserción, vino a reiterar la regulación establecida por el citado RD-Ley 10/2009³⁹, manteniendo la duración del programa en seis meses a partir del 16 de agosto de 2009, no hubo, por tanta incremento de la duración del mismo sino una transcripción casi mimética del RD-Ley. Sin embargo, el Real Decreto 133/2010, de 12 de febrero, determina la prórroga del programa temporal de protección por desempleo e inserción, regulado por la Ley 14/2009, de 11 de noviembre, concretamente por un nuevo período de seis meses, del 16 de febrero de 2010 al 15 de agosto de 2010. La prórroga se refiere a los desempleados que hayan agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo o los subsidios por desempleo establecidos en el art. 215 LGSS, lo cual unido al art. 1.3 de la Ley 14/2009, supone que con la prórroga de este programa, los que disfrutaron de la prestación extraordinaria bajo el binomio normativo RD-Ley10/2010-Ley 14/2009, tenían derecho a una nueva prestación extraordinaria de desempleo.

Posteriormente, el Real Decreto-Ley 12/2010, de 20 de agosto, prorroga nuevamente el programa de empleo temporal de protección por desempleo e inserción, regulado en la Ley 14/2009. No obstante, hay una interesante modificación respecto del programa regulado en la Ley 14/2009: se establece como requisito que sean trabajadores bien menores de 30 años, o mayores de 45 años, o bien con una edad comprendida entre 30 y 45 años siempre que tengan responsabilidades familiares en los términos del art. 215 LGSS (artículo único), lo que parece reforzar ese carácter de renta de subsistencia. De otro lado, la Disp. Adic. Única reitera la vinculación del programa a las políticas activas, señalando la necesidad de coordinar con las CC.AA los mecanismos de vinculación entre las políticas activas y la prestación extraordinaria por desempleo. La prórroga del programa se realiza entre el 16 de agosto de 2010 y el 15 de febrero de 2011.

³⁹ Se mantiene ese tortuoso sistema por el que aprobado el RD-Ley y pese a su convalidación expresa (por Resolución de 17 de septiembre de 2009), se tramita como proyecto de ley que deriva finalmente en una Ley, para así dar lugar a la apariencia de que se trata de una norma que ha sido negociada con otras opciones políticas y no impuesta por el Gobierno.

Con posterioridad, el Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas (BOE de 12 de febrero), reconfigura de nuevo estas prestaciones extraordinarias, dando lugar a la creación de un nuevo Programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (art. 2). Este programa se encadena temporalmente con la última prórroga del programa temporal por desempleo e inserción, pues protegerá a los desempleados que, a partir del 16 de febrero de 2011 agoten la prestación de nivel contributivo y no tengan derecho a los subsidios por desempleo o hayan agotado alguno de estos subsidios incluidas sus prórrogas. Se trata además de un programa, en consonancia con los anteriores, de carácter estrictamente temporal, pues su duración se limita a seis meses desde la entrada en vigor. No se habla ya de una prestación, ni siquiera de carácter temporal, sino que los participantes tienen derecho a realizar un itinerario individualizado y participar en medidas de política activa (en realidad, más que un derecho es una obligación de participación), percibiendo durante el desarrollo del mismo, y durante un máximo de seis meses, una “ayuda económica de acompañamiento” del 75% del IPREM mensual⁴⁰.

Sobre la cuestión, cabe destacar, de entrada, cómo se ha alterado el objetivo de este mecanismo respecto de lo previsto en el RD-Ley 10/2009 y la Ley 14/2009: estas dos normas planteaban una prestación extraordinaria, en el sentido que no existía en nuestro ordenamiento y que iba a tener una vigencia temporal reducida, una medida coyuntural diseñada para hacer frente a una presunta situación de incremento puntual del desempleo.

Sin embargo, aparentemente la nueva regulación introducida por este RD-Ley 1/2011 tiene un carácter marcadamente diferenciado: el acento se pone en el desarrollo de un programa de recualificación profesional, destinado a los trabajadores que han agotado su prestación por desempleo, y durante el mismo se tiene derecho a cobrar una “ayuda económica de acompañamiento”. Por lo tanto, lo esencial sería el desarrollo de un conjunto de mecanismos de reinserción o dirigidos a mejorar su cualificación, que facilite el acceso a un empleo; durante el mismo se percibiría una renta económica (75% IPREM). Ciertamente parecería que el legislador español pretende dar un giro en su actuación, fortaleciendo las políticas activas e incrementando la activación del desempleado. No obstante, desde mi punto de vista no creo que se haya producido, ni mucho menos un golpe de timón. En realidad no estamos sino ante la misma medida establecida ya en el RD-Ley 10/2009, pero con una cierta pintura de modernidad para que no parezca que se establece un incremento

⁴⁰ Las Resoluciones de 15 de febrero y 4 de abril de 2011 del SPEE (BOE de 16 de febrero y de 7 de abril), se establece la forma y plazos de presentación de las solicitudes y tramitación para la concesión de las ayudas económicas.

a la duración de la prestación por desempleo; pero en el fondo es justamente eso lo que se hace. No hay una actuación por la que se desarrolla un nuevo programa de inserción, pues estas medidas ya estaban, *grosso modo*, reguladas desde el 2009, más aún ya están recogidas en la LGSS (fundamentalmente en su art. 231); por lo tanto no se trata de un reforzamiento de las políticas de mejora de la empleabilidad de los desempleados y no se prevé nada a lo que no se obligase ya a estos perceptores. Más aún, si en realidad se estableciese ese reforzamiento de las políticas activas, no se comprende el motivo por el que debe esperarse al agotamiento de las prestaciones o subsidios por desempleo para imponer dichas medidas de inserción: ¿no sería más lógico, y supondría un ahorro económico, comenzar a imponer dichos mecanismos de inserción desde el primer momento cuando se accede a la prestación por desempleo o desde el comienzo de la percepción del subsidio? De esta manera se conseguiría la readaptación profesional durante el percibo de tales prestaciones, de modo que pudiese encontrar un nuevo puesto de trabajo y el erario público pudiera ahorrarse esta “ayuda de acompañamiento” o incluso parte de la prestación o subsidio por desempleo.

De otro lado, también debe señalarse que si se tratase realmente de un reforzamiento de los mecanismos de inserción, facilitando unos itinerarios absolutamente personalizados o una formación para estos desempleados, lo que se estaría poniendo de manifiesto es la inutilidad de los mecanismos de activación del desempleado que se han desarrollado a lo largo de la percepción de la prestación o del subsidio por desempleo, que han resultado inservibles, lo que motiva ese reforzamiento a través de nuevas actividades de inserción. O lo que es más dramático aún, que durante la percepción de las prestaciones no se ha puesto en marcha ningún mecanismo de inserción a favor del desempleado.

En cuanto a los beneficiarios del programa, pueden serlo las personas inscritas en los Servicios Públicos de Empleo como desempleados por extinción de su relación laboral, que hayan agotado a partir del 16 de febrero de 2011, la prestación contributiva por desempleo y no tengan derecho a subsidios por desempleo, o bien que hayan agotado dichos subsidios y sus prórrogas. Por lo tanto, desempleados que hayan agotado la protección contributiva y asistencial. Es incompatible con el programa haber percibido la percepción extraordinaria del programa temporal de protección por desempleo (el establecido por el RD-Ley 10/2009 o la Ley 14/2009 y sus sucesivas prórrogas); de manera que se confirma que los desempleados sólo pueden acceder a una ampliación.

También es incompatible con el programa la situación en la que el desempleado ha agotado la renta activa de inserción o puede tener derecho a la renta activa de inserción; así como la situación de los eventuales del REA que hayan agotado la renta agraria o el subsidio por desempleo. Sobre esta exclusión de estos colectivos del programa, cabría señalar que aparentemente la intención

es la de no duplicar la posibilidad de disfrute de mecanismos que amplían la protección por desempleo cuando se agotan las vías ordinarias. En todo caso, es evidente que este planteamiento de las incompatibilidades pone de manifiesto con absoluta crudeza que lo esencial en el programa es la percepción de la ayuda que prolonga la protección económica, y que las medidas de inserción no son más que la justificación para abonar tales ayudas.

Los sujetos que agotan las prestaciones o subsidios antes señalados, podrán solicitar la participación en el programa. Las personas beneficiarias del programa tienen derecho a: a) realizar un itinerario individualizado y personalizado de inserción, a través del cual se analiza su empleabilidad y se especifican las medidas dirigidas a mejorarla (tarea que corresponde a los Servicios Públicos de Empleo de las CCAA), b) participar en las medidas de política activa de empleo encaminadas a la recualificación o reinserción (también desarrolladas por los SPE de las CCAA); c) y sobre todo, tienen derecho a percibir una ayuda económica de acompañamiento, equivalente al 75% del SMI excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias (que se gestiona por el SPEE).

Obsérvese que el legislador parece configurar la participación en los mecanismos de políticas activas como un derecho y no como una condición para percibir la prestación. Sin embargo, la impresión es falsa: a continuación el art. 2.6 de este RD-Ley 1/2011 señala que las personas beneficiarias del programa “vendrán obligadas a participar en las acciones de políticas activas de empleo y de búsqueda de empleo que les propongan los Servicios Públicos de Empleo”; más aún se añade que la ayuda de acompañamiento podrá solicitarse una vez iniciado el itinerario individualizado “y su percepción estará condicionada a la participación en el mismo”. De otro lado, no se hace referencia expresa en esta regulación a otra de las obligaciones esenciales que ha establecido el legislador para acceder a la prestación contributiva o al subsidio asistencial de desempleo: la obligación de aceptar la colocación adecuada. No obstante, hemos de tener en cuenta que la Resolución de 15 de febrero de 2011, del SPEE, que establece reglas sobre la forma y plazos de presentación de las solicitudes y la tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento (BOE de 16 de febrero de 2011)⁴¹, si ha regulado expresamente esta cuestión, señalando en su artículo cuarto sobre obligaciones de las personas beneficiarias, que dichos beneficiarios están obligados en todo caso a: “b) Participar en un itinerario individualizado y personalizado de inserción, que contemple el diagnóstico sobre su empleabilidad, así como en las acciones de políticas activas y de búsqueda de empleo que les propongan los Servicios Públicos de Empleo y aceptar la colocación adecuada que les sea ofrecida”. A la luz de esta cues-

⁴¹ Téngase en cuenta que esta Resolución ha sido modificada por otra posterior de 4 de abril de 2011, del SPEE (BOE de 7 de abril).

ción debemos plantearnos que dado el nulo carácter normativo de una simple Resolución de un organismo administrativo, en puridad nuestro ordenamiento no establece obligación alguna de aceptar la colocación adecuada ofrecida por el Servicio Público correspondiente; conclusión que se refuerza por el hecho de que estaríamos ante una norma limitativa o restrictiva de derecho: el error del legislador ha sido importante, pero no es subsanable a través de una simple Resolución.

Debe tenerse en cuenta que el art. 2.3.c) establece el derecho a la percepción de la ayuda económica, siempre que el desempleado carezca de rentas de cualquier naturaleza equivalentes en cómputo mensual al 75% del SMI excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias; estableciéndose alguna regla especial para el cálculo de esta exigencia de carencia de rentas en caso de que el beneficiario tenga cónyuge, hijos menores de 26 años, mayores de edad con discapacidad igual o superior al 33% o menores acogidos⁴². Para el cálculo de tales rentas hay que estar a lo previsto en el art. 215.3.2 LGSS, considerándose, además, como rentas, el importe de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las CCAA. Es decir, tales ayudas se consideran compatibles con esta ayuda de acompañamiento, si bien se consideran a todos los efectos como rentas económicas, afectando al cumplimiento de este requisito. Más aún, la compatibilidad es parcial, pues lo percibido como ayudas de asistencia social de las CC.AA., más la ayuda económica de acompañamiento por participar en el programa, no podrá superar el 75% del SMI (sin excluir en este caso las pagas extraordinarias), de manera que de superarse tal cuantía, habrá de descontar el exceso de la ayuda económica de acompañamiento por participar en el programa de recualificación profesional.

Por otra parte, haya que señalar que la exigencia de no superar un determinado límite mínimo de renta, se aplica, según la literalidad del precepto, al derecho a la ayuda económica de acompañamiento, puesto que es una condición que se establece exclusivamente para el derecho concedido por la letra c) del art. 2.3 de este Real Decreto-Ley. Esto supone que el desempleado con rentas superiores puede participar en el resto de beneficios que otorga el programa, especialmente para que se le apliquen las medidas activas de empleo y se diseñe su itinerario individualizado y personalizado de inserción; si bien no cobrará la ayuda.

En cuanto a la gestión del programa, se establece la distribución de competencias entre los Servicios Públicos de Empleo que desarrollarán la progra-

⁴² Concretamente se considera cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de rentas de todos los integrantes de la unidad familiar, incluida la del solicitante dividida por el número de miembros de la unidad familiar, no supere el 75% del SMI excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias.

mación y gestión de las políticas activas de empleo, a cuyos efectos destinarán los orientadores, promotores de empleo y el personal propio necesario para la atención individualizada de los participantes; programando las acciones de recualificación y reinserción que estimen adecuadas. Por su parte el SPEE será el encargo de gestionar y abonar las ayudas económicas de acompañamiento. Concretamente se abonarán de manera directa a los participantes, a través de nóminas mensuales y prorrateándose proporcionalmente los períodos de tiempo inferiores al mes.

Debe tenerse en cuenta que el art. 6 del RD-Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (BOE de 30 de agosto), que ha sido convalidado por Resolución de 15 de septiembre de 2011 (BOE de 23 de septiembre)⁴³, ha prorrogado el programa regulado por el RD-Ley 1/2011, manteniendo su aplicación para aquellos que agoten su prestación por desempleo entre el 16 de agosto de 2011 y el 15 de febrero de 2012. Se trata, por tanto, de una nueva prórroga semestral.

3.3. Medidas coyunturales ya suprimidas de nuestro ordenamiento

No podemos olvidar en el análisis que estamos realizando, la existencia de ciertas medidas que, dado que estaban previstas para ser aplicadas durante un corto período de tiempo, ya han desaparecido de nuestro ordenamiento. alguna de ellas ha sido realmente interesante y merece la pena ser destacada.

Una de esas medidas fue la bonificación en la cotización empresarial en caso de contratación indefinida de trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo. Se regulaba en el art. 5 del RD-Ley 2/2009, siendo posteriormente reiterada por la Ley 27/2009⁴⁴. Se trataba en realidad de un mecanismo de política activa de empleo (no de una prestación por desempleo), pero que recaía sobre los beneficiarios de prestaciones por desempleo.

El mecanismo consistía en que el empresario tendría una bonificación del 100% (una amplia bonificación, por tanto) de la cuota empresarial por contingencias comunes, hasta que la cuantía de la bonificación alcanzase un importe equivalente a la cuantía bruta de la prestación o subsidio por desempleo o Renta Activa de inserción que estuviese pendiente de percibir en la fecha de

⁴³ Téngase en cuenta lo previsto por la Resolución de 30 de agosto de 2011, del SPEE, sobre la presentación de solicitudes para la concesión de la ayuda económica de acompañamiento (BOE de 31 de agosto).

⁴⁴ El mecanismo era absolutamente temporal en su duración, pues sólo se aplicó a las contrataciones indefinidas de beneficiarios del desempleo (contributivo o asistencial) o de la Renta Activa de inserción, realizadas hasta el 31 de diciembre de 2010.

inicio de la relación laboral, sin que la bonificación pudiese durar más de tres años. Esto significa que el propio beneficiario quién financia el mecanismo de fomento del empleo que repercutirá finalmente sobre el empresario.

Para poder acceder a la bonificación, era necesario que se contratase de manera indefinida, y ese contrato debía tener una duración mínima de un año desde la fecha de inicio de la relación laboral (caso contrario debe reintegrarse las bonificaciones aplicadas)⁴⁵.

La medida es sumamente beneficiosa tanto para el empresario que se decida contratar como para el beneficiario de la prestación: el primero tiene derecho a una reducción temporal muy importante de los costes de Seguridad Social; mientras que perceptor de la prestación pasa a desarrollar una nueva prestación de trabajo, además de carácter indefinida; más aún, el trabajador no pierde el derecho a las prestaciones por desempleo que restaban por percibir⁴⁶, e incluso el tiempo que haya estado contratado por esta vía habrá generado derecho a nuevas prestaciones por desempleo.

Ciertamente se trata de una medida novedosa e interesante, pues supone una fuerte incentivación a la contratación de los beneficiarios de prestaciones por desempleo, dado que los empresarios pueden percibir un ahorro en cotizaciones tremendamente importante, pues alcanza al 100% de la cuota empresarial por contingencias comunes, lo que supone reducir, mientras que el mecanismo resulta de aplicación, sustancialmente los costes laborales derivados de cotización a la Seguridad Social. Ahora bien, ello no significa que no existan elementos críticos en una regulación de estas características, que pasamos a exponer.

De entrada, hemos de subrayar una cuestión: este mecanismo de fomento beneficia a los perceptores de prestación por desempleo. O lo que es igual: coloca a los perceptores de la prestación en una posición de privilegio respecto del resto de los parados que desean acceder a un empleo. En la práctica ello puede suponer que colectivos que han tenido tradicionalmente una especial dificultad para poder acceder a un empleo, de manera que incluso nunca o rara vez hayan podido trabajar, van a ver como los perceptores de prestaciones por desempleo (que, al menos, ya han tenido la ocasión de trabajar en algún momento) son colocados preferentemente en el “escaparate” de las bonificaciones para el fomento del empleo; más que nunca son mercancía de poca calidad,

⁴⁵ Siguiendo una regla general en materia de fomento del empleo, no se considera incumplida esta obligación cuando la extinción se ha producido por despido disciplinario procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente (art. 5.4 Ley 27/2009).

⁴⁶ Si bien las bonificaciones parecen abonarse en base a la prestación por desempleo que le falta por percibir al trabajador, pero el art. 5.5 de la Ley 27/2009 puntualizaba en su segundo párrafo, que el trabajador podía recuperarlas en el futuro; lógicamente si vuelve a caer en situación de desempleo.

saldos en el mercado de trabajo. Es evidente que debemos preguntarnos hasta qué punto el hecho de ser perceptor de una prestación por desempleo es un criterio en base al cual debemos otorgar una cierta preferencia en el fomento del empleo.

Por otra parte, cabe señalar cómo la duración de la bonificación dependía de que la cuantía de la bonificación se igualase a la cuantía bruta de prestación que aún quedaba por cobrar (y sin que en ningún caso pudiera prolongarse más de tres años). Esto significa que la cuantía de la bonificación sería más alta en función de: a) la cuantía de la prestación a percibir por cada desempleado, y b) la duración de la prestación y el período que aún le reste al desempleado por cobrar. Dicho de otra manera: el empresario preferirá siempre a aquel perceptor que cobre una prestación más alta y que esté al principio del período de cobro de la prestación; teniendo muchas más dificultades para ser contratados aquellos desempleados que tengan derecho a prestaciones de cuantía más reducida, que tengan derecho a prestaciones más cortas y que hayan agotado buena parte de su prestación. Los primeros generan al empresario una mayor bonificación y por más tiempo que los segundos.

Por otra parte, también se ha señalado en sentido crítico el hecho de que aparentemente este sistema de fomento del empleo supone que la bonificación que aprovecha al empresario, se financia con la prestación del trabajador que es contratado⁴⁷. Sobre la cuestión hay que señalar que podría parecer que ello no es así, pues tal como hemos indicado *supra*, en realidad el hecho de que al empresario se le apliquen las bonificaciones no afecta al derecho del trabajador a percibir lo que resta de prestación en el futuro; por lo tanto, esta crítica sería infundada y en realidad lo que ocurriría es que lo que falta de prestación por percibir se utiliza como módulo de cálculo de la bonificación.

Sin embargo, pese a lo que acabamos de indicar, hemos de recordar otro dato esencial: el trabajador tenía derecho a recuperar la prestación en el futuro “si así corresponde aplicando lo establecido en la legislación vigente” (art. 5.5 in fine). Pues bien, resulta que el empresario tenía según esta regulación que comentamos la obligación de mantener vigente el contrato durante un año (luego, en buena lógica, el trabajador desarrollará una prestación mínima de un año), si a este dato le sumamos que a tenor de la legislación vigente en materia de prestación contributiva por desempleo (art. 213.1 letra d LGSS), la prestación se extingue por realizar un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a un año, la conclusión es clara: no tiene derecho a disfrutar en el futuro la prestación aquel trabajador que haya desarrollado una prestación de servicios durante un año. Lo que si puede hacer el trabajador es acudir al derecho de optar por reabrir el derecho a la prestación anterior tal como establece el art.

⁴⁷ En ese sentido Mella Méndez, L.: Op. cit., página 17.

210.3 LGSS (eso o disfrutar una nueva prestación por desempleo al haber trabajado ese año o más). En conclusión, la crítica es cierta: se está financiando la bonificación con la prestación del trabajador; de paso se confirma así como se ha utilizado el producto económico de la política pasiva, convirtiéndolo en un mecanismo más de política activa, se constata, por tanto, como ambos elementos de la política de empleo están cada vez más vinculados, sin que pueda hablarse realmente de dos ámbitos totalmente separados y diferenciados.

En segundo lugar, también se establecía en el RD-Ley 2/2009 y en la Ley 27/2009 otra medida que ha desaparecido por agotamiento de su vigencia y que repercutía directamente sobre las prestaciones por desempleo: la supresión del plazo de espera para el cobro del subsidio por desempleo. La medida se contenía en sendos arts. 4 de ambos textos legales. A tenor de esta regulación, a los desempleados que reuniesen los requisitos de los arts. 215.1.1 y 215.1.3 LGSS no se les exigiría figurar inscritos como de empleo durante el mes de espera, siempre y cuando la situación legal de desempleo se produjese entre el 8 de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2010 (el carácter meramente coyuntural de la medida es absolutamente evidente). Debido a la alteración que suponía la supresión del período de espera era necesario además realizar algunos ajustes sobre la prestación⁴⁸.

Con esta medida se tomaba conciencia de que en una situación de desempleo masivo, era necesario agilizar el cobro del subsidio, suprimiendo el mes de espera que no tenía realmente sentido como incentivo para que estos sujetos buscasen empleo; sino que en esta situación se convierte en un obstáculo para acceder a las rentas económicas.

La supresión del período de espera no es precisamente una medida novedosa en nuestro ordenamiento, recordemos que fue suprimido para el nivel contributivo de Seguridad Social, si bien se mantiene en ciertos supuestos de la protección asistencial por desempleo. Obsérvese que señalo que se mantiene sólo en ciertos supuestos, pues antes de la modificación que estudiamos no se aplicaba (y no se sigue aplicando en la actualidad) la exigencia de período de espera en el caso del subsidio asistencial regulado en el art. 215.1.2 LGSS (subsidio para lo que cumpliendo los requisitos del art. 215.1.1 excepto el período de espera, y que no tengan derecho a prestación contributiva por no haber cotizado lo suficiente), o en el 215.1.4 LGSS (mayores de 45 años desemplea-

⁴⁸ En este sentido Fernández Orrico, F.J.: Op. cit., página 166. De esta manera se realizan las siguientes modificaciones: el requisito de carencia de rentas y las responsabilidades familiares debían considerarse a fecha del hecho causante; el subsidio por desempleo nacería a partir del día siguiente a aquel en que se produzca el hecho causante del subsidio, por agotamiento de la prestación por desempleo, por retorno de quien residía en el extranjero, liberación de la prisión, declaración de capacidad o invalidez en grado de IPP, o agotamiento del subsidio especial para mayores de 45 años. En todo caso la prestación debe solicitarse en 15 días siguientes a las fechas antes señaladas, de lo contrario se perderían tantos días de subsidio como días de retraso

dos que hayan agotado un derecho a prestación por desempleo de 720 días y cumplan con los requisitos del art. 215.1.1, excepto el período de espera). En consecuencia, estamos ante una medida coyuntural que afecta en realidad a los supuestos de subsidios que aún mantenían dicha exigencia de período de espera, pues en el resto no se exige dicho período.

En realidad, lo que deberíamos preguntarnos es si a la luz de que ni en el nivel contributivo, ni en diferentes supuestos del subsidio de desempleo se impone este requisito de estar inscrito como demandante de empleo durante un mes, tiene sentido; ¿no sería más adecuado suprimir el período de espera con carácter estructural y no simplemente con carácter coyuntural? El período de espera no tiene más sentido que retrasar durante un mes el cobro del subsidio por desempleo, lo cual puede entenderse inaceptable en términos de justicia social, no sólo en períodos de crisis con fuertes incrementos del desempleo, sino también en períodos económicos más satisfactorios. La agilización del cobro del subsidio es deseable en todo caso.

4. VINCULACIÓN ENTRE POLÍTICAS ACTIVAS Y PASIVAS DE EMPLEO

Es importante señalar que la evolución de las políticas pasivas de empleo ha supuesto en los últimos años una evidente vinculación de las mismas a las políticas activas. En la práctica se ha producido una subordinación de la protección por desempleo a los fines propios de las políticas activas de empleo⁴⁹, de manera que dicha prestación se configura como un elemento más que ha de integrarse en el proceso de búsqueda activa de empleo; dicho de otro modo, que para ser beneficiario no sólo ha de ser un sujeto que ha perdido el empleo, sino también ha de ser un buscador activo de empleo⁵⁰. Desde el punto de vista del receptor de la prestación de desempleo lo que se ha producido es un endurecimiento de los requisitos o exigencias para tener derecho a la prestación de desempleo, pues a los requisitos tradicionales (haber perdido el empleo y haber cubierto un determinado período de cotización), se une la firma del compromiso de actividad, por el que el desempleado se compromete a todo un conjunto de actividades relacionadas con la búsqueda activa de empleo.

En definitiva, se ha producido un cambio estructural de enorme importancia: hasta hace pocos años el desempleo se concebía como una prestación por pérdida involuntaria del empleo, a la que se accedía simplemente por el hecho de haberla adquirido a través de la cotización a la Seguridad Social. Con la

⁴⁹ Gorelli Hernández, J.: “I Servizi per l’occupazione (...)”, op. cit., página 251.

⁵⁰ Molina Hermosilla, O.: “La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática”, *Mergablum* 2005, página 388.

regulación actual el desempleo se configura como una prestación en la que se requiere acreditar la disponibilidad de buscar activamente empleo, de manera que su finalidad no es ya facilitar una renta ante la pérdida del empleo, sino conceder una prestación al servicio de la vuelta al empleo⁵¹.

En la práctica la vinculación a los intereses de las políticas activas supone sobre todo la necesidad de que el desempleado deje de ser un sujeto “pasivo”, mero receptor de la prestación, para ser un verdadero sujeto “activo”, involucrándolo en que mejore sus expectativas de conseguir un empleo.

Un buen ejemplo de esta activación lo hemos visto, por ejemplo al analizar la ayuda de acompañamiento a aquellos que desarrollan el programa de recualificación profesional, destinado a los trabajadores que han agotado su prestación por desempleo. Pero vamos a centrarnos en una de las cuestiones más interesantes que genera este proceso de activación y que normalmente suele pasar desapercibida: la activación del desempleado no puede consistir simplemente en un compromiso meramente formal del desempleado para intentar salir de la situación de desempleo lo antes posible, sino que requiere también una implicación esencial de los servicios públicos de empleo, pues han de ser ellos los que actúen guiando la actuación del desempleado y receptor de prestaciones, estableciendo los medios que faciliten ese incremento de la empleabilidad del desempleado y faciliten un rápido acceso a un empleo. En este sentido la Ley 56/2003, modificada por el RD-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la reforma de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo; gracias al cual se establece un catálogo de servicios de los Servicios Públicos de Empleo. No obstante, esto no ha supuesto el reconocimiento de derechos subjetivos de los usuarios a la realización de actividades de mejora de su capacidad laboral.

En todo caso hemos de reconocer que la implicación de los Servicios Públicos de Empleo es absolutamente indispensable, facilitando un tratamiento lo más individualizado posible de los demandantes de empleo. En este sentido podemos encontrar importantes intentos por parte de los poderes públicos para intentar establecer medidas que faciliten ese trato individualizado y que no sea una cuestión meramente programática. En este sentido hemos de recordar como el RD-Ley 2/2008, de 21 de abril de medidas de impulso a la actividad económica autorizaba al Gobierno a la aprobación por acuerdo del Consejo de Ministros, de un plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral (art. 8). Con posterioridad el RD-Ley 2/2009, de 6 de marzo de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas establece una habilitación al

⁵¹ En este sentido Rodríguez-Piñero, M.: “La nueva dimensión de la protección por desempleo”, *Relaciones Laborales* nº 13 de 2002, página 9.

Gobierno para la prórroga del Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral de 18 de abril de 2008, prórroga que se establecía durante dos años más (Disp. Final 1ª, a tenor de la cual se prorroga el Acuerdo), pero sólo en relación a la medida de contratación de 1.500 orientadores; configurándose como una de las medidas estrella para mejorar la capacidad de los Servicios Públicos de Empleo en su función de intermediación. Esta medida resultaba de aplicación a todo el territorio nacional, si bien la gestión de la misma se realizaba por las CCAA (a cuyos efectos se realizaba una distribución territorial de los créditos necesarios para la puesta en marcha del programa), y por el SPEE. Esta norma se reiteraba por la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas (concretamente a través de su Disp. Final 1ª).

La evolución de esta medida no termina aquí, pues tanto el RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para al reforma del mercado de trabajo, como la Ley 35/2010 (en este caso a través de su art. 13) procede a la prórroga este programa hasta el 31 de diciembre de 2012, introduciéndose posteriormente alguna modificación meramente formal a través del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, que da nueva redacción al mencionado art. 13 de la Ley 35/2010, procediendo a la prórroga del Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral, hasta el 31 de diciembre de 2012.

La labor de los orientadores tiene una doble función: de un lado ofrecer servicios de orientación profesional a los desempleados, para de esta manera facilitarles que puedan encontrar un nuevo empleo; y de otro lado tienen una importante función de localización de las necesidades de empleo de las empresas (lo que supone una labor de prospección de las empresas para detectar sus necesidades de empleo, identificar cuales son las características del empleo demandado, para poder así dirigir mejor el proceso de intermediación y realizar una valoración real de cuales pueden ser las necesidades formativas de los desempleados que buscan empleo). Con ello se busca mejorar el servicio de intermediación y ofrecer oportunidades reales de empleo, relanzando la actividad de los SPE y facilitar la colocación de los desempleados. En este cometido resulta esencial que los orientadores desarrollen un itinerario personalizado para cada desempleado, lo cual requiere, cuanto menos, una reunión personal, a partir de la cual se efectuará un diagnóstico de sus capacidades y posibilidades de encontrar empleo. Ello incluye el diseño del conjunto de actividades formativas o de recualificación a desarrollar a lo largo del proceso de búsqueda para intentar mejorar su empleabilidad, así como el seguimiento y monitorización de cada uno de los desempleados.

El mecanismo no merece crítica en lo sustancial (cuestión diferente sería la cuestión relativa a si en un mercado como el nuestro, con casi cinco millones de parados, es suficiente con la contratación de sólo 1.500 orientadores). Ahora bien, en el aspecto formar hay que resaltar una cuestión relevante: el RD-Ley 13/2010, a través de su art. 16 da nueva redacción al art. 13 de la Ley 35/2010, que prorroga el Plan consistente en la contratación de los 1.500 “orientadores”; pero además, en su art. 15 contiene otra norma a través de la cual se procede a aprobar una medida consistente en la incorporación de 1.500 personas como “promotoras” de empleo, que realizarán su actividad entre el 1 de febrero de 2011 y el 31 de diciembre de 2012 (fecha coincidente con la finalización del Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral) ¿Estamos ante las mismas personas, o son colectivos diferentes? Entiendo que se trata de actuaciones diferenciadas, por lo que ha de entenderse que contamos con dos colectivos diferenciados (los orientadores de un lado y los promotores de otro, cada uno de ellos integrados por 1.500 efectivos), que son contemplados de manera diferenciada por el legislador, pues los primeros, los “orientadores” procede de un Plan prorrogado, luego no son contratados *ex novo*, sino que sus contratos temporales iniciales se prorrogarán al igual que el Plan; por el contrario, el segundo colectivo, los “promotores” se incorporarán *ex novo* al desarrollo de actividades de intermediación. De otro lado, está el hecho de que financieramente ambos colectivos dependerán de partidas económicas diferenciadas.

Abundando en la dirección anterior, hay que señalar la dicción del art. 17 del RD-Ley 13/2010, que establece que las actuaciones a desarrollar por el personal referido en los arts. 15 y 16 del RD-Ley (de ambos preceptos, como personal diferenciado) consistirán en la atención directa y personalizada de los desempleados, la información a las empresas y prospección del mercado laboral de su entorno y el seguimiento de las actuaciones realizadas por los desempleados y las empresas; es decir, que ambos colectivos, orientadores y promotores, tienen idénticas funciones. La conclusión es que a lo largo del bienio 2011/2012 se contará con un total de 3.000 personas desarrollando funciones de inserción, orientación y prospección. Se ha duplicado, por tanto, el conjunto del personal dedicado a dichas actividades.

Al margen de que podamos considerar esta medida acertada, debemos plantearnos una duda: si antes de la crisis económica, con un entorno de desempleo contenido, los SPE no fueron capaces de afrontar de manera adecuada las funciones de intermediación; en un entorno de paro desbocado, ¿será suficiente con 3.000 promotores-orientadores? Además, si a la finalización de la crisis se suprime el Plan, ¿no volveremos a unos SPE insuficientes?

Otro de los mecanismos que permiten la conexión entre las políticas activas y pasivas, lo vamos a encontrar en el RD 1300/2009, de 31 de julio, de

medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales (BOE de 19 de agosto). Aparentemente este RD no se dedica precisamente a la protección de los desempleados; no obstante, dentro del mismo se regula una cuestión que hace referencia a la modalidad de pago de la prestación por desempleo, que como vamos a ver tiene ahora un interés especial: el art. 1 de esta regulación establece el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, para aquellos que pretendan incorporarse de manera estable como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o sociedades laborales, permitiéndose en este caso capitalizar la prestación hasta en un 80%.

Probablemente lo de menos sea la posibilidad que se plantea en este caso concreto, que en el fondo afecta a una situación tremendamente concreta (sólo afecta a los desempleados que pretendan incorporarse, de manera estable, como socios trabajadores o de trabajo a cooperativas o sociedades laborales) y además de eficacia marcadamente coyuntural, pues a tenor de este art. 1º se refiere a supuestos de desempleados que formulen el pago único entre el día de entrada en vigor de esta regulación (20 de agosto de 2010) y el 31 de diciembre de 2010⁵². Lo verdaderamente relevante de esta regulación es que rescata, o mejor, saca a la luz una institución jurídica conocida por nuestro ordenamiento, el pago único o acumulado de las prestaciones por desempleo, que adquiere en una situación de crisis de empleo una importancia creciente, pues dicho pago único está orientado a la creación de empleo, o mejor a facilitar la transición de la situación de desempleo a la de empleo de manera rápida y eficiente. Con ello se establece un mecanismo absolutamente eficiente por el que aquellos desempleados que cumplan los requisitos, puedan dejar las listas del desempleo y acceder a un puesto de trabajo. Desde luego este mecanismo de pago único tal como se plantea en esta regulación supone asegurar totalmente que el cobro de la prestación por desempleo supone el acceso cierto a un puesto de trabajo; más aún, también permite un ahorro económico para las arcas del SPEE, pues al dejar la condición de demandante de empleo no tendrán que aplicarse los mecanismos de inserción laboral, pudiendo los SPE ocuparse de otros trabajadores con peores perspectivas de empleo.

Con carácter general el pago único de la prestación o capitalización se establece en el art. 228.3 LGSS, por el cual se admite el abono de una sola vez del valor actual del importe, total o parcial, de la prestación por desempleo de nivel contributivo, cuando así lo establezca algún programa de fomento de empleo. Es decir, se vincula esta posibilidad a que actúe como mecanismo de

⁵² No obstante la Disp. Adic. 1º de este RD 1300/2009 plantea la posibilidad de que se prorrogue esta medida a partir del 1 de enero de 2011 (previa consulta con los actores sociales), si en la evaluación de la aplicación de esta medida se detecta que ha sido eficiente para generar empleo de manera significativa.

política de empleo, tal como acabamos de señalar, se trata de poner a disposición de las políticas activas los recursos propios de las políticas pasivas. En definitiva, podemos señalar que lo dispuesto en el RD 1300/2009 no es precisamente novedoso para nuestro ordenamiento. De hecho, en desarrollo de esta posibilidad prevista por el art. 228.3, ya se establecía en la Disp. Trans. 4ª de 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, la posibilidad de abono en un solo pago de la prestación por desempleo como mecanismo de fomento del empleo en economía social y del trabajo autónomo; de hecho, la actual redacción de esa Disp. Trans. 4ª (después de diferentes avatares y reformas), obedece a la Disp. Adic. 20ª de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2011. En cuanto al desarrollo reglamentario de esta posibilidad sigue siendo el establecido en el RD 1044/1985, de 19 de junio, que regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual del importe.

En líneas generales la regulación anterior significa⁵³: que el SPEE puede abonar el valor actual de la prestación por desempleo contributivo a aquellos beneficiarios que se incorporen de manera estable como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o sociedades laborales, aún cuando hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichos sujetos; o bien cuando los beneficiarios decidan constituirse como trabajadores autónomos y tengan una discapacidad igual o superior al 33%.

Concretamente el abono se hace de una sola vez e incluye el importe que corresponda a las aportaciones al capital (cuota de ingreso, en el caso de las cooperativas, o la adquisición de acciones o participaciones del capital social, en el supuesto de sociedad laboral) en lo necesario para acceder a la condición de socio, o bien la cuantía necesaria para desarrollar la actividad en el caso de trabajadores autónomos con discapacidad. La cuantía a abonar se calcula en días completos de prestación, si bien ha de deducirse de la misma el interés legal del dinero; lo que evidencia que en el fondo se recibe a esta medida un tratamiento bastante similar al de un préstamo de bajo interés.

También cabe la posibilidad de que el SPEE proceda al abono mensual del importe de la prestación contributiva de desempleo, con el objetivo de subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social. En estos casos la cuantía de la subvención, calculada en días completos de prestación, será fija y corresponderá al importe de la aportación íntegra del trabajador a la Seguridad Social en el momento del inicio de la actividad sin considerar futuras

⁵³ Vid. sobre esta cuestión Burgos Giner, M.A.: "Aspectos importantes en materia laboral y de Seguridad Social contenidos en la Ley 39/2010 de 22 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 24 (2011), páginas 23 y ss.

modificaciones, salvo cuando el importe de la subvención quede por debajo de la aportación del trabajador que corresponda a la base mínima de cotización vigente para cada régimen de Seguridad Social; en cuyo caso, se abonará esta última cantidad. El abono se realizará mensualmente, siempre que el trabajador se mantiene de alta ante la Seguridad Social. Se trata de una vía alternativa para obtener la inserción del trabajador, que en algunos aspectos se asemeja a la regulación antes señalada (Real Decreto-Ley 2/2009) por la que se fomentaba el empleo de perceptores de prestación por la vía de dedicar la cuantía de la misma a subvencionar las cotizaciones a la Seguridad Social.

Lo señalado en las reglas anteriores también resulta de aplicación cuando se trata de un beneficiario de prestación contributiva de desempleo, que pretenda constituirse como autónomo y no tenga el 33% de discapacidad. No obstante, en este caso el abono en un único pago sólo puede alcanzar el 60 % del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo pendiente de percibir, salvo que se trate de beneficiarios varones de hasta 30 años o mujeres hasta con 35 años (considerándose la edad en la fecha de la solicitud), en cuyo caso el porcentaje capitalizado asciende al 80%.

Otro ejemplo de cómo se utiliza el pago anticipado como mecanismo orientado a facilitar objetivos de las políticas activas de empleo, lo encontramos en el RD-Ley 4/2008⁵⁴; regulación que plantea la posibilidad de que los trabajadores extracomunitarios puedan percibir la prestación por desempleo de manera acumulada y anticipada, siempre que se comprometan a regresar a su país de origen⁵⁵. Se trata de otro supuesto de desarrollo de la posibilidad del pago único previsto en el art. 228.3 LGSS.

Ello supone favorecer la reestructuración del mercado de trabajo nacional a través de la salida del mismo de un colectivo que puede ser numeroso; es uno de los mecanismos de migración “circular”⁵⁶, o de ida y vuelta que se inspira en la política de empleo de la UE. Lo que plantea el legislador laboral es utilizar el cobro de las prestaciones por desempleo para favorecer uno de los objetivos de la política activa de empleo como es el control de la migración.

Los beneficiarios de esta medida serán los trabajadores desempleados que se encuentren legalmente en España y sean nacionales de terceros países con

⁵⁴ Desarrollado reglamentariamente por el RD 1800/2008, de 3 de noviembre.

⁵⁵ Un análisis detallado de esta cuestión puede encontrarse en Pérez Yáñez, R.M.: “A vueltas con la gestión de los flujos migratorios. A propósito del abono acumulado de la prestación pro desempleo prevista en el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre y en su regulación de desarrollo”, *Relaciones Laborales* nº 10 de 2009.

⁵⁶ En este sentido Pérez Yáñez, R.M.: *Op. cit.*, página 78.

los que España tenga suscrito un convenio bilateral⁵⁷. No obstante podrá extenderse este supuesto de abono único, a los trabajadores extranjeros de países con los que España no tenga suscrito un convenio de Seguridad Social, siempre que tales países tengan mecanismos de Seguridad Social que garanticen la cobertura adecuada de los solicitantes. Como es lógico quedan excluidos de la aplicación de esta medida los nacionales de la UE ni los ciudadanos nacionales de países que forman parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo ni los suizos. En la práctica esto reduce enormemente la posibilidad de utilizar este mecanismo; de hecho las cifras de utilización de esta posibilidad son bastante reducidas⁵⁸.

Para poder percibir el pago acumulado de la prestación por desempleo, el trabajador extranjero debe cumplir ciertos requisitos: inscribirse como demandante de empleo, estar en situación legal de desempleo y tener derecho a la prestación por desempleo. Además, ha de comprometerse a retornar a su país de origen en el plazo de treinta días naturales y no retornar a España en el plazo de tres años. La normativa reglamentaria, art. 2 e) del RD 1800/2008, establece un requisito añadido que es del todo lógico: que el beneficiario de la medida no puede tener prohibida la salida del territorio nacional, pues al tener prohibida dicha salida no sería factible el objetivo de esta regulación que es el retorno del trabajador a su país de origen.

Transcurridos los tres años, si el inmigrante beneficiario del pago único era titular de un permiso temporal de residencia, podrá solicitar un nuevo permiso para volver a España, si bien tiene un derecho preferente para incorporarse al contingente de extranjeros que haya sido aprobado por el Gobierno. Si el beneficiario de la prestación había obtenido la residencia permanente, conserva su condición de residente permanente si decide retornar a nuestro país.

El abono de la prestación consistirá en el pago anticipado y acumulado de la prestación contributiva por desempleo en la cuantía que corresponde al trabajador, en función del número de días de prestación reconocidos en la fecha de nacimiento del derecho o que les reste por percibir hasta su agotamiento, desde la fecha de reanudación de la prestación (si es que se interrumpió por el trabajo) o desde la fecha de solicitud de esta modalidad de abono. En realidad el pago de la prestación se realiza en dos fases: el primer pago (40% de la prestación) se realiza en España una vez que se haya reconocido el derecho,

⁵⁷ Parece que la razón de ser de esta exigencia reside en el hecho de que el legislador pretende asegurar la mejor protección de los trabajadores, de manera que las cotizaciones realizadas, en España y en su país de origen, puedan ser tenidas en cuenta a los efectos de futuros derechos en materia de Seguridad Social. En este sentido Pérez Yáñez, R.: *Op. cit.*, página 79.

⁵⁸ Vid. sobre la cuestión Pajares, M.: "Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010", Ministerio de Trabajo e inmigración, Madrid 2010, página 123; donde se destaca que hasta abril de 2010 solamente han sido aprobadas 8.451 solicitudes.

cuantía que le permitirá el retorno a su país de origen; de hecho el retorno debe producirse como máximo en el plazo de 30 días desde este primer pago. El segundo pago (el 60% restante) se realiza en el país de origen del beneficiario, debiendo pagarse entre los 30 días desde el primer pago y en el plazo máximo de 90 días desde que se produjo el retorno.

Debe señalarse que el abono de la prestación en este caso no supone ninguna cotización a la Seguridad Social, por lo que no se realizará deducción alguna por la aportación del trabajador en concepto de cotización. De otro lado, el acceso al derecho a la prestación en estos casos por la vía del pago único tiene un efecto tremendamente importante, pues el art. 4.3 b) del RD 1800/2008 prohíbe que los extranjeros beneficiarios del pago único puedan acceder a los subsidios asistenciales de desempleo.

El reconocimiento del derecho al abono de la prestación en estos casos tiene un importante efecto sobre el permiso de residencia, pues éste se extingue a los 30 días naturales del primer pago, de manera que finaliza el período de residencia legal del extranjero.

LA REFORMA EN MATERIA DE MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES: MODIFICACIONES INCESANTES, RACIONALIZACIÓN APLAZADA

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

EXTRACTO

Palabras Clave: Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional, gestión de la Seguridad Social

La Disposición Adicional 14ª de la Ley 27/2011 ordena al Gobierno un proceso de reforma normativa de las “Mutuas Patronales”, a realizar en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley. A tal fin, da un catálogo de criterios que deben conducir esa reforma. En esencia, esas indicaciones consolidarían un modelo conservador y algo inmovilista de las Mutuas. Sin embargo, hay otras opciones de reforma que pueden dar una respuesta más eficaz, eficiente, equitativa y transparente a las múltiples cuestiones que la colaboración en la gestión de la Seguridad Social por parte de las Mutuas genera.

Este estudio trata de ofrecer un balance de la evolución experimentada por el régimen de las Mutuas en los dos últimos años, a fin de evidenciar cuáles son las claves más relevantes para diseñar un proceso de reforma más satisfactorio a los diferentes intereses en juego.

ABSTRACT

KEY WORDS: Mutual of Accidents and Occupational Disease, Social Security Management

Additional provision number 14 of Law 27/2011 order the government to a policy reform process of the “mutual employers” to be held within one year from the entry into force of the law. To this end, the law gives a list of criteria that should guide that reform. In essence, these indications will consolidate a conservative and somewhat stagnant model of the Mutual. However, there are other reform options that can provide a more effective, efficient, equitable and transparent to many questions that collaboration in the management of Social Security by the mutual generate.

This study attempts to provide a balance for the evolution of the regime of Mutual in the past two years to show the most important keys to design a reform process more satisfying to different interests what are at stake.

ÍNDICE

1. EL “CAMALEONISMO” DE LAS MATEPS: CAMBIOS INCESANTES, PERO UN DEFICIENTE REGULACIÓN
2. LA CONTINUA PARADOJA: EL CONTRASTE DE VISIONES DE LAS MUTUAS ENTRE SINDICATOS Y PODERES PÚBLICOS
3. EL PERSISTENTE DÉFICIT REGULADOR: ENTRE LA AUSENCIA DE DEBATE LEGAL Y LAS EXPERIENCIAS DE AUTORREGULACIÓN
4. DESNATURALIZACIÓN DE LOS “PRINCIPIOS CONSTITUTIVOS” DE LAS MATEPS: ENTRE “EFICIENCIA” Y TRANSPARENCIA PÚBLICA
5. MENOS MUTUAS: REESTRUCTURACIÓN MEDIANTE “FUSIONES FRÍAS” (CORPORACIONES-MANCOMUNIDADES MUTUALES)
6. MÁS EFICIENTES Y TRANSPARENTES: LAS GARANTÍAS PARA EL CONTROL DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS MATEPS.
7. ¿QUÉ MODELO DE FUTURO EN EL HORIZONTE DE LAS MATEPS?: MENOS, MEJORES ¿Y DIFERENTES?
8. REFLEXIONES FINALES

1. EL “CAMALEONISMO” DE LAS MATEPS: CAMBIOS INCESANTES, PERO UN DEFICIENTE REGULACIÓN

Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales – MATEPS, en adelante- tienen ya una historia más que centenaria, hasta el punto de coincidir con el origen de nuestro “Sistema de Seguridad Social”, pues nacieron con la promulgación de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 y con la finalidad de asegurar, a través de la “asociación privada” entre diferentes grupos de empresarios, los “riesgos profesionales” de sus trabajadores –técnica mutual-. Pero ni han sido en el pasado lo que son en el presente, plagado de cambios e incertidumbres, ni en el futuro próximo tienen por qué ser como son hoy. Si algo han demostrado a lo largo de esta dilatado y, en parte, azaroso periodo de tiempo es una asombrosa capacidad evolutiva y de resistencia, eso sí, al precio de desnaturalizar (deformar) tanto su *naturaleza* –lo que son- como sus *funciones* –lo que hacen-. De ahí su consolidación como verdadera “institución jurídico-social”, por tanto, dotada, de una parte, de un extraordinario poder de arraigo y una fuerte presencia en nuestro sistema de la Seguridad Social, de otra, de una gran dosis de dinamismo evolutivo, abierta a los más diversos avatares políticos, sociales, económicos y jurídicos que le afectan.

Ambas dimensiones de esta enraizada institución sociolaboral aparecen apuntadas, si bien de forma algo enigmática y en todo caso de modo ambiguo, en la Disposición Adicional 14ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización y modernización del sistema de Seguridad Social. En ella se ordena al Gobierno, “con la participación de los agentes sociales”, llevar a cabo “una reforma del marco normativo de aplicación” a las MATEPS. A tal fin, no sólo fija un plazo máximo -1 año-, sino que establece una serie de “criterios y fina-

lidades” para orientar tal proceso de reforma. Según explica la Exposición de Motivos de la Ley, con esta Disposición Adicional 14^a se pretendería “llevar al ordenamiento jurídico de la Seguridad Social lo establecido en el Acuerdo sobre la reforma y el reforzamiento del sistema público de pensiones, en relación con la gestión llevada a cabo por las MATEPS”. Este compromiso, que forma parte del más amplio Acuerdo Social y Económico de 2011, sin embargo, apenas contenía referencias a esta materia, una vez se había constatado las profundas diferencias entre los actores al respecto, y las que se hacen se centran en aspectos muy parciales, aunque no por ellos privados de relevancia –el ajuste a la baja de las cuotas patronales por contingencias profesionales, el control del absentismo, tema recurrente en estos años, y alguna precisión respecto a la composición de los órganos directivos de las MATEPS-.

Decimos que es enigmática la referencia legislativa a la reforma porque no se sabe bien qué pretende, si una “consolidación” del status quo actual de las MATEPS, cuya polivalencia funcional ha determinado una absoluta desfiguración de su razón de ser como entidad colaboradora, para devenir una “entidad cuasi gestora” más, o bien una “racionalización” del modelo, manteniendo lo coherente y corrigiendo lo disfuncional. Y decimos también que es ambigua porque de su lectura podría parecer, primero, que en este tiempo las MATEPS no han experimentado cambios sustanciales, incluso en fechas coetáneas a este proceso de reforma, cuando son continuos y algunos de calado, y segundo que hay una idea común o consensuada de la dirección de la reforma, cuando no es así, existiendo una clara disociación entre la imagen-modelo que alberga y promueve el Ministerio y la que tienen los sindicatos, de un lado, y las organizaciones empresariales, de otro. En consecuencia, una vez más, el aplazamiento de una reforma como ésta no hace sino reflejar lo atormentado y dificultoso que está siendo el proceso.

Sin perjuicio del análisis más detenido que se hará de las diferentes indicaciones legislativas, ciertamente genéricas y abstractas, e incluso contradictorias, al ordenado proceso de reforma normativa de las MATEPS, conviene ahora ofrecer alguna pincelada que ponga de manifiesto las incertidumbres que abre esta previsión legal. En efecto, al margen de la remisión que se hace al Gobierno para introducir una reforma normativa sin precisar las fuentes que se han de ver afectadas –sólo el Reglamento de desarrollo (potestad gubernamental) o también la LGSS (a través del correspondiente Proyecto de Ley)-, destaca el que se inicie el precepto con un mandato a “garantizar su función de entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social”, para luego dejar abierto el ámbito en el que se ha de desarrollar, refiriendo tanto a contingencias profesionales como a contingencias comunes, “o” a prestaciones de “desempleo”, como en sustancia es la relativa al “cese de actividad de trabajadores autónomos”.

Una mirada retrospectiva, que no nostálgica, a los primeros años del nuevo modelo constitucional, recién estrenado en 1978, evidenciaría un acotado “mapa de funciones” de las MATEPS como entidades colaboradoras del Sistema de Seguridad Social que muy poco tiene que ver con el desbordado de nuestros días, al asumir la “gestión” de tal “catálogo de prestaciones públicas” o de “competencias” que va mucho más allá de las que les corresponderían de ser “fieles” a su naturaleza originaria, y en realidad a su auténtica razón de ser –“la gestión (integral) de los riesgos profesionales”-. Así, sus funciones se han venido enriqueciendo progresivamente, concurriendo en tal proceso dos intereses básicos:

- el interés administrativo por buscar fórmulas más flexibles –y eficientes- de gestión del servicio público “seguridad social”
- el interés privado-empresarial de estas entidades por ganar terreno a esa gestión pública, evidenciando una notable ambición de protagonismo, por la rentabilidad que de ello ha venido derivado para tales estructuras de gestión del Sistema

Desde esta perspectiva, si en un primer momento fue el tránsito desde la gestión del aseguramiento de las “contingencias profesionales” hacia la (colaboración en la) gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes, luego encontraremos la asunción de un marcado protagonismo, con una posición dominante casi hegemónica, en un mercado incipiente en 1995, el “mercado de servicios de prevención de riesgos laborales”. Aunque en este ámbito preventivo se ha experimentado un proceso inverso –artículo 32 Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en la nueva redacción dada por la Disposición Final Sexta Ley 32/2010, de 5 de agosto-, claramente de regresión, aunque parcial y en todo caso contradictorio y muy ambiguo –Resolución de 5 de Noviembre de 2010, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se dictan instrucciones a las MATEPS para la aplicación del nuevo artículo 32 LPRL-, el proceso de expansión de las Mutuas en los espacios de gestión pública dista de haberse agotado, y asumirá dimensiones mucho más profundas. Así, han terminado convirtiéndose en un auténtico “cajón de sastre” para el Ministerio, que dispone a su antojo de ellas para dar cumplimiento a los más diversos objetivos, como pueden ser la promoción de “derechos de conciliación de la vida laboral y familiar” – asignación, a mi juicio errática, a las MATEPS de la “prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave” (Disposición Final 21ª de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, PGE/2011; RD 1148/2011, de 29 de julio)-, o de la “protección por desempleo” a los trabajadores autónomos – sistema específico de protección por cese de actividad de este colectivo (Ley 32/2010, de 5 de agosto, por el que se crea un sistema específico de protección a tal fin)-.

Las MATEPS, en definitiva, sirven para “un roto y para un descosido” y no parece haber una línea clara o coherente en torno a su evolución funcional.

A estos incesantes cambios en la delimitación de sus funciones hay que sumar las intensas modificaciones experimentadas en su “régimen económico”, así como en el “régimen retributivo” de su personal directivo, en aras de una mayor eficiencia y transparencia del funcionamiento de las mismas, salpicado, como se decía, de recurrentes conflictos, algunas denuncias y continuas sospechas de anomalías. Por eso, los sindicatos mayoritarios vienen manteniendo, desde hace años ya, la necesidad de reformar en profundidad el modelo mutual español. Las cada vez más frecuentes y graves denuncias de irregularidades de diverso tipo -lo sucedido en la Mutua Universal es un caso límite, pero una parte de sus prácticas anómalas estaban extendidas en el sector, de ahí que aparecieran nuevos casos, como los problemas de la Mutua Canaria-, ponen de manifiesto lo urgente de hacerlo, pero no de cualquier modo, sino de manera coherente. El Ministerio parece querer seguir una suerte de “política de consolidación” del sistema mutual, porque lo considera sustancial y globalmente correcto por ser eficiente, sin perjuicio de entender necesarias reformas continuas y parciales que presuponen intensificar el sistema de control público sobre su gestión e incrementar la transparencia, entre otros medios, mediante la ampliación de las funciones de las Comisiones de Control y Seguimiento -CCS-. Pero esta “política de consolidación” mutual, de conservación dinámica, no inmovilista por tanto, del modelo dirían otros, no es compartida en absoluto por los sindicatos. Las reformas, que sin duda son muy necesarias ante la obsolescencia evidente de su regulación y el confucionismo que se ha derivado de tantos y tan incesantes cambios, no serían ni suficientes, por su carácter siempre parcial, ni adecuadas, por no ser coherentes y no dirigirse a una auténtica renovación sustancial de su régimen

En consecuencia, ante lo lacónico, enigmático y ambiguo de las previsiones de la Ley 27/2010, se hace preciso, a fin de atisbar el proceso reformador normativo -más bien se tratará de una refundición y clarificación de los muchos cambios realizados en estos dos últimos años-, exponer un breve balance de la situación actual, dando cuenta, si bien sucinta, también de las reformas parciales más importantes y recientes. Sólo a partir de esa comprensión, respecto de la cual apenas existen estudios de conjunto que estén actualizados¹,

¹ Algunos balances relevantes, pero inmediatamente anteriores a los múltiples cambios operados a partir de 2010, en AAVV. (Dirección: Efrén Borrajo). *Accidentes de Trabajo y Mutuas. La Ley-Fremap*. 2009. La proliferación de estudios sobre las Mutuas en estos años se han centrado, casi en exclusiva, en analizar su papel, cambiante, en la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes, auténtico tópicos de la doctrina iuslaboralista actual. Para una visión global reciente, de interés sigue siendo la consulta de la obra de Sempere Navarro, A.V. “La incesante metamorfosis de las mutuas patronales. Ideas para un estudio”. Tribunal Social, número 99, y López Gandía, J. *Las Mutuas y la gestión de la Seguridad Social*. Bomarzo. Albacete. 2006. En el plano económico vid. Santos Ruesga, B. et altri. “Las Mutuas de Accidentes de Trabajo en el Sistema de la Seguridad Social español”. *Temas Laborales*, número 93/2008.

podremos tener una idea más clara de por dónde puede caminar, ya lo está haciendo de hecho, el porvenir del sector y, por tanto, la referida reforma. En última instancia, este aspecto del cambio, relativo a una materia tan importante pero tan olvidada por la doctrina, como es la “gestión de la Seguridad Social”, debe tener en cuenta igualmente otra indicación de futuro que concurre con él, como es la prometida, por enésima vez, “Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social” –Disposición Adicional 7ª Ley 27/2011².

Las cuestiones más relevantes a tener en cuenta son:

1. Identificación de los caracteres del proceso de “desnaturalización” o desfiguración de la naturaleza de las MATEPS y de sus principios constitutivos como “asociación empresarial”, siempre en la dirección de ampliar sus funciones, y sin perjuicio del cada vez mayor control público, aunque ejercido de forma laxa o tolerante
2. La excesiva unilateralidad y opacidad que ha ido asumiendo el cambio normativo pues ha sido tan incesante como falta de reflexión, tanto parlamentaria como social, al hurtarse el debate en el Parlamento y en el Diálogo Social. De ahí el favor por las reformas reglamentarias, a veces sin el rango de RD sino a través de Órdenes Ministeriales e, incluso, de Resoluciones, sin el debido consenso
3. El progresivo cambio del “régimen económico” de las MATEPS, a través fundamentalmente de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, en la doble dirección de ganar en eficiencia, a fin de mejorar las cuentas de la Seguridad Social –en las que se integran-, y también en “transparencia” –y control-, ante las profundas anomalías, unas de auténtica ingeniería jurídico-financiera, otras de claros abusos –como el descontrol de las retribuciones de los directivos, en su día justificado por la mayor profesionalización exigida- que se han ido difundiendo en estas entidades “colaboradoras”
4. El proceso de reestructuración organizativa del sector, en la dirección de dejar en número muy reducido de Mutuas, siguiendo procesos de fusiones “calientes” y “frías” al más puro estilo del sector “financiero” en nuestros días, con lo que, desde esta perspectiva, retomarían una vieja conexión. Procesos que no sólo se producen en las MATEPS de modo directo, sino también en sus estructuras preventivas gestionadas ahora de forma indirecta por ellas, las “Sociedades Mercantiles de Prevención” –SMP-

² Por todos, Villar Cañada, I. *Público y Privado en la gestión de la Seguridad Social en España*. Comares. Granada. 2008

5. La dialéctica entre las principales opciones estratégicas existentes para delimitar el “modelo de gobierno y gestión” de las MATEPS. Básicamente las siguientes:
 - a) La tensión Privatización/Publicación
 - b) La pugna entre Colaboración/Gestión
 - c) Las tensiones entre Reparación/Prevención/Integración
 - d) La batalla entre la “eficiencia de gestión (rentabilidad)”/ “eficacia prestacional (equidad)”
 - e) El debate autonomía de gobierno/Democratización (gestión paritaria)

2. LA CONTINUA PARADOJA: EL CONTRASTE DE VISIONES DE LAS MUTUAS ENTRE SINDICATOS Y PODERES PÚBLICOS

Antes de hacer un ajustado repaso por estas cuestiones, claves todas ellas para entender el prediseño legislativo de la reforma normativa ordenada por la Disposición Adicional 14ª de la Ley 27/2011, conviene insistir en un aspecto ya reseñado. Esta previsión remite, como se dijo, al pretendido “acuerdo socioeconómico” entre los interlocutores sociales y el Gobierno en orden a establecer las líneas de reforma de las MATEPS. Pero, como se dijo, el problema no es ya sólo que no existe un modelo único compartido ampliamente por todos los sujetos afectados en el sector, trabajadores, empresarios, Mutuas, Ministerio, sino que existe un fuerte contraste entre los diferentes modelos posibles y defendidos por cada actor del Sistema. En consecuencia, sin una aproximación entre las diferentes “imágenes” y comprensiones del sentido y papel hoy de las MATEPS será difícil alcanzar una reforma realmente útil y racional.

Desde esta perspectiva, debe recordarse que entre los trabajadores existe una imagen mayoritariamente negativa del papel de las Mutuas en nuestro Sistema de Seguridad Social, lo que no puede sino reflejarse también, cómo no puede ser de otro modo, en la visión que tienen los representantes sindicales mayoritariamente de ellas. En consecuencia, para los sindicatos no es sólo irrenunciable sino ya urgente avanzar en una doble dirección:

- a. profundizar en la gestión paritaria - ¿“democratización” del gobierno?- de las MATEPS
- b. promover la “codecisión” entre empresarios y trabajadores, de modo que no sólo aquéllos sino éstos se vean como “clientes” de las Mutuas, pues si la póliza con la Mutua depende tanto del empresario como del trabajador es evidente que deberá cambiar la actitud de las Mutuas hacia los trabajadores y de éstos hacia aquéllas. La

importancia de este tema queda apuntada en la propia Disposición Adicional 14^a, si bien parece resolverla en sentido contrario, o muy alejado de la pretensión sindical, pues llama expresamente la atención sobre la necesidad de asegurar la “libre elección de la Mutua” por parte del empresario, sin perjuicio de llamar a la “participación de sus trabajadores”.

En cambio, para los poderes públicos, las Mutuas reflejan una contrastada imagen de eficacia y eficiencia en la gestión, aunque los estudios económicos disponibles no son todos tan optimistas. Sea como fuere, el Gobierno aboga por ampliar su papel en la gestión, hasta el punto de llegar a desnaturalizarlas en cierto modo, por cuanto pasan de ser “entidades colaboradoras” a configurarse, de facto al menos, como una suerte de “entidad gestora” sui generis, especial, si bien manteniendo su forma de “asociación empresarial privada”. Por tanto, le asigna cada vez mayores competencias, y desde las más diversas normas se va remodelando las Mutuas –estructuras y funciones-, recurriendo a ellas para los más diversos fines, como hemos recordado: para mejorar la gestión de la incapacidad temporal en términos de ahorro de costes para el sistema público; para atajar el “absentismo laboral” por causas comunes; para auxiliar al empleador en la prevención de riesgos; para gestionar el riesgo durante el embarazo o durante la lactancia; para ampliar la acción protectora de los autónomos; para reducir la siniestralidad...

Cierto, cada vez se les somete a mayores controles públicos, hasta el punto de integrarse en el sector público. Esta sería la contrapartida, como prueba, además del reforzamiento de las habituales técnicas de control –autorización, auditoría de cuentas, prohibiciones de disponer...-, el quedar desde 2007 sometidas a la legislación específica de contratación del sector público. De modo que se actúan en dos líneas opuestas, pero no necesariamente contradictorias, aunque a veces genere confusión y, en todo caso, también tenga un límite de coherencia tal cohabitación de líneas opuestas de política del derecho: se le otorgan más competencias, a ejercer directa o indirectamente, pero se le recorta la autonomía “empresarial” de gestión. Por lo tanto, para quienes critican –tanto en el plano doctrinal como social- este proceso, estaríamos ante un auténtico proceso de “privatización”, más o menos larvado o encubierto, de la Seguridad Social. En cambio, para otros, para quienes lo avalan, la presencia creciente de las Mutuas en la gestión de recursos y prestaciones públicas no representaría ya propiamente un proceso de privatización de parte del Sistema de la Seguridad Social, pues se someten a un “férreo régimen de tutela” pública y su patrimonio lo es de la Seguridad Social.

En consecuencia, desde el enfoque complaciente, la reforma pasaría por la necesaria consolidación del actual sistema, para lo cual bastaría con perfeccionar la regulación normativa existente, clarificando, dando coherencia y actua-

lizando las diferentes situaciones y normativas que se han venido sucediendo en estos años. Por tanto, la clave del cambio estaría en promover un modelo de reforma que refuerce su coherencia y eficacia, así como su eficiencia, pero sin alterar sustancialmente sus fundamentos actuales – lógica de conservación del modelo actual pero revisado o no inmovilista-, esto es, sin revisar ni su naturaleza jurídica ni sus funciones, tal y como están hoy. En cambio, para otros, y este es el enfoque sindical mayoritario, acorde con el sector crítico, que es minoritario, se pide un cambio sustancial, de modo que no ya sólo se avance en la mejora de su gestión sino también en un modelo más participado socialmente de las Mutuas, con una intervención más significativa de organizaciones sindicales y empresariales. La reforma de coherencia exigiría adaptar su régimen legal a las nuevas funciones que realiza, no simplemente un ajuste formal.

Las señales que da el legislador de reforma se dirigen claramente en la primera línea referida, esto es, en la “conservación” del modelo actual, a su vez leído en una forma un tanto tradicional, al exigir que se asegure “el carácter privado de las Mutuas, como asociaciones de empresarios amparadas por la Constitución... y respetando su autonomía gestora y de gobierno... sin perjuicio del control y tutela a desarrollar por la Administración, atendiendo a su condición de entidades colaboradoras con la Seguridad Social” – letra b) Disposición Adicional 14ª Ley 27/2011-. La Ley insistiría, pues, en asociar el valor positivo que se le otorga a las MATEPS en nuestro Sistema de Seguridad Social a su dimensión de “técnica de gestión privada” de servicios públicos, pero entonces ¿tendrá sentido que se siga reforzando el proceso que las somete a las mismas normas que se aplican a la tutela y control de los entes públicos?³

A mi juicio, la Ley parece cerrar ciertas opciones de política jurídica en orden a la reforma de las MATEPS, apostando nitidamente por un modelo “conservador”, e incluso me atrevería a decir “inmovilista”. Pero entiendo que ni puede en general cerrar todas las opciones posibles, que no sólo exige una reordenación de sus principios mancomunados sino también un recorte de competencias adicionales a las originarias sobre gestión –reparadora y preventiva- de las contingencias profesionales, ni, en particular, atendiendo a una lectura más sistemática y evolutiva de la Disposición Adicional 14ª, incluso realista, tal

³ Para un autorizado sector doctrinal, claramente favorable al modelo “privatizador” actual, y a un modelo de conservación, aún no inmovilista, del modelo vigente, tal dualidad habría alcanzado hoy un grado máximo de confusión y, por tanto, evidenciaría límites importantes de “sostenibilidad”. De ahí que concluya que si “se insiste mucho más en las dos tendencias..., aumentando la publicación de las Mutuas y sus competencias, puede sobrevenir una situación carente de sentido (al margen de si es o no constitucional). Lo que el legislador estaría haciendo se parecería mucho a un truco de prestidigitación; emergería de la chistera una Mutua tan evolucionada que se habría convertido en entidad gestora”. Cfr. Sempere Navaro, Av. “Las MATEPS como entidades colaboradoras en la gestión de la seguridad social”. AAVV. (Dir: Efrén Borrajo). Op. cit. p. 854.

opción conservadora-inmovilista puede ser la única que se desprenda del texto, como veremos. En este sentido, deja abierto caminar hacia:

- el mantenimiento del statu quo, sin perjuicio de perfeccionar la regulación existente, con la clarificación de numerosos extremos confusos en la LGSS y en el Reglamento, de modo que se ahonden en las tendencias actuales (*modelo de conservación* no inmovilista).
- la reordenación sustancial de sus principios, dando una configuración en gran medida diferente a la actual (*modelo de innovación*, más o menos rupturista con la tradición de asociaciones privadas de empresarios meramente colaboradoras). A este respecto, podría plantearse la opción de configurar formalmente estas entidades privadas de conformidad con lo que ya son sustancialmente: una suerte de “*entidades de economía social*”, en los términos de la Ley 5/2011, de 29 de marzo de 2011, que en su catálogo abierto de entidades de este tipo hace referencia a las “mutualidades”.
- la retirada de las competencias adicionales a las originarias (*modelo de reajuste*, que consolide lo positivo y corrija derivas erráticas)

3. EL PERSISTENTE DÉFICIT REGULADOR: ENTRE LA AUSENCIA DE DEBATE LEGAL Y LAS EXPERIENCIAS DE AUTORREGULACIÓN

Un primer aspecto indudablemente positivo del mandado legislativo de reforma de las MATEPS será acabar con una profunda anomalía jurídica, en la medida en que sitúa en el debate “regulador” estas instituciones, que hasta el momento había carecido de él. Aunque resulte paradójico, las MATEPS vienen experimentando un proceso incesante de cambios de régimen y funcionales, pero todos ellos se han llevado a cabo sin un debate legislativo y social adecuados. Por eso, una crítica especialmente agria de la que debe hacerse acreedor el proceso de conformación actual del sector de “mutuas patronales” –vieja denominación que debería ir cediendo ante la realidad de la presencia también del interés de los trabajadores- en la Seguridad Social consiste en la deficiente vía legislativa llevada a cabo. En este sentido, se valore positivamente o se rechace el modelo de continuidad de las Mutuas –en otro tiempo cuestionado por quien hacía una lectura radical del artículo 41 CE-, así como su reforzamiento, no cabe admitir:

- ni el fácil y recurrente uso de las “normas de coyuntura” para reformar esta materia, que es lo que ahora viene sucediendo (Leyes de Presupuestos, Reales Decretos Leyes, Leyes de “Acompañamiento”...)
- ni el uso desmedido –abusivo- de la potestad reglamentaria, que es la que, a la postre, termina remodelando a su interés la realidad del sector.

- ni se justifican las múltiples lagunas y contradicciones que han ido acumulando a lo largo del tiempo estas normas, tanto en general como en relación a temas concretos.

El resultado es que, de un lado, el Parlamento apenas ha llegado a reflexionar con una razonable seriedad y profundidad sobre cuál es el papel que se desea atribuir a las Mutuas en nuestro sistema de protección sociolaboral. En este sentido, la evolución o bien se mueve por motivos de emergencia o coyuntura –por ejemplo el papel de las Mutuas como SPA fue más una “salida de emergencia” ante una clara improvisación, la creación de un mercado sin servicios que lo atendieran, que a una preferencia bien pensada; la atribución por la Ley de Igualdad a las Mutuas de la gestión de las prestaciones por riesgo biológico en situaciones de embarazo o lactancia sin directrices claras al respecto-, o bien responde al deliberado objetivo de la Administración tutelar de conformar la realidad según sus propias pretensiones. Hasta el punto de que no ya acude con desmesura a los Reglamentos que conforman la potestad reglamentaria, sino incluso a instrumentos sin valor normativo.

En efecto, en este ámbito han venido desplegando un papel singular no ya sólo los Reales Decretos –el más reciente e incisivo ha sido el RD 38/2010, de 15 de enero, que entre otras novedades ha introducido las “corporaciones mutuales”- y las Órdenes Ministeriales sino también las Circulares interpretativas, Instrucciones y/o Resoluciones de la Secretaría de Seguridad Social –véase la Resolución 5 de Noviembre de 2010 que, en espera de un desarrollo reglamentario que no llega, da cumplimiento nada menos que al artículo 32 LPRL-. Con ello, por enésima vez, se conforma una “Derecho Subterráneo” o hecho en los “Sótanos” del Ministerio, lejos, pues, del principio de participación democrática que da el debate legislativo y socio-sindical.

Pero tampoco los temas regulados gozan de un régimen preciso. Así, por ejemplo, respecto de la crucial relación de colaboración de las MATEPS con el INSS y con los Servicios Públicos de Salud, que se articula a través de la subordinación de aquéllas a las decisiones de la entidad gestora, acumula un importante déficit regulador que no es fácil de eliminar con la adopción sólo de acuerdos entre unos y otros, como viene sucediendo en la realidad. Esta materia suscita diversos problemas, en especial el relativo a la declaración de la contingencia determinante de la prestación de que se trate y en los procesos consecutivos de IT, problemas que han llevado a la intervención por parte de la doctrina jurisprudencial. Pero los problemas distan mucho de estar bien resueltos, pues sigue sin estar completamente clara cuál es la capacidad de gestión de ambos órganos intervinientes.

Este mismo déficit regulador se aprecia siempre que le ha sido atribuidas a las MATEPS nuevas competencias. Primero porque a menudo se ha hecho bien por norma reglamentaria o bien por una ley de coyuntura –presupuestos

generales del estado, leyes de acompañamiento-, por lo que se hurta el debate parlamentario, la reflexión de una ley ordinaria y no urgente. Segundo porque cuando se ha tenido esta reflexión legislativa, no se han dado las reglas precisas para resolver problemas de gestión, como está sucediendo respecto de las nuevas contingencias profesionales de los trabajadores autónomos, así como de la consideración como de origen profesional de las contingencias de “riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural”. En esta materia, además, existen prácticas denegatorias criticables, pues a menudo las Mutuas rechazan el reconocimiento de esta prestación, lo que resulta de todo punto injustificado y hace dudar del acierto legislativo a la hora de atribuir esta competencia a las Mutuas, sin que quepa otra alternativa aseguradora, como se ha dicho, sólo con la Mutua con la que se tiene contratada las contingencias profesionales –garantía de unidad de Mutua-.

Ciertamente, la Disposición Adicional 14^a no zanja de modo definitivo este tema pues remite la reforma al Gobierno, con la participación de los interlocutores sociales. Por tanto, surge la duda si con ello se ha dado un mandado de elaborar sólo un nuevo Reglamento, derogando en pleno el actual –RD 1993/1995, de 7 de diciembre, que ha sido modificado en innumerables ocasiones parcialmente-, o bien se abre la vía a la elaboración, mediante un previo “Proyecto de Ley”, que es la competencia reguladora del Gobierno en este ámbito-, de una auténtica “Ley de MATEPS”. A mi juicio, ya se haga una Ley *ad hoc*, ya se incluya un nuevo régimen legal en la LGSS –aunque es sabido que otros cuerpos legislativos incluyen regulaciones de las mismas, como la LPL-, esta opción sería la más acorde con las exigencias y situación actuales. En todo caso, ya se siga una vía ya la otra –que necesariamente implicaría una nueva regulación legislativa y un nuevo reglamento-, se exige una activa participación por parte de los interlocutores sociales.

De este modo, también se solventaría el referido déficit de debate social aquí constatado y denunciado. No obstante, se remite a la “participación”, pero no se concreta el modo o la técnica. Por lo tanto, no presupone un “acuerdo”, ni tan siquiera una negociación en sentido estricto. Por lo que bien entendido el mandato quedaría en una obviedad, pues está claro que una regulación requiere un proceso de “Diálogo Social”. De ahí que hubiese sido preferible exigir una participación más concreta y activa, remitiendo a un proceso previo de negociación entre el Gobierno y los Interlocutores Sociales. En todo caso, como se ha dicho, este proceso está implícito al modo actuar de hacer las leyes sociales, aunque también estamos asistiendo a un excesivo uso de los Decretos Leyes, a menudo, eso sí, ante el fracaso del acuerdo entre sindicatos y empresarios.

En paralelo a esta “unilateralidad reguladora”, más que reglamentaria incluso “administrativa”, hoy se detecta otro movimiento, que ha de ser también criticable, si bien por razones diferentes y más matizadas. Nos referimos a la

asunción también de un cierto modelo de “*autorregulación del sector*” mediante la proliferación de Códigos de Buenas Prácticas, siguiendo unas pautas presentes también en otras ramas de actividad económica. En este sentido, el sector de las MATEP ha asumido ese modelo de regulación que, basado en los principios de autonomía y voluntariedad, quiere suponer un mayor compromiso de los sujetos firmantes no ya con el respeto de sus deberes legales, pues éstos deben imponerse al margen de la voluntad de los obligados, sino con la adopción de las mejores prácticas posibles en su gestión. De ahí que, en teoría, implique un instrumento para que se asuman deberes adicionales de conducta correcta y excelente de forma voluntaria, si bien a menudo es una manera de enmascarar un cumplimiento flexible y tolerante de los deberes legales.

En este sentido, el 5 de septiembre de 2006, las MATEPS suscribieron, con presencia del Secretario de Estado de Seguridad Social, un “compromiso de autorregulación” por el que se obligan a crear un “Código de Buenas Prácticas” en relación tanto a la transparencia de su gestión como a la corrección de sus conductas, a fin de diseñar un catálogo de mecanismos que garanticen la “competencia leal” en el sector, así como el mejor control del cumplimiento de sus obligaciones por los poderes públicos. El acuerdo de autorregulación contempla:

- la tipificación de las prácticas de competencia desleal que, extendidas años atrás, deben ahora quedar completamente excluidas, como son todas las que puedan menoscabar el patrimonio de la Seguridad Social, las que otorguen beneficios que superen el ámbito de las prestaciones reglamentarias, o las que vulneren la separación entre los servicios que otorgan las mutuas y los que prestan las sociedades de prevención.
- la puesta en marcha de un órgano interno de resolución de conflictos. Este órgano está integrado por los Directores Gerentes de las MATEPS
- la revisión periódica del nivel de cumplimiento del Código

Además, cuentan con su “Código Ético” en el marco del modelo de gestión basado:

- **Calidad Total.** Las Mutuas más importantes se adhieren al “modelo de gestión EFQM” para el personal, lo que no deja de ser problemático, porque implica una cierta individualización de las relaciones laborales en su seno frente a la dimensión colectiva, que ha de primarse
- **Responsabilidad Social Corporativa.** A este respecto, la práctica totalidad de las Mutuas han adherido en el plano de la RSC, pero en la versión más “benéfica” o “asistencial” de la misma.

Las irregularidades mantenidas posteriormente a la firma del Acuerdo por diversas Mutuas, algunas de las cuales están bajo investigación judicial, reduce la confianza en al virtualidad de este mecanismo de control interno, dejando casi en papel mojado el Acuerdo de Autorregulación. De ahí la necesidad de

reconducir este modelo por una vía más comprometida, que implica un mayor juego de la autonomía colectiva y, en todo caso, del referido Diálogo Social. Una idea promovida no ya sólo en el plano general por la llamada legal a una reforma normativa socialmente debatida, sino por la concreta remisión que se hace a fijar un “régimen económico” basado en el equilibrio financiero, la eficiencia y la transparencia. Aspectos básicos que, por lo tanto, en modo alguno pueden quedar sólo, ni siquiera principalmente, a las técnicas de autorregulación, por más que puedan resultar útiles como dispositivos complementarios y adicionales, sino que precisa una clara y coherente formulación normativa, legal y reglamentaria.

4. DESNATURALIZACIÓN DE LOS “PRINCIPIOS CONSTITUTIVOS” DE LAS MATEPS: ENTRE “EFICIENCIA” Y TRANSPARENCIA PÚBLICA

Aunque el sistema básico de gestión y responsabilidad en relación con las contingencias profesionales, ámbito propio de las MATEPS y del que quizás nunca debieron salir, no ha variado sustancialmente a pesar de los cambios producidos en más de un siglo, sin embargo, el paso de un “Sistema de Seguros Sociales” a un “Sistema de Seguridad Social” ha influido notablemente en el “modo de gestión” y en el “ámbito de actuación” de las Mutuas. Nacidas como “entidades gestoras privadas” del seguro social de riesgos –los profesionales-, actuando en concurrencia con una entidad gestora pública, el viejo Instituto Nacional de Previsión –INP-, pasarán modernamente a tener la condición de “entidades colaboradoras” de la Seguridad Social, subordinadas a las entidades gestoras de ésta, pero utilizadas para atribuirles funciones que superan ampliamente aquella posición⁴.

La comentada Disposición Adicional 14ª Ley 27/2011 sugiere una lectura pacífica y casi lineal de esta evolución histórica, al plantear con toda “naturalidad” el compromiso tanto de “garantizar su función de entidades colaboradoras” -letra a)- cuanto de “asegurar el carácter privado” de las Mutuas –letra b)-. Atendidas esas previsiones en su estricta literalidad podría parecer que no ha sucedido nada sustancialmente divergente en estos años, cuando la realidad, como se viene sugiriendo, es bien diferente. La historia de las Mutuas puede resumirse como la historia del desbordamiento de todos y cada uno de sus prin-

⁴ El artículo 68.2 LGSS recalca esta idea de la Mutua como entidad de configuración legal, por tanto a disposición del sistema para cualquier función que se le quiera atribuir, lo que hace a día de hoy difícil presagiar en qué puede desembocar la trayectoria normativa de potenciación del papel de las Mutuas en la gestión en el Sistema de Protección Social en general, más allá de la Seguridad Social

cipios originarios de constitución y funcionamiento, pese a lo cual siguen, de modo sorprendente, manteniendo una configuración análoga a la que tuvieron en su origen, si bien hoy es evidente que tal imagen es sólo apariencia. En este sentido, esta clara “desnaturalización” –perfeccionamiento para unos, degradación para otros– de tales principios se concreta básicamente en:

1. La quiebra radical del “*principio de especialidad*”.

La integración de las Mutuas en el sistema público ha ido conllevando la pérdida de su originaria especialización en la gestión de contingencias profesionales, bajo la convicción, más presupuesta que real, del carácter intrínsecamente “eficiente” de su gestión respecto del funcionamiento de las entidades gestoras públicas. En este sentido, aumenta su carga competencial y, en paralelo, se reducen sus límites de actuación. Así:

- a) se introdujeron en el campo de las contingencias comunes (1994), gestionando las prestaciones económicas en este ámbito. Hoy ya gestionan más de las $\frac{3}{4}$ partes, en torno al 75% de la cobertura por estas contingencias, todavía algo lejos del más del 95% que cubren de las profesionales. A la vista del inciso final de la Disposición Adicional 14ª Ley 27/2011 no parece que esta situación vaya a cambiar, en la medida en que, pese a reconocer la diferencia, incluye igualmente dentro del deber de garantizar la función colaboradora la gestión de la prestación por IT derivada de contingencia común
- b) asumieron actividades preventivas como Servicios de Prevención Ajenos, aplicándoles normas idénticas al resto de los servicios preventivos (1995), sin reparar, hasta 2005 (RD 688/2005), que las MATEPS demandaban prescripciones específicas, por lo que hasta entonces supusieron una alteración profunda de las normas de competencia. Una anomalía jurídica y económica que aún no ha desaparecido, ni en el plano material -5 Sociedades de Prevención de las 19 que hoy son copan el 75% del total del sector de los servicios preventivos, frente a la atomización y baja cartera de clientes de los Servicios de Prevención Ajenos-, ni en el normativo. El citado nuevo artículo 32 LPRL, modificado por la Ley 32/2010 –también incide la modificación del RD 688/2005 por el RD 38/2010-, no prohíbe la intervención mutua en el referido mercado de servicios preventivos, al contrario la reconoce y facilita, eso sí, no ya a través de una gestión directa de tales servicios, sino mediante una forma de gestión indirecta: la creación y/ participación, que puede ser única o mayoritaria, en el capital accionario de las Sociedades Mercantiles de Prevención –SMP-. A falta de desarrollo reglamentario, la citada Resolución de 5 de noviembre de 2010 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, ha dictado “instrucciones” para dar cumplimiento a esta previsión

legal. En todo caso, conviene tener presente que las MATEPS siguen prestando actividad preventiva directa, si bien de colaboración, a través de los Planes Preventivos Mutuales que se aprueban anualmente y con cargo a cuotas (0,5% de sus ingresos) – Orden TAS/3623/2006, de 28 de noviembre y Resolución de 10 Junio de 2011, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social-. La Disposición Adicional 14ª no hace referencia alguna a esta materia, por lo que ha de entenderse que regirá la actual previsión legislativa en la LPRL, esperando eso sí, entendemos, que se produzca el comprometido desarrollo reglamentario y se subsane la actual anomalía jurídica que supone concretar esta cuestión a través de una simple “Resolución” de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social

- c) ampliación de competencias en el territorio profesional ⁵ (elaboración y tramitación del parte de enfermedad profesional, funciones antes del empresario -RD 1299/2006-; cobertura de los trabajadores autónomos y de los TRADE en las contingencias profesionales -RD 1273/ 2003 y artículo 26 Ley 20/2007-). A las que deben sumarse la tradicional “asistencia sanitaria” desde el acaecimiento del accidente, y la “asistencia social” con cargo a excedentes, si los hubiere claro. La genérica referencia de la Disposición Adicional 14ª a la garantía de sus funciones en la “protección de los derechos de los trabajadores en el ámbito de las contingencias” profesionales hace pensar que en este ámbito las opciones de reforzar su papel son máximas, siendo su campo “fundamental” de actuación, como sugiere la referencia legal. No obstante, en relación a la “asistencia social” las previsiones son más inciertas, a tenor de la reforma introducida por la LPGE/2011 que, en todo caso, significará una reducción de la cuantía dedicada a cubrir esta prestación, hasta hace un par de años apenas explorada en buena parte de las MATEPS y que hoy, en alguna ocasión, puede adquirir una dimensión considerable –es el caso de ASEPEYO-. En cambio, en relación a la “asistencia sanitaria”, las últimas reformas se orientan hacia la intensificación del papel de las MATEPS en este ámbito, incluso más allá de sus asociados y trabajadores cubiertos, a fin de actuar como “entidades colaboradoras” del Sistema de Salud.
- d) Asunción de la gestión de prestaciones económicas especiales en la cada vez más relevante “rama de prestaciones de conciliación de la vida laboral y familiar”, dentro de la cual podemos incluir, de una forma más laxa, las prestaciones económicas por riesgo durante el

⁵ En paralelo al proceso de reforma orientado a fijar el deber de las Mutuas de proteger frente a enfermedades profesionales en términos análogos al accidente de trabajo, modificando la regulación precedente

embarazo y la lactancia natural (2007), y de una forma más concreta, la reciente prestación económica –subsidio– por cuidados de hijos menores con cáncer u otra enfermedad grave (2010)-. Si es discutible la atribución a las MATEPS del primer bloque de prestaciones de este tipo, es un auténtico dislate la asignación de la última referida, cuya finalidad es la de compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad (artículo 135 quáter LGSS y RD 1148/2011).

- e) Atribución, nada menos que prácticamente en exclusiva –apenas un 5% de trabajadores tienen aseguradas las contingencias profesionales con las entidades gestoras-, a las MATEPS de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos (Ley 32/2010). De este modo, las MATEPS hacen también su incursión por una nueva rama de protección antes ajena por completo a ellas, como las prestaciones por “desempleo”, pues en última instancia de eso se trata con esta prestación por “cese de actividad”, si bien para los autónomos. La Disposición Adicional 14ª tampoco prejuzga esta asignación.

En suma, frente al viejo “principio de especialización” hoy se afirma un opuesto “*principio de polivalencia*”, por cuanto no sólo son entidades colaboradoras en la gestión de la protección reparadora, también en la actividad preventiva, así como en la asistencial, en la de “desempleo” de los autónomos, para la conciliación de la vida laboral y familiar... Hasta el punto de ordenarse bajo un principio bien diferente, como es el de *protección integral de los trabajadores, por supuesto frente a los riesgos profesionales*, pero no sólo. En este sentido, queda clara la idea del legislador en el artículo 68.2 LGSS que la Disposición Adicional 14ª no parece cuestionar: las Mutuas están a disposición del Sistema.

2. La quiebra del “*principio de territorialidad*”.

Desde sus orígenes, y en cierto modo al igual que las “Cajas de Ahorros”, las Mutuas han venido manteniendo una estrecha conexión con un determinado entorno o “territorio”. De ahí que, inicialmente sólo pudieran actuar provincialmente⁶. Con el tiempo, se ha producido una marcada liberalización del ámbito territorial de actuación, que no sólo les permite tener un ámbito nacional, sino que incluso podrían asumir funciones de carácter internacional. En consecuencia, se hace más fácil el proceso de reorganización o reestructuración del sector, en la dirección de promover un número mucho menor de

⁶ Aunque la asociación de una empresa a una Mutua se siga realizando a nivel provincial.

Mutuas pero más fuertes o solventes, en línea con lo que se promueve en los sectores financieros –y económicos en general-. Esta creciente desconexión de la Mutua con su territorio de origen es mayor si se tiene en cuenta la marcada tendencia a constituir “nuevas formas de organización mutual compleja”, en la línea de las referidas “*organizaciones corporativas*”. Como han puesto de relieve los importantes cambios en la regulación reglamentaria operados por el RD 38/2010, un línea clave para mejorar la eficacia y racionalización en la utilización de los recursos públicos que gestionan las MATEPS es la de fomentar técnicas de cooperación e integración entre ellas, como son las “entidades” y los “centros mancomunados”, con el consiguiente desbordamiento de su ámbito de actuación. No obstante, es manifiesto que las tensiones territoriales siguen y eso dificulta los procesos de reorganización.

3. La desfiguración del *principio de voluntariedad*.

Ligado a su carácter privado, desde su nacimiento, las Mutuas han funcionado como una fórmula alternativa de actuación, y nunca como una imposición: ni sus funciones han sido en exclusiva, ni los socios están obligados a quedarse en la elegida en un momento dado –derecho de opción y carácter temporal del convenio de asociación (aunque se haya ampliado “excepcionalmente” en la última reforma de 1 a 3 años⁷)-. Pues bien, esta también conoce erosiones – la obligación de los autónomos de asociarse a una Mutua para acceder a la protección; no cabe opción aseguradora para la cobertura del riesgo durante el embarazo y lactancia, consolidación de posiciones de dominio...-.

Este dato no deja de ser interesante porque el reforzamiento de su presencia en el Sistema que supone revela, en paralelo, la propia desconfianza gubernamental en sus entidades gestoras, por entender que son menos eficientes. Por tanto, de hecho –posición dominante en los ámbitos de cobertura en los que interviene- y de derecho –promoción de su presencia por la norma en detrimento de la entidad gestora-, la Mutua adquiere una creciente dimensión institucional en detrimento de la contractual. Quizás por ello el legislador ha incluido dentro del aseguramiento en la reforma ordenada de la dimensión privada de esta entidad la protección de la “libertad del empresario en la elección de la Mutua respectiva”, inciso incluido en el trámite del Senado.

⁷ La Disposición Transitoria 1ª.1 del RD 38/2010, justifica la ampliación en la necesidad de dotar al sector de estabilidad. Así: “Habida cuenta de la amplia regulación de las entidades y centros mancomunados que se lleva a cabo por medio de este real decreto y la necesidad de dotar de estabilidad al sector de mutuas hasta que estos procesos de concentración se encuentren debidamente consolidados, el plazo de vigencia del convenio de asociación previsto en el apartado 2 del artículo 62 del Reglamento sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, queda ampliado a tres años de manera excepcional y por una sola vez”. Esta previsión fue impugnada por la CEOE por considerarla contraria a la libertad de empresa, pero ha sido avalada por la STS, 3ª, 22 de febrero 2011.

Ahora bien, al igual que el principio no se ve contradicho por la existencia de ciertas restricciones legales -como la unidad de cobertura de la empresa a escala provincial (artículo 70.2 LGSS) o la necesaria aceptación de toda solicitud empresarial-, tampoco es incompatible con la necesidad de contar, de modo previo a la decisión, con la opinión de los representantes de los trabajadores -artículo 61.3 RMATEPS-. Si bien, aquí surge una profunda disonancia entre el modelo sindical y el modelo empresarial, pues el primero exige el carácter estrictamente negociado de esta decisión, de modo que se requiera la conformidad por parte de los representantes de los trabajadores. No son los empresarios, como a menudo se lee y oye, sino los trabajadores lo que resultan asegurados, de ahí la centralidad de su opinión, pues en la decisión hay en juego cuestiones de mucha trascendencia y dimensión personal (asistencia sanitaria, datos médicos, seguimiento personal de incapacidades, niveles de seguridad y salud en el trabajo por su implicación significativa en la prevención, de un modo u otro...).

Los sindicatos interesan, con razón que su opinión sea decisoria, para lo que requieren un cambio legal que otorgue fuera vinculante a su decisión, conjuntamente con el empleador. A ello se oponen los empresarios, escudados tanto en que a ellos incumbe en exclusiva el pago de las cotizaciones o cuotas por contingencias profesionales, lo que es muy discutible porque, en todo, caso se trata de recursos públicos, no ya de “primas de seguro”, como antaño, y porque también gestionan cuotas obreras en relación a la incapacidad temporal por contingencias comunes, cuanto a la atribución a ellos de responsabilidad mancomunada. La Disposición Adicional 14ª, en cambio, al condicionar esa libertad a un “principio participativo” genérico, parece que está apuntando a mantener la más débil forma de “consulta”, como sucede hoy.

En todo caso, es más que evidente que el aumento del papel de las Mutuas debía suponer el incremento del papel de los sindicatos. Por eso, el principio de voluntariedad del socio, debería también ser modulado por el “principio democrático” de gestión, cuyo contenido debe ser algo más que una fórmula hermosa o metafórica, para luego concretarse solamente a día de hoy en la existencia de unos órganos electivos. También en esta materia, como se verá, la reforma legal se queda en opciones mínimas.

Finalmente, cabe recordar que tampoco cede el principio de voluntariedad porque se someta su funcionamiento a una fuerte tutela administrativa. Queda claro que eso no la hace participar de la naturaleza de la Administración Pública, como a veces se lee en ciertos pronunciamientos judiciales, como prueba el que se insista en que no es posible que se beneficien de las prerrogativas inherentes a aquélla. A este respecto, habría que huir tanto de regímenes de tutela “asfixiantes”, como sería el exigir que cada actuación mutual estuviese autorizada, como “laxos”, que deja un elevado nivel de tolerancia. Este equilibrio es el que presupone la referencia expresa de la comentada DA 14ª.

En suma, a lo largo de esta evolución, las MATEPS han experimentado una significativa e incesante “metamorfosis”. A menudo el lenguaje enmascara la realidad jurídica y también, y sobre todo, la real: las Mutuas también gestionan una parcela significativa de la Seguridad Social, aunque lo hagan bajo condiciones específicas, tanto en relación a entidades privadas como públicas, por el régimen de tutela y de intervención –régimen de fiscalización- especial que tienen. La Ley 193/1963, de Bases de la Seguridad Social no lo escondió y refiere abiertamente a las Mutuas como una especie del género gestión de la Seguridad Social. Funcionalmente, pues, no así estructuralmente, tienen esa dimensión gestora, sin que pueda suponer identidad con ellas, ni orgánica ni patrimonial, ni tampoco en orden a las facultades de control. El proceso ha tenido una condición, como se decía: la ampliación de funciones les ha obligado a someterse a una mayor intervención pública, reduciendo la autonomía propia de una entidad privada, como era su condición originaria, y viendo cómo se multiplican las exigencias administrativas en esa gestión. Lo que para unos es coherente y para otros una contradicción.

Por lo tanto, la reforma normativa promovida tendrá que resolver esta contradicción. Para lo que, como es evidente, no resulta nada realista seguir creyendo que estamos ante una “asociación mutual empresarial privada”, como da a entender la algo cándida DA 14ª, letra b) Ley 27/2011.

En todo caso, parece claro que se debe igualmente garantizar el funcionamiento bajo principios de actuación técnica y profesional. Aunque también esa profesionalización creciente debe tener su control, en la medida en que en esa exigencia encontró su sentido la aparición años atrás de la figura del “Director-Gerente” o “asimilados” (artículo 76.1 LGSS), lo que ha dado lugar a la proliferación de cargos internos de este tipo. Aunque la normativa establecía importantes incompatibilidades y prohibiciones, como se analizó, la situación permitió un sistema retributivo de los “altos cargos” muy perverso, de ahí que las últimas reformas, incluidas la de la LPGE/2011, se orienten en el sentido de someter tales retribuciones a normas mucho más precisas, evitando los abusos, si bien hacia el futuro.

5. MENOS MUTUAS: REESTRUCTURACIÓN MEDIANTE “FUSIONES FRÍAS” (CORPORACIONES-MANCOMUNIDADES MUTUALES)

La transformación del sector mutual está siendo muy profunda, más de lo que sugiere la analizada Disposición Adicional 14ª, tanto en el plano cuantitativo como cualitativo. Por lo que hace al primer plano, el cuantitativo, al movimiento de presión al cambio se dirige, al igual que en otros sectores económico-empresariales, a la reducción radical de su número, a fin de que sean “pocas

pero potentes”, esto es, con elevada solvencia económica, a fin tanto de dar más seguridad y también mayor eficiencia. Para ello se siguen fórmulas análogas a las puestas en práctica en otros sectores, como decimos, como el sector financiero, de modo que encontramos “fusiones calientes” –concentración en la unidad- y “frías”- concentraciones en la diversidad (creación de grupos mutuales o corporaciones mutuales-. En este sentido, del mismo modo que se ha consentido a las Mutuas acudir a formas de gestión indirecta de actividades preventivas, mediante la creación de Sociedades Mercantiles de Prevención –SMP-, interponiendo un sujeto empresarial para que les sea posible seguir actuando como Servicio de Prevención Ajeno, se les ha permitido, e incluso se espolea, la creación de estructuras complejas, de grandes “grupos mutuales”.

En consecuencia, el proceso de “racionalización organizativa” de las MATEPS, que se remonta a finales de la década de los años 80 y principios de los años 90, y que tuvo como principal efecto práctico reducir las 180 MATEPS existentes entonces a 30, se ha reactivado en los últimos años, si bien parece haber cambiado de orientación de modo parcial. Así, la inicial pretensión de reducir las a 10, con la finalidad de hacer posible no ya sólo una mayor “eficiencia” de este sector de “economía social”, sino también facilitar mucho más su “control” respecto de la situación actual, se ha visto en parte frenada por dificultades de diferente tipo. A día de hoy hay 20 MATEPS. Por eso, y sin perjuicio de seguir profundizando en este ajuste duro, el Ministerio ha abierto otra vía para conseguir ese efecto de racionalización-reducción de estas entidades. Para ello, junto a las fusiones en la unidad –que en todo caso deben ser autorizadas por el Ministerio (artículo 48 del Reglamento de Colaboración de las MATEPS-, el sector está viviendo una segunda técnica de concentración, como es la creación de grandes “corporaciones mutuales”.

La singularidad de esta forma de reestructuración es que no implica la desaparición de entidades precedentes, absorbidas por una nueva y más grande, sino la configuración de consorcios o de agrupaciones de Mutuas. Se trata de una iniciativa novedosa dentro del sector, en la que cada una de las mutuas participantes en la Corporación mantiene su identidad y personalidad jurídica, poniendo en común y a disposición de sus empresas y trabajadores protegidos medios, recursos y centros asistenciales. Se trata, en definitiva, de fomentar la “concentración en la diversidad”, frente a las fusiones, que representan la “concentración en la unidad”. Con ello se daría culminación de una antigua idea de la Secretaría de Estado que busca una fórmula que haga compatible el proceso de concentración con el mantenimiento de las características individuales, de las singularidades y de la proximidad territorial. La primera dimensión se concreta en el referido objetivo de eficiencia en la gestión de recursos públicos, y mejora del servicio, en la medida en que se pueden hacer compatibles la mejor utilización de recursos financieros, los medios materiales e instalaciones y el propio personal facultativo disponible por parte de las entidades, aumentando, de este modo, las sinergias.

Atendiendo a la segunda se mantiene la “señal de identidad” de cada una, por lo que se da continuidad al “arraigo territorial de las mismas”.

El RD 1765/2007, de 28 de diciembre posibilitó por vez primera que las MA-TEPS pudieran establecer entre sí mecanismos de cooperación. Estos mecanismos consisten básicamente en la puesta en común de medios y prestaciones de servicios a los trabajadores asegurados, con independencia de la concreta Mutua con que tengan concertados estos servicios, asumiendo la forma de “mancomunidad”. Esta posibilidad se contemplaba únicamente en relación con los servicios sanitarios y recuperadores. Una opción que ha sido reforzada por el RD 38/2010, de modo que realmente pretende es facilitar la constitución de agrupaciones mutuales en la diversidad, eliminando algunas de las barreras, en forma de autorizaciones públicas, antes existentes. El resultado es una mayor flexibilidad y facilitación de estas estructuras grupales, sin que, en paralelo, se hayan reforzado, más bien lo contrario, los derechos de representación de los trabajadores, que sin duda se verán afectados. Los sindicatos mayoritarios han mostrado su rotunda oposición a esta reforma reglamentaria. Primero porque no participaron en su gestación, en contraste con la patronal del sector, AMAT, que sí lo hizo activamente, realizando un informe durante el proceso de trámite de la reforma que tuvo cierto eco en la norma finalmente aprobada. Segundo, porque esta nueva forma de colaboración mancomunada genera mayores dificultades de control público.

A día de hoy encontramos dos grandes agrupaciones mutuales. La primera fue “*Corporación Mutua*”, el primer grupo mutual del país por redes de servicio, con 282 centros, y el segundo por cuotas recaudadas. *Corporación Mutua* inició su actividad el día 1 de enero de 2008. Es, pues, el resultado de un proceso de agrupación de 8 Mutuas –inicialmente fueron 6, y luego se adhirieron dos más-, bajo un modelo de coordinación y de puesta en común en medios, recursos y centros asistenciales (340, entre los que destacan 8 Centros Hospitalarios y 238 Centros Ambulatorios)– una suerte de grupo coordinado, que integra una Mancomunidad de Mutuas- (Cesma-Ibermutuamur-ac-Mutua de Accidentes de Canarias-MC Mutual-Mutualia-Solimat Mutua Gallega, Unión de Mutuas). La otra Gran Corporación es *SUMA Intermutual*, que nace de la agrupación de 5 Mutuas -Mutua Montañesa, MAZ, UMIVALE, Mutua Navarra, Egarsat-. Constituye una nueva forma de alianza estratégica en el sector⁸.

⁸ Así ha sucedido ya en el periodo que va desde que se desarrollara este segundo proceso de reestructuración, reordenando parcialmente el sector de las Sociedades de Prevención. Precisamente, prueba de la continuidad de conexiones, es el proceso de reestructuración también en el seno de las Sociedades de Prevención –ejemplo: MRM SOCIEDAD DE PREVENCION DE REDDISMATT SOCIEDAD LIMITADA, pasa a denominarse SOCIEDAD DE PREVENCION DE NUEVA ACTIVA SOCIEDAD LIMITADA Sus cifras son: En torno a 2 millones de trabajadores protegidos; 4.300 empleos de los cuales 2.900 corresponden a las mutuas y 1.400 a las sociedades de prevención – como vemos se presentan conjuntamente, evidenciando el valor de la agrupación en la doble dimensión de actividad mutual-, 400 centros, 253 correspondientes a las mutuas y 147 a servicios de prevención

Entre otras críticas, a estos procesos de agrupación mutual se le ha imputado un efecto de limitación de la libertad de mercado y de la competencia. Así, estas nuevas agrupaciones pueden implicar una limitación a la libertad de elección de los mutualistas, en cuanto que la capacidad de elección no garantiza que sea la propia Mutua la que preste el servicio, sino que podría ser otra integrante de la agrupación a la que pertenece su Mutua. También existe el riesgo de que estas Agrupaciones marquen políticas comerciales comunes que vinculen a sus asociados y que supongan en la práctica una restricción de la libre competencia. Además tiene también efectos este proceso de concentración en la ordenación de las nuevas Sociedades de Prevención⁹.

En todo caso, este proceso también viene motivado por los deficientes balances que están presentando la práctica totalidad de estas sociedades, lo que ha llevado a proponer diversas vías de reforma para tratar de resolver tan significativo problema y que no hace sino incidir en un problema mayor, el relativo al fallido mercado de prevención creado por la LPRL

6. MÁS EFICIENTES Y TRANSPARENTES: LAS GARANTÍAS PARA EL CONTROL DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS MATEPS

La racionalización del sector de MATEPS busca un mejor funcionamiento de éstas y para ello no basta con facilitar su control por se menos, sino también por actuar de un modo diferente, sometidas a un régimen de mayor tutela y transparencia. Una idea que queda fielmente reflejada, al menos en términos genéricos, en la letra c) de la Disposición Adicional 14ª Ley 27/2011. Aunque no es el único aspecto incidente, queda claro que un ámbito especialmente relevante para asegurar ese funcionamiento eficiente y transparente es en el relativo al “régimen económico”, de modo que se sepa con toda claridad a qué partidas y conceptos se dirigen los ingresos, teniendo en cuenta que tanto sus fines –la cobertura de prestaciones- como sus recursos –cotizaciones básicamente, pero no sólo- son eminentemente públicos. La referencia no es meramente abstracta.

Al contrario, refleja una constatada y criticada, pero no resuelta, realidad de los últimos años: pese al crecimiento de las vías de control públicos, las deficiencias de gestión, y por tanto económicas, no siempre se controlan adecuadamente, generando múltiples prácticas anómalas. En este ámbito también asistimos a una profunda paradoja, cuando no lisa y llanamente a una profunda

⁹ Su objeto social es la actuación como servicio de prevención ajeno para las empresas asociadas a “ACTIVA MUTUA 2008, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, nº 3”. Y se conforma mediante la absorción de la anterior “PREVENMUPA SOCIEDAD DE PREVENCIÓN SL”. Con un capital social de 807.000 Euros.

contradicción, consistente en que a más se ha ido reforzando la dimensión pública de estas entidades colaboradoras más anomalías se han constatado en orden al control de su régimen económico y de funcionamiento. Por eso, han sido muy diversas las “recomendaciones de los órganos de control público” de llevar adelante un revisión profunda del régimen de las Mutuas

En este sentido, y más allá del estallido formal de la “crisis de la MUTUA UNIVERSAL”, “secreto a voces” pues las sospechas de irregularidad en torno a esta Mutua estaba extendida en el sector, desde diversos ámbitos y con diferentes intereses, se ha venido poniendo de relieve la difusión en el sector de múltiples prácticas anómalas, que en lo sustancial evidenciaban una línea débil de separación entre la política de beneficios empresariales y la de prestación de servicios públicos para particulares, y a menudo ha sido sobrepasada en la práctica de muchas Mutuas. Los problemas ofrecían una amplia gama, que va desde la vulneración de las reglas de la libre competencia, prácticas de cesión de trabajadores, hasta fraudes a la Seguridad Social, pasando por la utilización de recursos públicos para fines privados, con la consiguiente pérdida de eficiencia. En este sentido, la mejora de los “ratios de eficiencia” de las MATEPS exigía, entre otras cosas, mejorar el control del Ministerio, a fin de eliminar los llamados “extornos” –beneficios en términos de servicios gratuitos o a bajo coste ofrecidos por las Mutuas a los empresarios, como una vía de asociarlos ante la imposibilidad de competir por “tarifas”, dado que se fijan legalmente¹⁰.

La experiencia muestra que tanto normativa como tácticamente el Ministerio ha ejercido un control muy relajado o laxo, pese a las quejas continuas de lo contrario por parte de las Mutuas, tanto en el ámbito de la colaboración con la Seguridad Social como en su actividad preventiva. El Tribunal de Cuentas lo ha podido confirmar a través de diversos Informes, de alcance desigual. Por eso, en las Leyes de Presupuestos desde 2010, además de las continuas medidas relacionadas con el control de la IT, que tanto afectan también a las Mutuas, se han ido incluyendo una serie de modificaciones que afectan sobre todo a la eficiencia y transparencia de su funcionamiento económico y que como línea general busca introducir mayores limitaciones, situando a las Mutuas en el marco del control de las entidades del “sector público”¹¹. Así, y por reseñar las recientes:

¹⁰ Por eso, una práctica para ganar cuota de mercado pasa por “rebajas indirectas en las cuotas”. Se trata, en realidad, de “comisiones” -en algunos casos alcanzan el 30% para empresas con plantillas amplias- a cambio del contrato de una empresa. Según fuentes del sector, el contrato para una empresa de 20 trabajadores puede generar un extorno de 6.000 euros. La dificultad estriba en detectar ese tipo de irregularidades.

¹¹ Esta identificación o asimilación no tiene siempre efectos de mayor rigor, sino que a veces implica un beneficio para la Mutua, como sucede con la extensión a ésta de la excepción de prestar fianza a los arrendamientos de las Mutuas cuando actúen en su función de colaboración en la gestión, así como sus centros y entidades mancomunados, cuando la renta haya de ser satisfecha con cargo a sus respectivos presupuestos – Disposición Final 4ª LPGE/2011-.

- a) Fijación de limitaciones en las retribuciones e indemnizaciones de los cargos directivos y del resto del personal al servicio de las Mutuas, así como del resto de los gastos de administración mutual.

Aunque sea sorprendente, hasta el ejercicio 2010, el régimen retributivo del personal directivo de las Mutuas, que no está sometido a convenio, carecía de regulación específica. Una anomalía más que el Tribunal Cuentas venía pidiendo se corrigiese. Finalmente, la Disposición Adicional Octava de la LPGE/2010, mantenida por la DA 59ª LPGE/2011, subsanó esta deficiencia.

En todo caso, cabe recordar que sí estaba afectado por las limitaciones de crecimiento de la Disposición Adicional 8ª RD-Ley 8/2010. En todo caso, las retribuciones del personal de las Mutuas se sujetan a las limitaciones que pesan sobre todo el sector público –artículo 25 LPGE-. Asimismo, la DF 3ª LPGE, apartado 7, que modifica el artículo 76.3 LGSS, elimina la posibilidad, prevista en la regulación anterior de las Mutuas, de fijar indemnizaciones por extinción de la relación laboral con su personal, cualesquiera que sean la forma de dicha relación y la causa de extinción, que supere las establecidas legal y reglamentariamente, al menos si se pagan con cargo a recursos públicos. Finalmente, tampoco otros “gastos de administración” –artículo 24 del Reglamento de Mutuas- podrán ser fijados libremente, exigiendo autorización por parte del Ministerio de Trabajo e Inmigración si se va a realizar modificación respecto del Presupuesto aprobado cada año e incluido dentro del Presupuesto de Seguridad Social –Disposición Adicional 6ª LPGE/2011-.

- b) Nueva articulación de las reservas obligatorias de las Mutuas y nueva regulación de los “excedentes” (“resultados económicos positivos”) de su gestión

En su gestión de las prestaciones que asume conforme al ordenamiento jurídico la Mutua, ésta incurre en una serie de gastos de diferente naturaleza a los que debe hacer frente con sus recursos, entre los que destaca los importes de las cuotas recaudadas por contingencias profesionales, que la TGSS pone a su disposición –artículo 18.1 LGSS-. Si bien no es el único, pues cuenta también con su “patrimonio histórico”, aunque está igualmente afectado a los fines sociales de la Mutua y de cuya gestión no puede en modo alguno derivarse rendimientos o incrementos patrimoniales, dado que no tiene ánimo de lucro, al menos formalmente, esta entidad. En cualquier caso, lo que aquí nos importa recordar es que tradicionalmente la regulación legal y reglamentaria han venido fijando un preciso régimen jurídico para garantizar la solvencia de las Mutuas, así como el cumplimiento de los distintos fines sociales a que responden.

En este sentido, una primera garantía de solvencia de las Mutuas ha sido el régimen de reservas obligatorias de las Mutuas. En la medida en que éstas han de constituir en la TGSS, hasta el límite de su responsabilidad, el valor actual

del capital coste de las pensiones que se causen por incapacidad o muerte debidas a accidentes de trabajo –Orden TAS/4054/2005-, las Mutuas deben dotar reservas al final de cada ejercicio con cargo a los resultados de su gestión, de modo que en todo momento esté asegurada la solvencia de la entidad y su capacidad económico-financiera para hacer frente a sus obligaciones. Pues bien, la Disposición Transitoria Quinta de la LPGE/2011 ha simplificado todo este régimen, de modo que obliga a cancelar sus reservas de obligaciones inmediatas y de estabilización, pro contingencias profesionales, así como las voluntarias o estatutarias –artículo 66 Reglamento-, así como las correspondientes al “fondo de asistencia social de accidentes de trabajo”, traspasando el importe de las mismas a una única reserva, de contingencias profesionales.

Una vez más, estos cambios quedan sometidos a un desarrollo reglamentario. Así, la delimitación y establecimiento de los límites de aquella reserva y de la de estabilización por contingencias comunes –artículo 73 Reglamento-, queda diferida a la entrada en vigor del Reglamento de desarrollo, previa consulta con los interlocutores sociales. En todo caso, se salvaguarda el que no se genere una disminución en el nivel global de dotación actual de las reservas constituidas en el último año liquidado

Dotadas estas reservas, los eventuales “excedentes” –esto es, el sobrante de los “excedentes”, pues con éstos se dotan las reservas, como se ha visto-, debían destinarse a atender ciertos fines, reglamentariamente fijados, si bien en todo caso, el 80% de tales excesos habrían de destinarse a la financiación de acciones generales de prevención y rehabilitación, mientras que el 20% restante debía dedicarse, por mitad, a la constitución de reservas voluntarias y a dotar un Fondo de Asistencia Social y gestionado por una Comisión paritaria, la conocida “Comisión de Prestaciones Especiales” –artículos 66 y 67 Reglamento-. Pues bien, toda esta materia viene experimentando cambios de cierto alcance en los últimos años.

Así, destaca, en primer lugar, la modificación del artículo 73 LGSS por la LPGE para 2008, que incluyó dentro de los finales generales a los que se pueden destinar los fondos del referido 80% del exceso de excedentes, el fomento de actuaciones de tipo extraordinario de las empresas en la prevención de siniestros laborales. Para ello, se prevé que las Mutuas puedan dedicar a tales actuaciones hasta el 15% del porcentaje de excedente citado. En segundo lugar, esta regulación vuelve a experimentar una nueva regulación con la LPGE/2011, de forma que se suprimen los términos “excedentes” o “exceso de excedentes”, expresiones arraigadas en el sector pero ajenas en gran medida a la terminología presupuestaria y contable, que prefiere el más preciso concepto de “resultados económicos” –positivos o negativos-. De ahí que ahora se hable de “resultado económico positivo” y de “resto del resultado económico positivo” –artículo 73.6 Reglamento-.

En cuanto a los cambios sustanciales, ahora se dice que el resultado económico positivo ha de afectarse a la dotación de las reservas reglamentarias, como antes se ha comentado, y una vez dotadas éstas, todo el exceso habrá de adscribirse a los fines generales de prevención y rehabilitación. Para la realización de tales fines, el resto del resultado positivo ha de ser ingresado por las Mutuas en la cuenta especial del Fondo de Prevención y Rehabilitación abierta en el Banco de España a disposición del Ministerio de Trabajo e Inmigración y cuya titularidad corresponde a la TGSS¹².

Por lo tanto, a partir del 1 de enero de 2011, los fines atendidos anteriormente por las reservas estatutarias (voluntarias) o las ayudas de asistencia social a favor de los trabajadores protegidos por la Muta pasan a prestarse con cargo a los créditos presupuestarios de cada ejercicio, cuya dotación se condiciona al resultado económico positivo por contingencias profesionales que se haya originado en el último ejercicio económico que se haya liquidado. En todo caso, queda claro que a partir de ahora se abra una mayor incertidumbre sobre la suerte de determinados fondos, como el relativo a la Asistencia Social, con lo que se produciría una suerte de riesgo de recorte asistencia en esta vía.

- c) la intensificación de la facultad de adopción de medidas cautelares para garantizar la solvencia de las Mutuas.

Pero la preocupación legislativa por asegurar la viabilidad y solvencia de las Mutuas va más allá, y de ahí que, en línea con lo que sugiere la Disposición Adicional 14ª de la Ley 27/2011, introduzca modificaciones en el régimen de gestión de las Mutuas a tales fines. Así, de un lado, se establece un régimen mucho más flexible para la adopción de “medidas cautelares” ante situaciones de deficiencia financiera, dando nueva redacción al artículo 74.1 LGSS. De otro, hace lo propio en relación a los supuestos en que tenga lugar una “derrama” entre los empresarios asociados para seguir asegurando la solvencia y continuidad de la Mutua, según el artículo 71 LGSS, que se modifica para adaptarlo a lo previsto en el nuevo artículo 74.1 LGSS.

¹² Dentro de los fines preventivos se incorporan dos actuaciones específicas, lo que evidencia la centralidad que en la gestión de las Mutuas tiene la dimensión preventiva, así como también la “recuperadora” de los trabajadores “enfermos”. Así, de una parte, las Mutuas pueden destinar un porcentaje, a determinar por el Ministerio, de las dotaciones constituidas por ellas en el Fondo a la adopción de medidas y procesos que, de forma efectiva, contribuyan a la reducción de la siniestralidad laboral o de los costes de la IT, mediante un sistema de “bonus-malus”, en los términos que fije la norma reglamentaria. Esa norma es el RD 404/2010, de 31 de marzo, que ha fijado sólo un sistema de “bonus”. De otra, las Mutuas pueden destinar una parte del resultado obtenido en la gestión de las contingencias profesionales al establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias comunes de la empresa, siempre que las mismas hayan minorado los costes de dicha prestación por debajo de los límites establecido, o en los casos en que esa reducción del absentismo sea consecuencia de la aplicación de planes pactados en el ámbito de la empresa con la representación de los trabajadores, a través de los cuales se haya acordado la modificación de las condiciones de trabajo o la flexibilidad en el cambio del puesto de trabajo de los trabajadores afectados por enfermedad común.

7. ¿QUÉ MODELO DE FUTURO EN EL HORIZONTE DE LAS MATEPS?: MENOS, MEJORES ¿Y DIFERENTES?

Una vez sintetizada en sus grandes líneas la evolución más reciente del régimen regulador de las MATEPS y evidenciado su funcionamiento práctico, entiendo oportuno exponer las principales claves de lo que podría, o debería, ser la reforma comprometida y que naturalmente estarán en función de los problemas, en términos de disfunciones, lagunas, contradicciones, indicados. Asimismo, queda claro que el proceso también estará muy condicionado por la valoración que cada sujeto partícipe de la proyectada reforma –Gobierno, sindicatos, patronal- haga de la situación actual. Si todos están de acuerdo en que han de ser menos Mutuas y bastante mejores –en términos de eficacia en la prestación, eficiencia, calidad, solvencia, equidad-, los términos concretos de ese reclamo no sólo no son fáciles de precisar, sino que hay importantes confrontaciones. A este respecto, ya se dijo que para el Gobierno y para un importante sector doctrinal, el balance es muy positivo, evidenciando la función sobresaliente y positiva cumplida, en un plano general, por las Mutuas. De ahí que quieran consolidar el modelo, eso sí, perfeccionando sus muchas deficiencias, pero no estructurales.

En cambio, el balance dista de ser satisfactorio, para los sindicatos y para otro sector de opinión doctrinal. Las funciones relacionadas con los accidentes de trabajo, con sus aspectos positivos pero también deficitarios –muchas veces dando altas antes de la curación total o atendiendo deficientemente a los trabajadores accidentados– funcionan de una forma razonable. Pero en todo lo demás el balance se torna más deficiente: enfermedades profesionales, vigilancia de la salud, actividad preventiva, gestión de la enfermedad común. En este sentido, frente a la postura gubernamental, que apuesta por ampliar el papel de la Mutua, sin perjuicio de introducir mayores controles públicos, la posición sindical defiende una vuelta atrás, un retorno a situaciones originarias.

Para la posición crítica, pues, sus funciones deben quedar centradas sólo en el ámbito que originariamente le ha sido propio, el de la gestión de las contingencias profesionales y la prevención de riesgos laborales, devolviendo al sistema público –de donde quizás nunca debieron salir– las competencias de gestión y control en materia de enfermedad común.

En cuanto a la actividad preventiva que realizan con cargo a cuotas, actualmente Seguridad Social sólo les autoriza a gastar un 0,5 de lo recaudado, como vimos. Lo que sin duda resulta de todo punto insuficiente. Los sindicatos más representativos vienen defendiendo que se amplíe la actividad preventiva mutua con cargo cuotas, de modo que presten servicios de gestión de los riesgos profesionales en sectores y empresas claves, tanto por la mayor incidencia de la tasa de accidentes como por la dimensión de las organizaciones (especial-

mente en las microempresas). En todo caso, esta ampliación de recursos debe ir condicionada a que se verifique de modo concreto la eficiencia de los mismos, que se concreta en una mejora de las tasas de siniestralidad, esto es, debe constatarse una reducción de accidentes y enfermedades derivados del trabajo.

Este planteamiento merece atención, por cuanto la actividad-servicio de prevención está inexorablemente vinculada a la protección reparadora, pues la obligación de prevenir es inherente a toda responsabilidad, sea social y privada. En última instancia, y como ha reconocido el propio Ministerio, en línea con la opción de política jurídica que sigue la OIT, a más actividad de prevención menor será la actividad de reparación, y por lo tanto más eficaz y más eficiente la protección. En suma, la actividad de las Mutuas como entidades de prevención de riesgos no les debe resultar ajena ni extraña y, por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre con la gestión de la IT derivada de contingencia común, pueden desplegar en este campo una importante labor. Otra cosa es que también debe tenerse en cuenta la normativa protectora de la competencia leal, para evitar los errores del pasado, que no sólo redundan en el falseamiento de las reglas de juego sino en una mala calidad del servicio. En cierto modo, los referidos cambios en la ordenación de los “excedentes” – restos de resultados económicos positivos- van en esta dirección de imbricación de una gestión eficiente de las contingencias en paralelo a una mayor actividad preventiva, financiada precisamente con esos resultados positivos.

Como vemos, existe una importante confrontación de modelos, aunque las piezas sobre las que habría que hacer pivotar las decisiones sí están claras, o bien identificadas al menos. En este sentido, como se dijo en la introducción, la dialéctica o tensión entre las principales opciones estratégicas existentes para delimitar el modelo de gobierno y gestión de las MATEPS, cabe sintetizarlo así, recogiendo en buena medida el catálogo de aspectos recogidos en la Disposición Adicional 14ª Ley 27/2011:

- a) Privatización/Publicación ¿o “socialización”)
- b) Colaboración/Gestión
- c) Reparación/Prevención
- d) Eficiencia de gestión/ Eficacia prestacional
- e) Autonomía de gobierno/Democratización (gestión paritaria)

Las Mutuas como entidades “mestizas”, mixtas

La referida DA 14ª Ley 27/2011 asume el carácter inmóvil del carácter privado de la Mutua. Pero ya hemos visto que la dinámica reguladora ha ido por otra senda.

Por lo que hace a este primar par, la clásica tensión entre público y privado, ya hemos visto como el reforzamiento de las Mutuas suele presentarse como una privatización en la gestión de la Seguridad Social. Un proceso para unos incuestionable, porque no habrían dejado de ser nunca sujetos de natura-

leza privada que asumen más competencias públicas. En este sentido, pese a tratarse de un tipo de asociación muy peculiar –no son ni organización profesional del artículo 52 CE, ni una organización empresarial en sentido estricto, aunque AMAT esté en la CEOE, ni una asociación del artículo 22 CE–, no deja de ser entidad privada.

En cambio, para otros es relativa esa privatización, por el intenso “proceso de publicación” creciente de las Mutuas. Esto significa que los poderes públicos, de manera directa o a través de las entidades gestoras, quieren estar cada vez más presentes en el sector de las Mutuas, tanto de derecho –regulación– como de hecho –ejercicio efectivo de las facultades de control, no siempre ejercido, aún en tiempos recientes–. Así, no sólo aumentan sobre ellas las potestades de fiscalización de su funcionamiento sino que también amplían los requisitos para su actuación.

Como se recordó, su condición original de entes genuinamente privados, tanto en su constitución como en su gestión, no ha impedido que a lo largo del tiempo se haya visto en parte mediatizada por exigencias de control público crecientes, de conformidad con el imperativo de gestión pública de un servicio-función estatal tan esencial como es la Seguridad Social. Ahora bien no hay acuerdo a la hora de valorar este proceso entre los diferentes sectores de opinión, tanto del sector como de los analistas del mismo.

Para unos, la situación de entidades colaboradoras sujetas al control y tutela del Estado está totalmente justificada cuando se trata de determinar organización, funcionamiento y gestión de los fondos públicos que tienen a su cargo, pero esa misma relación de subordinación no estaría igual de justificada cuando se trata de reducir la autonomía funcional en la gestión concreta de las prestaciones que tiene encomendadas, y en especial de la prestación de IT por contingencia común. De ahí que se proponga diferenciar el control de su deber de dación de cuentas, que debe ser muy exhaustivo, del régimen de prestaciones, para lo que debería dársele autonomía. Si la última razón de ser de la participación de las MATEPS en la gestión de todo estos tipos de contingencias deriva de su eficiencia en la gestión, deberían llevarla con autonomía mayor, que sería la mejor garantía de esa eficiencia y, aunque esto ya más discutible, eficacia. Por eso, se acepta ampliar sus funciones también en el ámbito de la gestión de la IT, aunque para ello se hubiese que modificar su régimen, bien su actual configuración como entidades privadas bien su actual posición de subordinación dentro del sistema. En este sentido, aún asumiendo el carácter errático de la decisión legislativa de atribuir la gestión de las contingencias comunes a la Mutua e incluso su dimensión poco reflexionada de la misma, entienden que es un contrasentido llamar a las Mutuas para colaborar en la solución de un problema –la gestión–, y luego relegarlas a un papel de pagadoras, hurtándoles competencias de control típicas de entidad gestora.

Pero aquí hallamos un grave problema, derivada del hecho de ser asociaciones privadas, pues si eso no impide que sean entidades colaboradoras en la gestión pública, sí impediría que tengan funciones plenas de control de prestaciones de esta naturaleza pública. Primero en un plano teórico y conceptual, pues de lo contrario se privatizarían en extremo, lo que sí prohíbe el mandato constitucional. De ahí que algún intento de ampliación de competencias de gestión mutual en materia de IT común –por ejemplo emitir los partes de alta a efectos económicos- no llegaran a tener eficacia práctica, por falta del debido desarrollo reglamentario y la oposición judicial –STS, 4ª, 9/10/2006-.

Segundo, en el plano más práctico, porque la realidad evidencia que las Mutuas gestionan a menudo las contingencias en beneficio del empresario, que es quien contrata la “póliza” con ellas, y no del trabajador, de ahí que sean más restrictivas de derechos que el INSS y que los Servicios Públicos de Salud.

En cambio, como se dijo, desde el enfoque sindical se propone un completo retorno de esta prestación a las entidades gestoras, de modo que tenga una gestión pública en sentido estricto. Por tanto, no se comparte la posición de quienes promueven una revisión de los rasgos sobre los que se asienta la configuración de las Mutuas, que ven como pura asociación empresarial.

El Ministerio, en cambio, mantiene una posición intermedia. De modo que las sucesivas reformas han ido orientadas, como se vio, a reforzar el papel de control de la Entidad Gestora, el INSS. La diversidad de posiciones de las Mutuas en la gestión del parte de alta, por ejemplo, ilustra bien lo que aquí se dice, pues sabido es que carece de la posibilidad de emitir el parte de alta para la IT común, pues sólo puede proponer el alta al INSS –o a los Servicios de Salud-. En última instancia, el Ministerio asume implícitamente que el INSS no está en condiciones de asumir una mejor gestión de la prestación de IT común.

En suma, no siempre las que pueden ser “mejores” soluciones en términos de eficiencia y eficacia –por ejemplo evitar disociaciones entre órganos controladores y pagadores-, es una solución correcta en el plano jurídico y social.

Las Mutuas como “entidades gestoras” sui generis

El segundo par de opuestos, se centra en debatir si realmente las Mutuas siguen siendo ya “simples” o “meras” colaboradoras, o han alcanzado otro estatuto, el de “entidades gestoras”, si bien de naturaleza y régimen diferenciado a las típicas –el INSS-. En este sentido, al margen de que en la práctica se evidencia este desdoblamiento de la tarea típicamente colaboradora, es evidente el interés de ciertos sectores por convertirlas en “Entidades gestoras de la Seguridad Social”. Esta evolución tiene diferentes consecuencias, aunque es problemática. Así, hay quien incluso vislumbra una estrategia de política de asistencia sanitaria, en la medida en que se las ve como un instrumento no ya sólo de gestión eficiente de las prestaciones de Seguridad Social, sino también de la Asistencia Sanitaria, racionalizando un gasto creciente del Sistema Na-

cional de Salud, cada vez más costoso. No por casualidad, CORPORACIÓN MUTUA, una vez coordinada la red asistencial, se ha marcado impulsar la homogeneización de los procesos de gestión sanitaria, fijando protocolos médicos y administrativos que favorezcan la homogeneidad de respuesta y servicio, estableciendo estándares de calidad, procedimientos de gestión de incidencias, y tiempos de referencia a la duración de los procesos de incapacidad. Asimismo, pretenden prestar servicios diferenciales de valor añadido, coherentes con el ámbito competencial socio sanitario que les es propio, a través de programas de I+D+i. Su ejecución incrementaría la colaboración con las Administraciones Públicas y el tejido socio institucional con el que se relacionan, buscando esa legitimación social que hoy se discute, a través de la relativa “mala imagen” que tienen ante los trabajadores.

Por tanto, una vía evolutiva de futuro podría pasar por atribuir funciones típicamente de gestión a las MATEPS. Ahora bien, ello sólo sería sostenible siempre que en la gestión se diera participación mayor a los sindicatos, lo que podría chocar con la naturaleza privada de estas asociaciones, con lo que se desnaturalizarían de nuevo. No obstante, no es imposible el hallar formas de participación sindical que no obstaculizara la gestión mutual eficiente. Esta es la vía sugerida por la DA 14ª Ley 27/2011, que al garantizar la dimensión privada de las Mutuas excluye cualquier solución que pasara por convertir definitivamente a las MATEPS en consorcios públicos o entidades públicas con un sistema de gestión típicamente público.

La cuestión se centra, pues, no tanto en el dato de reconocerles una intervención superior a lo que ahora tienen en la colaboración, en tanto que hacen frente a la prestación, en lo que se puede coincidir, sino en el modo en el que debe de articularse tal papel, de modo que unos piden más autonomía funcional y otros un mayor control público. En todo caso, lo cierto es que ni como entidades colaboradoras ni como entidades gestoras *sui generis* existe ya una imagen coherente. Por lo que, cuando menos, el proceso de reforma debe dirigirse hacia la definición coherente de su naturaleza. En este sentido, su configuración como una forma específica de “economía social” podía ser un buen camino para encontrar un equilibrio, de modo que a la organización eficiente del sector privado se le sume la gestión participada sindicalmente de la economía social, como dijimos.

Las Mutuas como entidades no sólo reparadoras, también preventivas

A este respecto, ya como colaboradoras ya como gestoras, conviene repensar la dualidad o dicotomía entre la actividad reparadora y la preventiva. Ya hemos visto que la evolución ha sido en el sentido de, paradójicamente, reducir el papel de la Mutua a la reparación, incluso fuera de su ámbito de contingencias típico, limitando el preventivo. No obstante, no parece muy coherente, menos en relación a la propia posición de la OIT en este punto esta limitación. La ac-

tividad preventiva es inherente a todo sistema reparador equitativo y eficiente. Otra cosa es que no se puede permitir que haya actores en el sistema privilegiados, con diferentes posiciones competitivas, por lo que en realidad el problema no está en el carácter de la Mutua, sino en las reglas a las que se somete, que deben ser, cuando menos, las mismas que el resto de actores.

En el plano preventivo, no es dudoso que las Mutuas puedan conseguir mayores logros. Es necesario repensar su papel. En última instancia tienen los medios y el interés necesarios para que la actividad preventiva sea considerada una inversión, tanto para el empleador como para los poderes públicos. Para eso, además de reordenar el salvaje mercado preventivo que hoy existe en España, es necesario establecer un adecuado sistema de incentivos y, en caso de su incumplimiento, de responsabilidades, para que Mutuas y empresarios asociados hagan de la prevención su referente básicos.

La Mutua como entidad paritariamente participada.

En todo caso, no es posible, o al menos razonable, el que todo esto se dilucide al margen de quienes son los principales interesados en su servicio, los trabajadores –también los empresarios asociados, sin duda-. A día de hoy, las grandes decisiones que toman, a pesar de que el Ministerio de Trabajo dicte las normas de su funcionamiento, están en manos de Juntas Directivas en las que participan únicamente los empresarios y los propios directivos, a su vez nombrados por la Junta, es decir, una vez más la representación empresarial. Por eso los sindicatos más representativos vienen reivindicando un modelo de participación social más incisivo, que incluye no sólo su presencia sino también la de la Administración, en los órganos de dirección de las Mutuas.

Es decir un modelo de gobierno basado en la gestión tripartita, en coherencia con su naturaleza de empresas de economía social y gestoras de fondos públicos, por tanto, no asentadas sobre los clásicos modelos de gobierno económico-empresarial. No es eficiente económicamente ni un estímulo para las buenas prácticas, la competencia entre Mutuas, pues la experiencia enseña que más bien lo que provoca son irregularidades y poca transparencia en la gestión de los recursos públicos. Asimismo, debe avanzarse también en la codecisión entre empresa y representación de los trabajadores a la hora de elegir la Mutua con la que asegurar las contingencias.

Sin embargo, las dos indicaciones que al respecto da la comentada Disposición Adicional 14ª de la Ley 27/2011, que ordena un plan de reforma de las Mutuas, no se dirigen en ese sentido, pues más bien pretenden reforzar la presencia en los órganos de gobierno de las Mutuas de las empresas asociadas con más empleados. Por lo tanto, una vez más la cuestión de definir un modelo de gestión socialmente responsable de las Mutuas, a través de sus órganos de dirección, gobierno y gestión, parece quedar aplazada, cuando este es un ámbito especialmente propicio para ensayar sistemas de gestión eficientes socialmente participados.

8. REFLEXIÓN FINAL

La mayoría de las mutuas han celebrado su centenario. Pero permanecer a lo largo del tiempo, la que lo han hecho, no significa que la historia que están escribiendo sea enteramente positiva. Como evidencia el sector más crítico, las Mutuas siguen en lo fundamental siendo gestionadas como antes de la democracia. Nacidas como una singular “asociación empresarial”, por tanto privada, hoy ha desbordado con creces esa dimensión, aunque no se sepa hoy bien qué son realmente.

Por lo tanto, ante los profundos cambios experimentados en su regulación de forma continuada y en los marcos en los que han venido actuando y actúan aún, si bien bajo diversas formas de organización gestión, el de la Seguridad Social, de un lado, y el de la Prevención de Riesgos, de otro, ¿qué deben ser para que constituyan instituciones realmente racionales de gestión de prestaciones públicas e instrumentos de calidad para la provisión de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores que cubren y “satisfacen” (o deberían)? La llamada a una reforma normativa, aunque con unos criterios que parece restringir el alcance de la misma a la simple “clarificación” y “refundición”, evidencia tanto la necesidad como la oportunidad de redefinir “el modelo de Mutuas que tenemos” y “queremos”, pues difícilmente se acertará en la reorientación del rumbo de ninguna “nave” sino sabemos hacia dónde queremos ir realmente, si no nos tomamos muy en serio el debate y no delimitamos bien “qué modelo queremos”

Dentro del sistema de Seguridad Social, pese a los muchos cambios operados y a la indudable evolución, está pendiente su modernización y puesta al día en una España que nada tiene que ver con la de hace 50 años. Otros hacen una diferente lectura, y evidenciaría que esta evolución se ha producido.

Y es verdad. Pero su orientación no queda claro que sea hoy la más adecuada para el sistema en el que se encuadra, pues tiene una dimensión básicamente empresarial, la que el Ministerio quiere imprimir a la evolución de estas entidades, aún bajo su control, como aparece en la idea que de ellas tiene el actual responsable de la Secretaría de Seguridad Social, para quien lo más destacable de todo el proceso es que

“... en los más de cien años de funcionamiento de las Mutuas, *el sector se ha ido decantando hacia el lado de las empresas más innovadoras, de las entidades más eficientes, de aquellas mutuas que hacen mejor su trabajo y que son las que han sobrevivido en este proceso natural de selección*”

En todo caso, cualquiera que sea la valoración que se haga de la profunda evolución de las Mutuas en el sistema de protección social español dos cosas no parecen dudosas, aunque no haya acuerdo luego en darle respuesta. La pri-

mera es que el incremento de sus posibilidades de actuación dentro del sistema les ha dado un puesto de especial relevancia que las convierte en instituciones claves del mismo. Desde esta perspectiva, las Mutuas son ahora ya una institución consolidada en nuestro sistema de protección social y, por tanto, cubren un espacio insustituible. A este respecto, son las únicas entidades que tienen atribuidas funciones relevantes tanto en la órbita de la reparación del daño derivado del trabajo como en el de la prevención de los riesgos existentes en éste.

La segunda es que, al mismo tiempo, nadie duda de que el régimen jurídico de ambas actividades adolece de graves deficiencias, lo que no sólo evidencia incoherencias reguladoras sino también fomenta malas prácticas, con lo que ello tiene de perjuicio para la gestión de todos los recursos dedicados a tales fines. De ahí que esté urgido de una profunda reforma, y, por lo que aquí interesa, en orden a la gestión. Merece la pena mejorarlo. Para ello no debe importarse tanto si crecen en importancia y servicios prestados, pero siempre que se tengan las suficientes garantías de acierto en la prestación de los mismos por su parte. Pero esto ahora no sucede. Este es el reto de la política de reforma de este sector y en la cual deben tener un papel fundamental, desde diferentes vertientes, el acuerdo entre los tres actores: Gobierno, patronal y sindicatos mayoritarios.

La gestión debe dirigirse necesariamente a garantizar que en cada caso el trabajador afectado por una enfermedad o accidente que le incapacita para su trabajo tenga la certeza de que va a recibir en cada momento la atención que precisa, ni menos ni más. Esto significa que debe satisfacerse el derecho pero sin que cueste ni un euro más del necesario. Esta doble finalidad –eficacia de la protección y eficiencia de su coste– es y debe ser compatible y nadie, sea cual sea su posición, debería pretender otra cosa diferente a esto. El problema, claro está, es cómo conseguirlo. Aquí las posiciones divergen, pero todos coinciden en que con el actual régimen de regulación del sistema de gestión de las diferentes prestaciones implicadas tales objetivos no se han conseguido. Se sabe con certeza que las Mutuas gestionan a menor coste que el INSS, y de ahí la confianza que el Ministerio pone en ellas. Pero esa constatación, que es medible, no implica por sí sola que dicha gestión sea la mejor, como se desprende de la constatación de usos desviados: de modo que si es cierto que a menudo la prestación de IT es refugio de situaciones diversas, para las que no está prevista (desempleo encubierto; cobertura de fraudes...), no menos cierto es que muy a menudo personas que se hallan incapacitadas para trabajar son dadas de alta sin las debidas garantías. Se necesitan, pues, soluciones innovadoras, audaces y también realistas.

En un plano teórico, e incluso ideológico-constitucional, lo mejor sería que el INSS retomara la gestión de la IT común, y un mayor control de la IT por contingencia profesional. Pero lo que en esos planos sería deseable sabe-

mos que, en la práctica ni es realista ni siempre es positivo –requeriría una enorme inversión en medios personales y económicos, adolece de rigideces en su funcionamiento difícilmente superables, evidencia más lentitud en la respuesta...- Ese mismo plano impide atribuir a las Mutuas ese papel, pues ni se puede aceptar constitucionalmente, en cuanto que administran dinero público, ni conceptualmente, porque se trata de organizaciones de empleadores y gestionan prestaciones que afectan sobre todo a los trabajadores.

Por lo tanto, dado que el INSS no puede asumir el control de la protección por IT, y dado que las Mutuas están en condiciones de prestar un buen servicio e la actuación de las funciones que tienen encomendadas, la solución pasaría incluso por ampliar su capacidad de gestión, pero con muchas más garantías de actuación no desviada. Lo último, desde luego, es dejar la solución, como tradicionalmente ha venido sucediendo, a la decisión judicial, porque es más costoso y más incierto, entre otras cosas porque a menudo la solución judicial viene inducida por un peritaje médico que no reúne las exigencias de calidad y certeza que serían exigibles. Por lo tanto, es necesaria y urgente esa revisión legislativa, previa negociación con los interlocutores sociales, como promueve la DA 14ª Ley 27/2011, si bien en una diferente dirección.

Queda evidenciado que la Mutua no puede ser cualquier empresa, ni tan siquiera bajo las más modernas e innovadoras formas -de “economía social”, de “gestión de calidad total”-. Y en todo caso, su modelo de gobierno debe ser bien diferente al de las empresas del sector privado. En este sentido, además de revisar las competencias de los actuales órganos de control, es necesario el garantizar una participación efectiva de los agentes sociales en los órganos directivos de las Mutuas. Tres líneas básicas:

- mejora de la gestión que significa mejorar la calidad del servicio que presta y que no es otro que la satisfacción de los derechos de prestación que gestionan. Evitando malas prácticas (modificación del actual reglamento de colaboración de las Mutuas con el fin de que, entre otras medidas, se pongan límites al número de reconocimientos médicos que las mutuas puedan realizar, se limiten los instrumentos de control a los estrictamente necesarios, con prohibición expresa de determinadas modalidades y se penalice la transferencia de datos referidos a la salud del trabajador)
- mayor transparencia en la gestión, pues se trata de dinero público. En este marco, son muchas las cuestiones que tienen cabida, desde el régimen económico hasta el régimen de reclamaciones contra las inobservancias de las Mutuas. Es imprescindible desarrollar normativamente un sistema que dé a los trabajadores respuestas eficaces. En el marco de la transparencia debe avanzarse en estos temas. Los sindicatos mayoritarios quieren fomentar reformas legales que arbitren

un medio rápido para dirimir las discrepancias entre las mutuas y los trabajadores –sistema de quejas: se debe recordar la “Oficina Virtual de Quejas” (OVQ) creada por las Mutuas y la Administración-

- intensificar la participación sindical en la gestión o gobierno en sentido estricto de las Mutuas, de modo que puedan los sindicatos –y también los empresarios asociados- intervenir en su planificación estratégica y en las decisiones de gestión ordinaria o de tipo operativo- En este sentido, se destaca la necesidad de reforzar la acción sindical en las Comisiones de Control y de Seguimiento.
- fomentar la codecisión tanto en la elección de la Mutua como del Servicio de Prevención, que ahora se resuelve en pura consulta no vinculante, salvo que por negociación colectiva sí se le otorgue tal carácter de obligatoriedad de ser acordada la elección

En todo caso, para finalizar, conviene evidenciar que es necesario un debate en profundidad, sobre el modelo de Mutuas que queremos, de modo que las reformas tengan un proyecto estratégico coherente y consensuado, y no se hagan por aluvión y con objetivos no siempre conciliables. A este respecto, no parece que pueda continuarse indefinidamente con el modelo dual seguido por el Ministerio –ampliar competencias y ampliar al mismo tiempo su control-, porque ampliar el ámbito funcional más allá de gestionar las situaciones de necesidad generadas dentro del círculo de riesgo controlado por el empleador implica tanto la afectación del mandato constitucional del artículo 41 CE cuanto la desnaturalización del modelo legal de las Mutuas, mientras que la paralela ampliación de los controles públicos, suponen una restricción de su autonomía que si se exagera puede acabar con su propia razón de ser en el sistema, lo que la Disposición Adicional 14ª Ley 27/2011 excluye de raíz al asegurar su dimensión privada.

La reflexión y revisión no parece ya dilatable. El acuerdo, no obstante, no es nada fácil, pues se parte de presupuestos muy diferentes, en la medida en que el sector y el Gobierno aspira a tener cada vez más presencia en la gestión de prestaciones públicas y, en cambio, el sindicato pide una racionalización profunda, de modo que las Mutuas vuelvan a su ser entidades gestoras de contingencias profesionales, tanto en el plano reparador –calidad de gestión- como incluso en el preventivo –eficiencia de gestión-, devolviendo al sistema público la gestión de las contingencias comunes, por los graves problemas generados en su gestión y el malestar de los trabajadores por las prácticas. Pese a todo, estoy convencido de que el acuerdo es posible, y en todo caso necesario.

EL PROCESO DE IMPLANTACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

ROSA M^a PÉREZ YÁÑEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

EXTRACTO

Palabras Clave: Ley de Dependencia, implantación

La aprobación de la Ley de la dependencia a finales del año 2006 supuso un notable avance en la tutela de las personas en situación de dependencia en nuestro país. Aun así, el complejo diseño del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia -que la norma creaba-, con la necesaria implicación de las distintas Administraciones Públicas, los delicados equilibrios competenciales buscados por el legislador estatal y los nutridos recursos económicos que el sistema demandaba para su correcto funcionamiento hacían presagiar no pocas dificultades en su efectiva puesta en marcha. La situación descrita se ha venido a complicar, aún más, si se tiene en cuenta que la experiencia aplicativa de la ley, en estos primeros años de rodaje, ha debido convivir con un panorama generalizado de crisis económica y financiera poco propicio para el desarrollo de políticas sociales.

Así las cosas, en el estudio que sigue se ha prestado una atención especial al problema de la financiación del SAAD, por tratarse de una cuestión nuclear desde la aparición de la LPAD; una cuestión que, por el contexto de crisis ya citado, no ha dejado de ocupar un lugar central en la efectiva aplicación de la ley, dependiendo de ella, en buena medida, el mayor o menor éxito del sistema de atención a las personas en situación de dependencia.

Por otra parte, los numerosos aspectos de la Ley que quedaban remitidos a un ulterior desarrollo reglamentario han dado como resultado una elevada producción normativa en esta materia que, en ocasiones, puede llegar a oscurecer el panorama completo. La complejidad se hace aún mayor si se tiene en cuenta que a la regulación estatal debe añadirse, necesariamente, la abundante normativa autonómica dictada al efecto.

ABSTRACT

Key words: Dependence System, Establishment

The approval of the dependency Law at the end of 2006 implies a step forward as regards the dependence system and tutelage for those who need it in our country. And even that, the complex design of the Autonomous System and the Help Dependence System -that the norm created- tell us that it would have been difficult to start to work due to the fact that there was a need for the participation from different Public Administrations. Indeed, there is a delicate equilibrium and economic resources are needed to implement some changes in order to make it work. Also, if we think to apply the law, the situation it's also more complex than ever because it has been immersed in a context of economic and financial crisis very restrictive for a good development of social policies.

Thus, in the present study we analyse the financial funds for the System for the Autonomous and Help Dependence System or as in its acronym in Spanish: SAAD (Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia) that has been a key issue since the Law was established. In the context of crisis already mentioned, this is an important topic that has been a central issue for discussion since the application of the Law, and it will define the success or the failure of the Dependence System for those dependant people.

Moreover, the numerous aspects of the Law that are considered in the regulatory framework have fostered the creation of different norms that could play against at the end. The complexity is even bigger than before if we consider the State regulation and the Autonomous laws.

ÍNDICE

1. PRELIMINARES
2. EL MODELO DE PROTECCIÓN EN LA LEY DE DEPENDENCIA
3. LA PIEDRA DE TOQUE DE LA FINANCIACIÓN
 - 3.1. La financiación pública
 - 3.2. La financiación del saad a través del copago
4. EL INTENSO PROCESO DE DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA LEY DE DEPENDENCIA
 - 4.1. La producción reglamentaria tras la aprobación de la ley
 - 4.2. El desarrollo reglamentario del nivel mínimo de protección y su financiación
5. EL DESARROLLO DEL NIVEL DE PROTECCIÓN ACORDADO
6. ÚLTIMAS REFORMAS CON INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LA DEPENDENCIA
7. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE LOS PRIMEROS AÑOS DE ANDADURA DE UNA LEY COMPLEJA

1. PRELIMINARES

Casi un lustro ha transcurrido desde la aprobación de la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia¹; conocida abreviadamente como Ley de Dependencia (LPAD, en adelante). Su irrupción en el panorama normativo estatal supuso, sin lugar a dudas, un notable avance en la protección social en nuestro país a través de la tutela de las personas en situación de dependencia. Pero también ponía sobre la mesa un trascendental reto al que habrían de hacer frente las distintas Administraciones públicas implicadas.

Durante este período de tiempo han tenido lugar una serie de acontecimientos que resulta oportuno reseñar en estos momentos. El primero de ellos, la revisión de los distintos Estatutos de Autonomía, llevada a cabo según los casos de modo coetáneo o con posterioridad a la aprobación de la Ley, en cuyas renovadas versiones las Comunidades Autónomas no han dudado en mantener la competencia exclusiva en materia de Asistencia Social -o Servicios Sociales, en la terminología preferida por algunos de ellos-, siendo así que algunos textos estatutarios han llegado a mencionar de modo expreso la atención a las personas en situación de dependencia². A esta orientación responden también la nueva generación de leyes autonómicas de servicios sociales que incorporan, sin excepción, previsiones sobre la atención a las necesidades derivadas de situaciones de dependencia.

Por otra parte, la LPAD se aprobó en un momento en el que la situación económica era muy distinta a la que se conocería algunos meses caracteriza-

¹ De 14 de diciembre (BOE 15 de diciembre).

² Como ha sido el caso, por ejemplo, del Estatuto de Andalucía, el de la Comunidad Valenciana o el de Extremadura.

da, como es sabido, por una crisis financiera y económica de alcance global que vendría a agravarse con el paso del tiempo. En este sentido, la delicada situación económica que viene padeciendo nuestro país en estos últimos años ha tenido una incidencia notoria en la puesta en práctica del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) que la norma creaba, tal y como ha sucedido igualmente en tantas otras políticas sociales.

2. EL MODELO DE PROTECCIÓN EN LA LEY DE DEPENDENCIA

No es éste el momento ni el lugar de llevar a cabo un detenido análisis acerca de los distintos modelos posibles a los que cabría recurrir para proveer de tutela a las personas que se encuentran en una situación de dependencia. Sí resulta oportuno, sin embargo, dejar constancia de la opción que finalmente ha sido la seleccionada por el legislador estatal y de las implicaciones que dicha elección ha tenido en la puesta en funcionamiento del novedoso Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), en cuanto instrumento canalizador de la cobertura que la Ley contempla.

En este sentido, conviene comenzar recordando cómo con la aprobación de la LPAD el Estado atrajo hacia el ámbito de lo público una necesidad que tradicionalmente había sido satisfecha en nuestro país, de forma mayoritaria, a través de los cuidados informales prestados en el entorno familiar³. Pero, como es bien sabido, al hacerlo la norma situó este “nuevo” riesgo social⁴ extramuros de la atención que es dispensada a través de la acción protectora de la Seguridad Social. En su lugar, la tutela pública ante situaciones de dependencia quedó ubicada en un espacio localizado más allá del ocupado por el Sistema de Seguridad Social aunque aquélla nacía, no obstante, con la

³ Y, más concretamente, por las mujeres de modo abrumador, tal y como recuerda la LPAD en su Exposición de motivos. Sobre esta realidad de los cuidados a las personas con falta de autonomía antes de la aprobación de la ley puede verse, por todos, el amplio estudio que recoge el Libro Blanco sobre “Atención a las personas en situación de dependencia en España”, en su Capítulo III, “Cuidados de larga duración a cargo de la familia. El apoyo informal”, IMSERSO, MTAS, 2004, *passim*; y “Mujeres y atención a las personas dependientes”, Panorama Sociolaboral de la Mujer en España, CES, nº 40, 2005, *passim*.

⁴ Novedad relativa, si se tiene en cuenta la existencia desde siempre de personas necesitadas de ayuda y cuidados, que alude más a un elemento cuantitativo que a otra cosa, propiciado por el envejecimiento demográfico de la población. Algunos datos de interés al respecto pueden verse en González Ortega, S., “La protección social de las situaciones de dependencia”, en González Ortega, S., y Quintero Lima, MG. (Coords.), “Protección social de las personas dependientes”, La Ley, Madrid, 2004, págs. 14 y ss.

vocación de complementarlo⁵. Y ello, además, se llevó a cabo a través de una opción con la que el legislador estatal intentaba ser respetuoso con la competencia exclusiva que las Comunidades Autónomas habían asumido en materia de asistencia social y, a cuyo amparo, venían desarrollando actuaciones en el ámbito de la dependencia con anterioridad a la aprobación de la ley⁶. Debido a la orientación elegida, lejos de proceder a crear una nueva red de servicios de atención a la dependencia, la norma se decantó por integrar sus prestaciones en la red de servicios sociales preexistente; de suerte que, según se señala en su texto, los servicios del catálogo que en ella se regulan “se prestarán a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas” (art. 14.2 LPAD); siendo así que las nuevas prestaciones y servicios pasan a quedar integrados “en la Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas en el ámbito de las competencias que las mismas tienen asumidas” (art. 16.1 LPAD).

Interesa resaltar, en fin, cómo pese a que la tutela ante la falta de autonomía para desarrollar las actividades básicas de la vida se reconduce a las redes autonómicas de servicios sociales, tal integración se realiza superando toda connotación puramente asistencialista. La protección ante situaciones de este tipo no se condiciona, en consecuencia, a prueba alguna de necesidad por parte del solicitante de las prestaciones⁷. Muy al contrario, al decir de la propia Ley, la atención a las personas en situación de dependencia –pero también la promoción de la autonomía personal– pasa a erigirse en un auténtico “derecho

⁵ Así queda explicitado, de nuevo, en su Exposición de motivos en la que se deja constancia de cómo “la necesidad de garantizar a los ciudadanos, y a las propias Comunidades Autónomas, un marco estable de recursos y servicios para la atención a la dependencia y su progresiva importancia lleva ahora al Estado a intervenir en este ámbito con la regulación contenida en esta Ley, que la configura como una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de Seguridad Social” para añadir, a continuación, que de lo que se trata es “de configurar un nuevo desarrollo de los Servicios Sociales”. Una protección, en suma, que se presenta en la Ley como el “cuarto pilar” del Estado de bienestar.

⁶ Algunas de ellas contaban incluso con una ley específica como era el caso de Cantabria y su Ley 6/2011, de 20 de noviembre, de protección a las personas dependientes (BOE 18 de diciembre de 2011; corrección de errores BOE 15 de enero 2012; derogada por la Ley 2/2007, de 27 de marzo, sobre derechos y servicios sociales; BOE 19 de abril). Sobre el panorama de la cobertura autonómica de la dependencia con anterioridad a la LPAD puede verse, por todos, Blázquez Agudo, EM., y Muñoz Ruiz, AB., “La protección de la dependencia en las Comunidades Autónomas: un panorama disperso”, en González Ortega, S., y Quintero Lima, MG. (Coords.), “Protección social de las personas dependientes”, cit., págs 121 y ss.

⁷ Vid., en este sentido, Alarcón Caracuel, M.R., “Cuestiones competenciales en la Ley de dependencia”, *Temas Laborales*, 2007, n^o 89, pág. 134.

subjetivo de ciudadanía” (art. 1.1 LPAD)⁸, ofreciendo la norma, por tanto, una cobertura universal si bien no necesariamente gratuita.

La opción finalmente elegida ha tenido su correspondiente reflejo, como no podía ser de otro modo, en el fundamento constitucional al que se ha recurrido al objeto de justificar la aprobación de una norma estatal sobre esta materia. Una vez desechada la posibilidad de situar la protección de la dependencia en el campo propio de la Seguridad Social –lo que para algunos constituiría, por cierto, su “ubicación natural”⁹- quedaba descartado, en consecuencia, el recurso al art. 149.1.17 CE. Así las cosas, una vez que se optó por no acogerse al mentado asidero constitucional –y que tampoco se utilizaron otras posibles vías que el propio Texto constitucional parecía permitir¹⁰- el legislador estatal se decantó por acudir al art. 149.1.1 CE al objeto de justificar su intervención, desde la perspectiva competencial, en un ámbito sobre el que las Comunidades Autónomas pueden actuar sin mayores dificultades –como lo habían hecho hasta aquel momento- con base en su competencia exclusiva en materia de Asistencia Social. Mediante el recurso al art. 149.1.1 CE el Estado dice aprobar la ley haciendo uso de la competencia exclusiva que en él se le reconoce a fin de establecer “las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los de-

⁸ Un derecho subjetivo que encuentra su fundamento, al decir de la misma Exposición de motivos, “en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad, desarrollando un modelo de atención integral al ciudadano”. Negando que la norma haya configurado un derecho subjetivo propiamente dicho dado el alto nivel de desarrollo reglamentario que sus previsiones requieren Pérez de los Cobos, F., “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Ley de Dependencia”, en Montoya Melgar, A., (Dir.), “La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 118-119.

⁹ Suárez Corujo, B. “Dependencia y Estado autonómico: el encaje competencial del Proyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, Relaciones Laborales, 2006, nº 14, pág. 72. En defensa de la opción finalmente elegida puede verse Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “La protección social de la dependencia”, Relaciones Laborales, 2006, nº 14, *passim*. Sobre el tema *vid.*, también, Panizo Robles, J.A., “La cobertura social de la dependencia (con ocasión de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia)”, Trabajo y Seguridad Social, CEF, enero 2007, nº 286, págs. 70 y *ss*.

¹⁰ Sobre las diversas opciones abiertas al legislador desde el punto de vista constitucional puede verse, en detalle, Alarcón Caracuel, M.R., “Cuestiones competenciales en la Ley de dependencia”, *cit.*, págs 136 y *ss*; *vid.*, también Cavas Martínez, F., “Aspectos fundamentales de la Ley de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, Aranzadi Social, 2006, nº13, págs. 8 y *ss* (Versión digital); Dictamen del Consejo de Estado de 23 de marzo de 2006 al Anteproyecto de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia”, págs. 5 y *ss*.

beres constitucionales”¹¹. Sentado lo anterior, también es cierto que la norma no se ha limitado, por expresarlo utilizando sus propios términos, a “regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia” (art. 1.1). Muy al contrario el Estado central ha ido cualitativamente más allá de lo que en el texto de la norma se hace notar desde el punto y hora que ha sido la misma LPAD la que ha creado *ex novo* el derecho subjetivo cuyas condiciones básicas para garantizar su ejercicio dice regular¹².

Es muy probable que en la decisión del legislador estatal de situar la tutela de las situaciones de dependencia al margen del ámbito protector de la Seguridad Social hayan tenido un peso especial razones de tipo económico. En particular, la insuficiencia de los recursos de la Seguridad Social para afrontar con éxito su cobertura, con el consiguiente riesgo de poner en peligro su viabilidad financiera y, en todo caso, el altísimo coste asociado a la atención de la dependencia -probablemente inasumible en exclusiva por el Estado- así como la sentida necesidad de involucrar en dicha tarea al resto de Administraciones públicas con sus recursos respectivos¹³. La intención de involucrar en este empeño al resto de Administraciones resulta evidente en numerosos pasajes de la ley. En efecto, prueba palpable de ello lo constituyen las constantes y reiteradas menciones que en su texto se hacen a la cooperación, la colaboración y la participación de las distintas Administraciones Públicas¹⁴, el protagonismo reservado al Consejo Territorial del SAAD –en cuanto instrumento de cooperación en el que se encuentran representadas las Comunidades Autónomas jun-

¹¹ En sentido crítico y con mención de la jurisprudencia del TC en torno al precepto, Suárez Corujo, B. “Dependencia y Estado autonómico: el encaje competencial del Proyecto de ley de promoción de la autonomía personal...”, cit., págs. 71 y ss.

¹² Vid., en igual sentido, Alarcón Caracuel, M.R., “Cuestiones competenciales en la Ley de dependencia”, cit., pág. 143.

¹³ Sobre el tema, por todos, Cavas Martínez, F., quien señala también la concurrencia de razones de otro tipo como la propia diversidad de las prestaciones relacionadas con la dependencia entre las que se incluyen prestaciones económicas, sociales y sanitarias (“Aspectos fundamentales de la Ley de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, cit., págs., 10-11); vid., también Hierro Hierro, F.J., “Organización y funcionamiento del SAAD”, en Montoya Melgar, A., (Dir.), “La protección de las personas dependientes...”, págs. 223.

¹⁴ Junto a las referencias que al respecto pueden encontrarse en la Exposición de motivos, a la cooperación entre administraciones aluden también, por ejemplo, los arts. 8, 10, 32, 39 y la disposición final 4^a. La colaboración y participación de todas ellas en el sistema se mencionan también en sus arts. 1 y 6. La participación de las Entidades Locales en la gestión de los servicios de atención a la dependencia se contempla además en el art. 12. La Memoria económica que acompañaba al texto del Anteproyecto preveía la implicación de estas entidades mediante la portación de los terrenos necesarios para crear infraestructura de centros.

to con la Administración General del Estado¹⁵-, así como el interés en presentar la solución acogida como una opción que permitirá desarrollar en nuestro país “un modelo innovador, integrado, basado en la cooperación interadministrativa y en el respeto a las competencias” (Exposición de motivos). Hasta tal punto ello es así que la cooperación interadministrativa ha llegado a erigirse en el texto de la ley en uno de sus principios inspiradores (art. 3 letra ñ LPAD). Así pues, es la lógica de la colaboración –y no la del conflicto en el siempre delicado terreno competencial¹⁶- la que subyace en la LPAD y se manifiesta como una suerte de guante lanzado al resto de Administraciones, muy especialmente, a las autonomías para la construcción conjunta del nuevo sistema de atención integral a la dependencia. Y, en este sentido, qué duda cabe que cooperar en la implantación del SAAD implica, principal y básicamente –aunque no sólo- colaborar en su financiación.

3. LA PIEDRA DE TOQUE DE LA FINANCIACIÓN

Sin lugar a dudas, el éxito del sistema de atención a la dependencia creado por la LPAD depende, en buena medida y en primer término, de una adecuada financiación que provea al SAAD de los recursos necesarios para garantizar su correcto funcionamiento y que permita dispensar una protección adecuada

¹⁵ Asegurándose a las autonomías la mayoría de representación. El Consejo Territorial tiene asignadas funciones tan nucleares como la determinación de las condiciones y cuantías de las prestaciones económicas, el baremo de valoración de la dependencia, la determinación del marco de cooperación interadministrativa, los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios, o el establecimiento de los criterios para determinar la intensidad de protección y el régimen de compatibilidades e incompatibilidades entre los servicios del catálogo (arts. 8 y 10 LPAD). Además de los que se citan a lo largo de este estudio, este órgano ha adoptado, entre otros, los siguientes acuerdos: Acuerdo sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del SAAD (Resolución de 2 de diciembre de 2008 de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la dependencia y a la discapacidad; BOE 17 de diciembre); Acuerdo sobre criterios comunes de acreditación en materia de formación e información de cuidadores no profesionales (Resolución de 4 de noviembre de 2009 de la Secretaría General de Política y Consumo; BOE 27 de noviembre); Acuerdo sobre objetivos y contenidos comunes de la información del SISAAD (Resolución de 4 de noviembre de 2009, de la Secretaría General de Política Social y Consumo; BOE 27 de noviembre); Acuerdo en materia de órganos y procedimientos de valoración de la situación de dependencia (Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política y Consumo, BOE 12 de marzo); Acuerdo para la mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del SAAD (Resolución de 4 de febrero de 2010 de la Secretaría General de Política y Consumo BOE 12 de marzo).

¹⁶ Vid., en este sentido, Alarcón Caracuel, M.R., “Cuestiones competenciales en la Ley de dependencia”, cit., pág. 134-135. Destacando la “elevada complejidad técnica en lo jurídico y en lo organizativo” de la opción finalmente elegida Cruz Villalón, J., “La protección social de la dependencia”, *Temas Laborales*, 2007, nº 89, pág. 26.

a todos sus beneficiarios¹⁷. Pues bien, de los diversos modelos para financiar la protección de este riesgo que podían haberse elegido la LPAD optó -como se ha recordado-, por ubicar la cobertura de esta concreta necesidad fuera del sistema de la Seguridad Social y, una vez realizado este primer descarte, se decantó por un sistema mixto de cofinanciación en el que se combina la financiación pública -proveniente de las distintas Administraciones implicadas por vía presupuestaria- con la participación, en su caso, del propio beneficiario mediante la figura del copago¹⁸.

3.1. La financiación pública

La inyección de recursos al sistema por parte de los poderes públicos ha quedado articulada en la LPAD a través de los tres niveles de protección que se contemplan en su artículo 7. En primer lugar, la norma configura un nivel mínimo garantizado para cada beneficiario -según su grado y nivel de dependencia- que correrá a cargo de la Administración General y cuya financiación será la fijada anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Este primer nivel de protección entronca con naturalidad con el fundamento constitu-

¹⁷ La importancia nuclear de la financiación quedó reflejada desde la misma tramitación de la Ley con continuas alusiones a esta materia en los debates parlamentarios. Sobre estas intervenciones puede verse, Hierro Hierro, F.J., “Organización y funcionamiento del SAAD”, cit., pág. 204. Sobre los distintos modelos posibles de atención a la dependencia y su viabilidad financiera, por todos, López Gandía, J., “La financiación de la protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, *Temas Laborales*, 2007, nº 89, págs 250 y ss.

¹⁸ De este modo la LPAD venía a alejarse del modelo de aseguramiento privado anunciado por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (disposición adicional decimocuarta). Esta posibilidad se contempla ahora en la adicional séptima LPAD como eventual complemento de la tutela pública dispensada por ella. Según dicha disposición: “1. El Gobierno, en el plazo de seis meses, promoverá las modificaciones legislativas que procedan, para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia. 2. Con el fin de facilitar la cofinanciación por los beneficiarios de los servicios que se establecen en la presente Ley, se promoverá la regulación del tratamiento fiscal de los instrumentos privados de cobertura de la dependencia”. En desarrollo de estas previsiones el denominado “seguro de dependencia” fue regulado por la disposición adicional segunda de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (BOE 8 de diciembre). Por su parte, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre (BOE 29 de noviembre) del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ya contemplaba medidas fiscales de fomento de la cobertura privada de la dependencia. Recientemente, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE 2 de agosto), ha modificado la disposición adicional primera de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (Real Decreto legislativo 1/2002, de 29 de noviembre), a fin de incluir una referencia expresa a los seguros colectivos de dependencia en relación con los compromisos por pensiones que pueden ser asumidos por las empresas a favor de sus trabajadores (disposición final cuarta); en el mismo sentido se modifica también la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, antes citada (disposición final novena). Vid., sobre el aseguramiento privado de este riesgo, en sentido crítico, Maldonado Molina, J.A., “El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 79 y ss.

cional elegido por el legislador para llevar a cabo su intervención normativa (art. 149.1.1 CE). De hecho, es este escalón de tutela el que se erige en “condición básica de garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia” (art. 9 LPAD). Se trata, por lo demás, de un nivel común para el conjunto del territorio nacional cuya fijación corresponde al Gobierno central previa audiencia al Consejo Territorial del SAAD (art. 9 LPAD)¹⁹. Si se tiene en cuenta que, según su desarrollo reglamentario, la aportación del Estado se destina a financiar el sistema mediante una cantidad económica por cada beneficiario “para las prestaciones de dependencia previstas en su programa individual de atención” (art. 3.1 Real Decreto 614/2007), parece necesario concluir que las partidas que conforman dicho nivel habrán de destinarse, necesariamente, a la financiación de las prestaciones que figuren en cada programa individual, incluidas, con toda probabilidad, las prestaciones sustitutivas de los servicios a las que se refieren los arts. 14.3 y 17 LPAD, pero con exclusión de cualesquiera otros gastos que la puesta en marcha del sistema pueda ocasionar²⁰.

El segundo peldaño en la protección de las situaciones de dependencia está integrado por el que se ha dado en llamar nivel acordado, que se añadirá al mínimo estatal y deberá articularse a través de los convenios que suscriba la Administración General del Estado con cada una de las Comunidades Autónomas. El Convenio será el encargado de establecer la financiación que correrá a cargo de cada una de las Administraciones firmantes así como las cantidades que sean aportadas por la Administración General a fin de sufragar el nivel mínimo de protección. Además, será cada convenio el instrumento adecuado para desarrollar el marco de cooperación interadministrativa previamente fijado por el Consejo Territorial (art. 10 LPAD). Con todo, según dispone expresamente la LPAD, la aportación anual de cada Comunidades Autónomas a este nivel habrá de ser “al menos igual” a la que la Administración General del Estado destine a la financiación del nivel mínimo y el adicional (art. 32.3). De este modo, la medida de la participación financiera de cada Comunidad Autónoma queda determinada, en cuanto a su mínimo, a lo que se decida desde el Gobierno central en lo que puede suponer una muy discutible injerencia en el ámbito

¹⁹ Destacando el amplísimo margen de actuación con el que cuenta la Administración General del Estado para fijar este nivel puede verse Cavas Martínez, F., “El sistema para la autonomía y la atención a la dependencia”, en Montoya Melgar, A., (Dir.), “La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, cit., pág. 73.

²⁰ Vid., en este sentido, Cavas Martínez, F., “Aspectos fundamentales de la Ley de Promoción de la autonomía personal...”, cit., pág. 25; y Roqueta Buj, R., “El sistema para la autonomía y atención a la dependencia”, en Roqueta Buj, R. (Coord.), “La situación de dependencia. Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo estatal y autonómico de la Ley de Dependencia”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 66-67.

propio de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas²¹.

Por último, la LPAD contempla la posibilidad de desarrollar el que denomina “nivel adicional” de protección que, eventualmente, podrá sumarse a los dos niveles anteriores. Sucederá de este modo cuando así lo decida cada Comunidad Autónoma para su propio territorio, tratándose de un último escalón en la protección que será financiado con cargo exclusivo a los presupuestos autonómicos (art. 11.2). Este tercer nivel ha sido objeto de regulación en algunos territorios como ha sido el caso de las pioneras Cataluña²² y la Comunidad Valenciana²³, seguidas por alguna otra²⁴.

²¹ Como se destacó ya en los debates parlamentarios; vid., al respecto Sala Galván, G. y López Terrada, E., “La financiación del sistema y la aportación de los beneficiarios”, en Roqueta Buj, R. (Coord.), “La situación de dependencia. Régimen jurídico...”, cit., pág. 552. Como ha señalado Cavas Martínez, F., “lo que se pretende es que el coste global de la oferta de servicios y prestaciones a disposición de los ciudadanos en una determinada Comunidad Autónoma, sumados el nivel básico y el incremento acordado, sea asumido a partes iguales entre ambas Administraciones”; de modo y manera que “cualquier incremento en el nivel de cobertura básica va a repercutir en una mayor aportación de las Comunidades Autónomas en este segundo nivel” (“Aspectos fundamentales de la Ley de Promoción de la autonomía personal...”, cit., pág. 23).

²² Orden ASC/433/2007, de 23 de noviembre (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, 27 noviembre), por la que se establecen los criterios para determinar el importe de las prestaciones económicas del SAAD en el ámbito territorial de Cataluña. En esta norma se contempla el tercer nivel de protección con cargo al crédito presupuestario de la Generalidad de Cataluña advirtiéndose, en todo caso, que dicho complemento no tendrá carácter de derecho subjetivo (disposición adicional primera). Esta primera disposición sería modificada por la Orden ASC/344/2008, de 14 de julio, por la que se regula la prestación económica de asistencia personal y se amplía el nivel de protección del Sistema Catalán de Autonomía y Atención a la Dependencia (SCAAD). A su vez esta última norma ha sido derogada por la Orden ASC 471/2010, de 28 de septiembre, por la que se regulan las prestaciones y profesionales de la asistencia personal en Cataluña, en la que se continúa regulando el nivel adicional de protección.

²³ Orden 5 diciembre de 2007, de la Conselleria de Bienestar Social por la que se regulan los requisitos y condiciones de acceso a las ayudas económicas del programa de atención a las personas y a sus familias en el marco del SAAD en la Comunitat Valenciana. La norma ha sido modificada con posterioridad por la Orden 5/2011, de 6 de junio, de la Conselleria de Bienestar Social. Modificada por la Orden 5/2011, de 6 de junio, de la Conselleria de Bienestar Social

²⁴ Como sucede con la Comunidad Autónoma Andaluza que ha procedido a ampliar la compatibilidad de las prestaciones como parte integrante del nivel adicional (Orden de 7 de marzo de 2008, por la que se modifica la Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las prestaciones y la Gestión de las prestaciones económicas, y la Orden de 15 de noviembre de 2007; BOJA 19 de marzo de 2008). La Comunidad de Madrid, por su parte, contempla la posibilidad de incrementar las cuantías máximas de las prestaciones mediante el desarrollo del nivel adicional en su Orden 349/2010, de 3 de marzo, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, por la que se autoriza a la Dirección General de Coordinación de la Dependencia a aprobar las cuantías máximas de las prestaciones económicas del SAAD en la Comunidad de Madrid (BOCM 8 de marzo de 2010). Con todo, las cuantías máximas fijadas en esta Comunidad para el año 2011 coinciden con las establecidas por el Gobierno central para dicho año (Resolución 525/2011, de 12 de abril, de la Dirección General de Coordinación de la Dependencia, por la que se publican las cuantías máximas de las prestaciones económicas del SAAD en la Comunidad de Madrid para el año 2011, BOCM 10 de mayo).

Como habrá podido comprobarse, el legislador estatal se ha decantado por un sistema público de financiación en el que participan tanto el Estado como las Comunidades Autónomas de tal suerte que, además, la aportación anual de cada autonomía deberá ser al menos idéntica al total de la cantidad aportada por el Estado central para financiar el nivel mínimo y el adicional. En todo caso, quiere la ley que la financiación del SAAD sea “la suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que correspondan a las Administraciones públicas competentes” y que la misma quede determinada con una cadencia anual en los Presupuestos correspondientes (art. 32.1 LPAD)²⁵. Nada se dice en el articulado de la ley, sin embargo, sobre el carácter estable y la sostenibilidad de la financiación como tampoco se hace referencia alguna a la corresponsabilidad de los distintos agentes implicados; extremos todos ellos a los que sí aludía el Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia suscrito entre el Gobierno y los interlocutores sociales (2005) y cuya incorporación en el articulado de la Ley había sido recomendada por el Consejo Económico y Social en su dictamen al Anteproyecto²⁶. En este sentido, es preciso acudir a la Exposición de motivos de la LPAD para encontrar una alusión a tales cuestiones al indicarse, aquí sí de modo explícito, que la financiación del sistema habrá de ser “estable, suficiente, sostenida en el tiempo y garantizada mediante la corresponsabilidad de las Administraciones públicas”. Aun así, para el período de nueve años comprendido entre el año 2007 y el 2015, se asegura la participación de la Administración General del Estado en la financiación del sistema mediante una asignación anual de créditos en sus Presupuestos al objeto de celebrar los correspondientes convenios con las Comunidades Autónomas para financiar el nivel acordado (disposición transitoria primera)²⁷.

Por otra parte, pese a la invocación expresa que la LPAD hace a la suficiencia en lo concerniente a la financiación del sistema, muy pronto fue posible constatar la clara escasez de las aportaciones de la Administración General del

²⁵ A la determinación anual vía presupuestos refiere también su adicional primera. Para Hierro Hierro, F.J., este modelo de financiación con cadencia anual presentaría tanto ventajas –entre ellas la seguridad jurídica o la capacidad de adaptación– como inconvenientes tales como la inestabilidad o la ausencia de pautas seguras [“Organización y funcionamiento del SAAD”, en Montoya Melgar, A., (Dir.), “La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley...”, págs. 232 y ss.].

²⁶ Dictamen 3/2006, sobre el Anteproyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, 20 de febrero de 2006, pág. 29.

²⁷ Sobre este régimen transitorio y los problemas de interpretación que el mismo plantea puede verse Hierro Hierro, F.J., “Organización y funcionamiento del SAAD”, en Montoya Melgar, A., (Dir.), “La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley...”, cit., págs. 236 y ss.

Estado que habían quedado previstas inicialmente para sufragar el Sistema²⁸. En este sentido, la memoria económica que acompañaba al Anteproyecto de Ley cifró como objetivo pasar desde el 0,33 por 100 del PIB -cantidad que en 2004 se destinaba a la atención a la dependencia en gastos corrientes- hasta un 0,44 del PIB en el período comprendido entre los años 2005 y 2010²⁹. Según las previsiones contenidas en dicho documento el esfuerzo presupuestario que habría de realizar la Administración General del Estado ascendía a más de 12.638 millones para el período comprendido entre los años 2007-2015. Las previsiones contemplaban, además, aportaciones anuales cada vez más altas debido al calendario progresivo de implantación de la LPAD, que llevaría a la incorporación al sistema de un número creciente de beneficiarios a medida que transcurriesen los primeros años de su vigencia³⁰. Sin embargo, como se ha dicho, desde un primer momento pudo constatarse que las cantidades inicialmente proyectadas se situaban por debajo de las necesidades reales, lo que dio como resultado que dichas estimaciones fueran rápidamente superadas por las cantidades efectivamente destinadas al sistema. De este modo, la aportación que la Administración General del Estado viene realizando al SAAD desde el año 2008 ha sido sensiblemente superior a las cuantías previstas en la memoria económica, en una tendencia que se ha quebrado por primera vez en el 2011³¹. Para este año la aportación de la Administración General del Estado se ha cifrado en menos de 1.500 millones de euros por debajo de las previsiones

²⁸ Algunos datos de interés sobre los costes del SAAD pueden verse en Montserrat Codorniu, J. “La sostenibilidad del sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD): presente y futuro”, en el “Informe sobre la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”, Diputación de Barcelona, 2010, págs. 115 y ss.

²⁹ Lo que unido al 0,17% que se requeriría para gasto de capital representaría un total del 0,61% del PIB en el referido período.

³⁰ La aportación anual de la Administración General del Estado quedó cifrada en los siguientes valores: 400.000.000 € para el año 2007; 678.685.396 € para el 2008; 979.364.617 € para el año 2009; 1.160.330.812 € en el 2010; 1.545.425.613 € para el año 2011; 1.673.884.768 €, para 2012; 1.876.030.564 € para el año 2013; 2.111.571.644 € en el 2014; y 2.212.904.397 € para el año 2015. En sentido crítico, destacando la insuficiencia de estas previsiones López Cumbre, L., “Fisuras de una ley histórica en materia de protección social: el proyecto de ley de dependencia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2006, nº 11 (Iustel, versión digital), pág. 12.

³¹ Para el año 2008 la aportación máxima de la Administración General del Estado se fijó en 870.998.370 €, lo que supuso un incremento en relación con lo planificado en la memoria económica de un 18% y de un 118% en comparación con el 2007. Para el 2009 la cuantía destinada a la cobertura de las situaciones de dependencia quedó prevista en torno a los 1.158.680.000 (superando en un 15% la cantidad prevista en la memoria económica). Estos y otros datos de interés pueden consultarse en el Informe sobre “La participación de la Administración General del Estado en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”, elaborado por la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, Madrid, 2009. Para el año 2010 la cuantía presupuestada ascendió a 1.581.569, 77 € (Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado; BOE 24 diciembre 2009).

contenidas en la memoria económica que superaban dicha cifra³².

En fin, la preocupación por garantizar la efectividad del sistema y su sostenibilidad desde un punto de vista financiero, llevó al Congreso de los Diputados a aprobar una moción, en octubre del 2008, por la que se instaba al Gobierno a crear un grupo de expertos para evaluar el desarrollo y la efectiva aplicación de la LPAD. El grupo de trabajo se constituyó efectivamente en enero del año siguiente y, tras nueve meses de trabajo, presentó su informe en septiembre del 2009³³. En dicho informe, se contiene una serie de recomendaciones relacionadas con la mejora de la financiación del SAAD -junto a otras consideraciones sobre los aspectos más diversos relativos al funcionamiento del sistema-, entre las que se cuentan la conveniencia de integrar la dependencia en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, la oportunidad de arbitrar otras vías de financiación pública que doten al sistema de mayores recursos o la necesidad de mejorar la financiación de carácter privado.

3.2. La financiación del SAAD a través del copago

Como se ha adelantado, la LPAD prevé la contribución económica de los propios beneficiarios en la financiación del SAAD a través de la figura del copago. De esta suerte, las propias personas en situación de dependencia que resulten cubiertas por el sistema habrán de participar en la financiación de los servicios -según el tipo y coste de cada uno de ellos-, en función de su capacidad económica personal³⁴. Del mismo modo, la capacidad económica

³² La cifra presupuestada en esta ocasión ha ascendido a 1.498.442,46 € (Ley 39/2010, de 22 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado; BOE 23 diciembre), frente a los 1.545.425.613 € comprometidos en la memoria económica.

³³ El denominado “Informe final del grupo de expertos para la evaluación del desarrollo y efectiva aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, septiembre 2009. Otras propuestas de mejora en la financiación del SAAD pueden verse en Montserrat Codorniu, J. “La sostenibilidad del sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD): presente y futuro”, cit., págs. 118 y ss; y Cervera, M., “Perspectiva global”, en el “Informe sobre la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”, cit., págs. 187 y 188.

³⁴ Lo que se tiene en cuenta, así pues, es la situación personal del beneficiario y no la capacidad económica familiar. Para evitar maniobras tendentes a disminuir fraudulentamente la referida capacidad la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, prevé el cómputo a estos efectos de todas las disposiciones patrimoniales -onerosas o gratuitas-, que el solicitando haya efectuado en los 4 años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud, a favor de su cónyuge y familiares. Según se dispone en la misma ley dicha previsión habría de incorporarse en los convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas para el desarrollo del nivel adicional de protección (disposición adicional quinta). Alertando del fraude que pueden propiciar los parámetros contemplados en la ley para fijar la participación del beneficiario López Cumbre, L., “Fisuras de una ley histórica en materia de protección social: el proyecto de ley de dependencia”, cit., págs. 12 y 13.

del beneficiario se tomará en consideración para determinar la cuantía de las prestaciones de carácter económico (art. 33.1 y 2 LPAD)³⁵. Corresponde al Consejo Territorial fijar los criterios para determinar la intensidad de dicha participación si bien, y dado el carácter universal de la protección, la LPAD deja claro que “ningún ciudadano quedará fuera de la cobertura del Sistema por no disponer de recursos económicos” [art. 33.3 y 4; art. 8.2 d)]³⁶.

En cumplimiento de dicha encomienda el Consejo Territorial estableció los criterios sobre la participación de los beneficiarios en las prestaciones del sistema -junto con la propuesta de la determinación de la capacidad económica de los mismo-, en su acuerdo de 27 de noviembre de 2008³⁷. Se superó así el plazo de seis meses establecido en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de mayo 2007 -por el que se aprobaba el marco de cooperación interadministrativa para dicho año- para que en el seno del Consejo se elaborase una propuesta de reglamento sobre la determinación de la capacidad económica de los beneficiarios³⁸.

4. EL INTENSO PROCESO DE DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA LEY DE DEPENDENCIA

Con toda probabilidad, uno de los rasgos caracterizadores de la LPAD que resulta ser más sobresaliente es el elevado número de llamadas que su texto hace a ulteriores desarrollos reglamentarios sobre las materias más diversas;

³⁵ El art. 14.7 LPAD, por su parte, remite a un ulterior reglamento la determinación de la capacidad económica del solicitante de las prestaciones teniendo en cuenta renta y patrimonio a propuesta del Consejo Territorial. Sobre las ventajas e inconvenientes del copago, por todos, López Gandía, J., “La financiación de la protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, cit., págs. 265 y ss.

³⁶ Se asumía así lo previsto en el Acuerdo del 2005 y la recomendación del Consejo Económico y Social de incorporar en el texto dicha aclaración (Dictamen 3/2006, sobre el Anteproyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, cit., págs. 29 y 30). Vid., al respecto Cruz Villalón, J., quien destaca cómo, desde la perspectiva opuesta, “el hecho de que la persona dependiente goce de una capacidad económica holgada tampoco la expulsará” del Sistema (“La protección social de la dependencia”, cit., pág. 18). Según se indica en el art. 33.3 LPAD “para fijar la participación del beneficiario, se tendrá en cuenta la distinción entre servicios asistenciales y de manutención y hoteleros”.

³⁷ Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad (BOE 17 de diciembre). Un detallado análisis de su contenido puede verse en González Ortega, S., “Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia. Las prestaciones del sistema y el catálogo de servicios”, en el “Informe sobre la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”, cit., págs. 157 y ss.

³⁸ Hasta la aprobación del citado reglamento el acuerdo ha remitido a la normativa autonómica para determinar la participación de los beneficiarios en el coste de los servicios.

algunas tan centrales como puedan ser el baremo de valoración de la dependencia, la cuantía de las prestaciones económicas o la determinación del nivel mínimo de protección. En términos puramente numéricos, las menciones que contiene la LPAD a una ulterior norma reglamentaria de desarrollo rondan la decena. A estas remisiones específicas se añade la habitual previsión de carácter genérico por la que se faculta al Gobierno para dictar todas aquellas disposiciones que resulten necesarias para el desarrollo y la ejecución de la ley (disposición final séptima LPAD).

4.1. La producción reglamentaria tras la aprobación de la Ley

Prescindiendo por el momento de las normas relativas a la financiación del sistema, que serán objeto de una atención particularizada más adelante, el *iter* de las disposiciones reglamentarias de mayor relevancia que se han dictado como complemento de las previsiones de la LPAD sería el que a continuación se indica³⁹.

La primera norma que inauguró el dilatado proceso de desarrollo reglamentario sería el Real Decreto 504/2007⁴⁰, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia. El texto había sido precedido del

³⁹ Otras normas dictadas en desarrollo de la LPAD han sido, entre otras, las siguientes: Orden TAS/1459/2007, de 25 de mayo, por la que se establece el Sistema de Información del SAAD (SISAAD) y se crea el correspondiente fichero de datos de carácter personal (BOE 28 de mayo de 2007); Resolución de 16 de julio de 2007, del IMSERSO, sobre procedimiento a seguir para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del SAAD (BOE 23 de julio); Orden ESD/1984/2008, de 4 de julio, por la que se crea una comisión especial para la mejora de la calidad del SAAD (BOE 9 julio 2008); así como, en fin, el conjunto de disposiciones que se han dictado para la aplicación de la Ley en las Ciudades de Ceuta y Melilla entre las que pueden destacarse la Resolución del IMSERSO 16 julio 2007, sobre el procedimiento a seguir para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones (BOE 23 de julio); la Orden TAS/2455/2007, de 7 de agosto, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo en el año 2007, de los Reales Decretos que desarrollan la LPAD en las Ciudades de Ceuta y Melilla (BOE 10 de agosto); modificada por la Orden TAS/278/2008 (BOE 12 de febrero) y la Orden ESD 480/2009, de 13 de febrero (BOE 3 de marzo); y la Orden SAS/2287/010, de 19 de agosto, por la que se regulan los requisitos y el procedimiento para la acreditación de los centros, servicios y entidades privadas, concertadas o no, que actúen en el ámbito de la autonomía personal y la atención a personas en situación de dependencia en las Ciudades de Ceuta y Melilla (BOE 30 de agosto). Téngase en cuenta que, de conformidad con el Real Decreto 614/2007, de 11 de mayo corresponde a la Administración General del Estado asumir las funciones de planificación, ordenación, dirección y gestión del SAAD así como la financiación del nivel mínimo de protección en estas ciudades (disposición adicional única). La LPAD, por su parte, ya contemplaba la posibilidad de acuerdos entre el Ministerio de Trabajo y estos territorios en materia de centros y servicios de atención a la dependencia, así como la participación de ambas Ciudades en el Consejo Territorial en la forma que éste determine (disposición adicional undécima).

⁴⁰ De 20 de abril (BOE 21 de abril). Con una posterior corrección de errores publicada en el BOE de 28 de mayo del mismo año.

correspondiente Acuerdo en el seno del Consejo Territorial, al exigirlo así el art. 27.2 LPAD⁴¹. En el decreto se regulaba tanto el baremo de valoración de la dependencia (BVD) como la escala de valoración específica para los menores de tres años (EVE), previstos en el art. 27 y la disposición adicional decimotercera de la LPAD. Se daba así cumplimiento a lo establecido en la disposición final quinta de la misma ley que fijaba un plazo máximo de tres meses -tras la constitución del Consejo Territorial-, para que se procediera a la aprobación del baremo⁴². La mentada norma se vería modificada poco tiempo después por el Real Decreto 1197/2007⁴³, a fin de, por un lado, permitir la utilización del instrumento de valoración previsto en el anexo 2 del Real Decreto 1971/1999⁴⁴, para valorar la discapacidad del hijo o menor acogido -a efectos del posible disfrute de un descanso por maternidad ampliado-; y, por otro, mantener la vigencia transitoria de dicho anexo para determinar la necesidad de ayuda de tercera persona, hasta tanto no se revisase el instrumento específico de valoración de la dependencia una vez transcurrido el primer año de su aplicación.

Dicha revisión ya había quedado prevista en la disposición adicional cuarta del mismo Real Decreto 504/2007 donde dicha labor había sido encomendada al Consejo Territorial a fin de que, culminada su tarea revisoria, propusiese las modificaciones que considerara oportunas. Con un notable retraso, el Consejo Territorial adoptó el 1 de junio de 2010 el acuerdo sobre modificación del baremo de valoración lo que ha dado lugar a la aprobación de un nuevo instrumento de valoración mediante Real Decreto 174/2011⁴⁵. Con la entrada en vigor de esta nueva norma ha quedado derogado el Real Decreto 504/2007 -y por tanto el baremo que se venía aplicando hasta entonces-, al tiempo que se ha puesto fin a la vigencia transitoria del anexo 2 del Real Decreto 1971/1999⁴⁶.

⁴¹ El acuerdo del Consejo Territorial fue aprobado en sesión de 23 de marzo de 2007, con anterioridad el mismo órgano había alcanzado un acuerdo sobre esta materia el 22 enero de 2007 (Resolución de 23 de mayo, del IMSERSO, BOE 7 de junio).

⁴² También debía aprobarse en el mismo plazo la intensidad de protección de los servicios. La sesión constitutiva del Consejo Territorial tuvo lugar el 22 de enero de 2007 momento en el que se aprobó su reglamento de funcionamiento.

⁴³ De 14 de septiembre (BOE 3 de octubre); corrección de errores publicada en el BOE 4 de octubre 2007.

⁴⁴ De 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

⁴⁵ De 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido en la LPAD (BOE 18 de febrero). El acuerdo del Consejo Territorial fue publicado mediante Resolución de 29 de junio de 2010 de la Secretaría General de Política Social y Consumo (BOE 12 de julio; corrección de errores BOE 31 de julio).

⁴⁶ También prevé el RD 174/2011 una evaluación de los resultados del nuevo baremo por parte del Consejo Territorial una vez concluido el octavo año de aplicación de la LPAD, a fin de que dicho órgano pueda proponer, nuevamente, las modificaciones que estime procedentes (disposición adicional tercera).

Siguiendo el orden cronológico, y prescindiendo por el momento de las normas relativas a la financiación del sistema, sería el Real Decreto 615/2007⁴⁷ la siguiente disposición promulgada en desarrollo de la LPAD. Dicho texto abordó la cuestión relativa a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia, cumpliendo así con el mandato contenido en el art. 18 LPAD y en su adicional cuarta⁴⁸. A partir de su entrada en vigor, los cuidadores no profesionales pasaron a quedar incluidos en el Régimen General -en situación de asimilada al alta- mediante la suscripción del correspondiente convenio especial⁴⁹. En desarrollo de estas previsiones, la Orden TAS/2632/2007⁵⁰ procedió a completar la regulación del mentado convenio para este colectivo en uso de la facultad que el Real Decreto 615/2007 había otorgado al Ministro de Trabajo (disposición adicional quinta). Al igual que sucediera con el primero de los reglamentos citados, también el Real Decreto 615/2007 se ha visto recientemente alterado por el Real Decreto 175/2011⁵¹ al objeto de incluir en el sistema de Seguridad Social a aquellos cuidadores no profesionales que atiendan a los beneficiarios de la protección en situación de dependencia moderada (grado I).

La tercera materia que ha conocido su correspondiente desarrollo reglamentario ha sido la relativa a las prestaciones económicas, en consonancia con la previsión según la cual la cuantía de dichas prestaciones será acordada por el Consejo Territorial “para su aprobación posterior por el Gobierno mediante Real Decreto” (art. 20 LPAD)⁵². En cumplimiento de este mandato, el Ejec-

⁴⁷ De 11 de mayo (BOE 12 mayo). Corrección de errores publicada en BOE 12 de junio.

⁴⁸ La norma procedió a introducir ciertas modificaciones en disposiciones anteriores a fin de acomodarlas a la nueva normativa. Las normas afectadas fueron las que a continuación se indica: Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de Empleadas de Hogar; Real Decreto 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; Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la LISMI; y, en fin, Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo. El texto contempla, además, la financiación de las actividades formativas de los cuidadores no profesionales -previstas en el art. 18.4 LPAD- mediante un tipo reducido de cotización. Igualmente incorpora una referencia a cuidadores profesionales para indicar que su encuadramiento en la Seguridad Social, cuando sean contratados por instituciones públicas o entidades privadas mediante la prestación económica vinculada al servicio, se regirá por lo dispuesto en la normativa de la Seguridad Social. Igual remisión se prevé para los trabajadores dedicados a la asistencia personal a grandes dependientes a los que se refiere el art. 19 LPAD (disposición adicional tercera).

⁴⁹ Salvo en los casos a los que se refiere su art. 2, en sus apartados 2º y 3º.

⁵⁰ De 7 de septiembre, que modifica 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 14 septiembre). La Orden del 2007 regula además el convenio especial de otros colectivos como ha sido el caso, entre otros, de las víctimas de violencia de género o los deportistas profesionales.

⁵¹ De 11 de febrero (BOE 18 de febrero).

⁵² La intervención del Consejo Territorial en esta materia se reitera en el art. 8.2 c) LPAD.

tivo viene dictando anualmente los sucesivos decretos en los que se fijan las cuantías máximas de las prestaciones para el año en curso y desde el año 2008, además, y de conformidad con las previsiones reglamentarias, se revalorizan las cuantías establecidas en el ejercicio anterior.

Las primeras cuantías fueron aprobadas a mediados del año 2007 mediante el Real Decreto 727/2007⁵³. En aquella ocasión, el Gobierno reguló las cuantías de las prestaciones junto a las intensidades de protección de los servicios que integran el catálogo de la LPAD así como la compatibilidad e incompatibilidad que ha de regir entre ellos. Más precisamente, y teniendo en cuenta el calendario de aplicación gradual de la LPAD, la norma se limitó a fijar las cuantías máximas de las prestaciones económicas para el Grado III (gran dependencia) en sus niveles 1 y 2⁵⁴, al tratarse del único grado que quedaba cubierto por el SAAD durante el primer año de vigencia de la ley⁵⁵. En todo caso, al Real Decreto 727/2007 se ha achacado una excesiva parquedad a la hora de abordar la cuestión relativa a las prestaciones económicas. La crítica se debe a que la norma se limitó a regular la cuantía máxima de dichas prestaciones remitiendo, en cambio, la regulación de los requisitos y condiciones de acceso a las Comunidades Autónomas o Administración competente teniendo

⁵³ De 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la LPAD (BOE 9 junio). En el texto se regulaban, además, las especialidades de la protección ante la dependencia de los emigrantes españoles retornados (Disposición adicional única). En relación con el colectivo últimamente citado cabe citar el Real Decreto 1493/2007, 12 de noviembre, por el que se aprueban las normas reguladoras de la concesión directa de ayudas destinadas a atender las situaciones de extraordinaria necesidad de los españoles retornados (BOE 26 de noviembre). En dicho texto la situación de dependencia figura entre los criterios a tener en cuenta a efectos de la concesión de las ayudas que en su texto se regulan.

⁵⁴ Las cuantías máximas mensuales para el 2007 quedaron cifradas, según el anexo II, en las siguientes. Para el nivel 2 del Grado III: 780 € para la prestación económica vinculada al servicio; 487 € en el caso de la prestación para cuidados en el entorno familiar y 780 € para la prestación económica de asistencia personal. Para el nivel 1 del Grado III: 585 €; 390 € y 585 € respectivamente.

⁵⁵ Según el calendario de aplicación escalonada de la LPAD previsto en su disposición final primera, el sistema cubriría de modo progresivo a las personas en situación de dependencia del modo siguiente. El primer año de vigencia de la ley (2007) quedarían cubiertos aquéllos valorados en los niveles 1 y 2 del Grado III (Gran Dependencia); en el segundo y tercer año se incluirían los valorados en el nivel 2 del Grado II (Dependencia Severa); el tercer y cuarto año el sistema debía acoger a las personas valoradas en el nivel 1 del Grado II; en el quinto y sexto año quedarían atendidos por el sistema a quienes sean valorados en el nivel 2 del Grado I (Dependencia Moderada); en fin, el séptimo y octavo años acogerán a los valorados en el nivel 1 del Grado I.

en cuenta, eso sí, lo acordado en el seno del Consejo Territorial (art. 12)⁵⁶. Esta amplitud en la remisión puede ocasionar, se ha dicho, una divergencia poco deseable entre los distintos territorios en una cuestión tan nuclear como lo es el acceso de la población en situación de dependencia a las prestaciones o la propia cuantía de las mismas ⁵⁷.

Como se ha adelantado, los decretos sucesivos han fijado las cuantías correspondientes a las prestaciones económicas para los grados y niveles que el sistema venía a cubrir, por primera vez, durante ese año y han procedido a actualizar los importes máximos de las prestaciones económicas fijados en el año inmediatamente anterior; salvo en el caso del texto del 2011 en el que se han mantenido las cuantías vigentes en el año 2010 sin proceder a su revalorización; o, por mejor decir, en esta ocasión se ha actualizado conforme al 0% previsto para el incremento del IPREM en este año⁵⁸. Por orden cronológico, las normas en las que se regulan dichas cuantías son las siguientes: Real Decreto 7/2008⁵⁹, para el nivel 2 del Grado II; Real Decreto 73/2009⁶⁰, para el nivel 1

⁵⁶ Una vez publicado el decreto estatal las Comunidades Autónomas han venido aprobando las resoluciones en las que se regulan las intensidades de protección de los servicios y la gestión de las prestaciones económicas en su territorio. Un estudio comparativo de la normativa autonómica al respecto puede verse en Monreal Bringsvaerd, E., “Las prestaciones económicas”, en Roqueta Buj, R., “La situación de dependencia...”, cit., págs. 496 y ss; y AAVV, “Análisis de los desarrollos normativos del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD). Estudio comparativo autonómico”, Cinca, Madrid, 2009, págs. 202 y ss.

⁵⁷ Estas valoraciones críticas pueden verse en Roqueta Buj, R., para quien de este modo se estaría produciendo una quiebra en “el marco de homogeneidad territorial” de la LPAD “con la consiguiente merma de los principios de igualdad y no discriminación en el acceso a las prestaciones del sistema”; de modo y manera que “las prestaciones de dependencia pueden ser cualitativa y cuantitativamente diferentes en función de la Comunidad Autónoma donde resida el beneficiario” toda vez que “el único denominador común que se garantiza a todos los beneficiarios (...) es la cuantía máxima” (“El sistema para la autonomía y atención a la dependencia”, cit., págs. 83-84).

⁵⁸ Desde el año 2008 se incluyen, junto a las cuantías máximas, la cuota a la Seguridad Social derivada de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar.

⁵⁹ De 11 de enero (BOE 12 de enero). Las cuantías máximas mensuales quedaron fijadas en las que ha continuación se indican. Para la prestación económica vinculada al servicio: 811,98 € para el nivel 2 del Grado III; 608,98 € para el nivel 1 del Grado III; 450 € para el nivel 2 del Grado II. En el caso de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar: 506,96 €, 405,99 € y 328,36 €, respectivamente. Y para la prestación económica de asistencia personal: 811, 98 € y 608, 98 € para cada uno de los niveles del Grado III.

⁶⁰ De 30 de enero (BOE 31 de enero). Para este año las cuantías se establecieron en las siguientes. Prestación económica vinculada al servicio: 831,47 € para el nivel 2 del Grado III; 623,60 € para el nivel 1 del Grado III; 460,80 € para el nivel 2 del Grado II; 400 € para el nivel 1 del Grado II. En el caso de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar: 519,13 €; 415, 73 €; 336,24 €; 300 €, respectivamente. Y para la prestación económica de asistencia personal: 831, 47 € y 623, 60 € para cada uno de los niveles del Grado III.

del Grado II; Real Decreto 374/2010⁶¹, dedicado a revalorizar los importes de las prestaciones económicas que habían quedado fijados el año anterior; Real Decreto 570/2011, para el nivel 2 del Grado I⁶². Poco antes de la aprobación de esta última norma, el ya citado Real Decreto 175/2011⁶³ había procedido a modificar el Real Decreto 727/2007 para incorporar en su texto -por lo que ahora interesa-, las cuantías máximas de las prestaciones económicas durante el año 2011 correspondientes al nivel 2 del Grado I (dependencia moderada)⁶⁴, cuantías que después serían reiteradas en el Real Decreto 570/2011.

Hasta el año 2011 la actualización de los importes máximos de las prestaciones se llevaba a cabo utilizando un método distinto al previsto para actualizar las aportaciones estatales correspondientes al nivel mínimo de protección. De este modo, mientras que estas últimas conocían un aumento anual coincidente con el incremento del IPREM (art. 3.4 Real Decreto 614/2007), las prestaciones económicas debían aumentar en su cuantía en función de la subida del IPC (art. 13.1 Real Decreto 727/2007). Esta diferencia en la forma de actualizar unas y otras ha quedado eliminada a partir del ya citado Real Decreto 570/2011, que ha venido a modificar el art. 13.1 del Real Decreto 727/2007, a fin de sustituir la referencia al IPC que este precepto contenía por la correspondiente al IPREM. Así pues, tras la entrada en vigor de esta reforma, la actualización de las cuantías de las prestaciones económicas del SAAD se llevará a cabo no ya en función del IPC sino de conformidad con el incremento que cada año se aplique al referido indicador. La desvinculación de las cuantías respecto del IPC y su conexión con el IPREM ha dado como resultado una congelación de las mismas para el año 2011 al mantenerse sin alterar para este año las cuantías del IPREM que regían en el año anterior.

Ha de tenerse en cuenta en todo caso que, dado que la Ley prevé la participación del beneficiario en la financiación del sistema -a través de la figura del copago (art. 33 LPDA)- el importe de la prestación se hallará aplicando un coeficiente reductor a las cuantías previstas en cada decreto, en función de la capacidad económica de cada beneficiario, conforme a lo establecido por la

⁶¹ De 26 de marzo (BOE 27 marzo). Las cuantías máximas para el año 2010 fueron las que a continuación se detallan. Prestación económica vinculada al servicio: 833,96 € para el nivel 2 del Grado III; 625,47 € para el nivel 1 del Grado III; 462,18 € para el nivel 2 del Grado II; 401,20 € para el nivel 1 del Grado II. En el caso de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar: 520,69 €; 416,98 €; 337,25 €; 300,90 €, respectivamente. Y para la prestación económica de asistencia personal: 833,96 € y 625,47 € para cada uno de los niveles del Grado III.

⁶² De 20 de abril (BOE). La norma ha mantenido para el año 2011 las cuantías máximas del año anterior y ha añadido las correspondientes al nivel 2 del Grado I: 300 € para la prestación económica vinculada al servicio y 180 € en el caso de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar.

⁶³ De conformidad con el Acuerdo del Consejo Territorial de fecha 28 de octubre de 2010.

⁶⁴ Para ello se incorpora en su texto un nuevo anexo V donde figuran las cuantías máximas de las prestaciones económicas del grado I, nivel 2 para el 2011.

Comunidad autónoma o Administración competente y teniendo en cuenta lo acordado al respecto en el Consejo Territorial (art. 13.2 Real Decreto).

En fin, como se apuntó más arriba, el desarrollo reglamentario de las intensidades de protección de los servicios y el régimen de compatibilidades entre ellos fue objeto de regulación, junto con la cuantía máxima de las prestaciones económicas, mediante el Real Decreto 727/2007. En esta concreta materia, la norma se limitó a desarrollar los servicios correspondientes a los grados II (dependencia severa) y III (gran dependencia) posponiendo la regulación relativa al grado I (dependencia moderada) a un momento ulterior, por permitirlo y aconsejarlo así tanto el calendario de aplicación progresiva de la LPAD como la previsión de una evaluación de resultados que habría de llevarse a cabo una vez que hubiesen transcurrido los tres primeros años de su aplicación (disposición final primera LPAD). Así las cosas, ha habido que esperar al 2011 y a la aprobación del Real Decreto 175/2011, para tener el panorama completo de intensidades pese a que aún no se cuenta con los resultados de la anunciada evaluación institucional. En efecto, ha sido esta última norma la encargada de incorporar al texto del Real Decreto 727/2007 las intensidades de protección de los servicios para el grado I (dependencia moderada).

4.2. El desarrollo reglamentario del nivel mínimo de protección y su financiación

Según ha quedado dicho más arriba, la protección dispensada por el SAAD se encuentra estructurada desde la misma LPAD en tres niveles, de los cuales el nivel mínimo ha de ser determinado por el Gobierno –previa audiencia del Consejo Territorial- y financiado a través de los recursos económicos que, al efecto, se destinen cada año en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. En cumplimiento de estas previsiones desde el año 2007, y con una cadencia anual, han ido apareciendo los pertinentes decretos para la determinación de este nivel básico de tutela. La primera norma reglamentaria que se aprobó sobre esta cuestión fue el Real Decreto 614/2007⁶⁵ que vino a regular el nivel mínimo de protección para el Grado III de la Gran Dependencia (niveles 1 y 2), único nivel de dependencia que quedaba cubierto durante el primer año de vigencia de la LPAD. Llamativamente, el Gobierno no se ciñó en aquella ocasión a fijar las cuantías correspondientes al nivel mínimo e incorporó en su anexo la media estimada de la aportación total de las distintas Administracio-

⁶⁵ De 11 de mayo (BOE 12 de mayo). Por cada beneficiario el mínimo de protección garantizado se fijó en 250 € mensuales para el nivel 2 del Grado III y en 170 € para el nivel 1 del mismo grado de dependencia.

nes Públicas correspondientes tanto al nivel mínimo como al acordado⁶⁶.

Por otra parte, dado que la norma se dictó con anterioridad a que se determinase la intensidad de protección de los servicios y otros aspectos del sistema⁶⁷, aquella previó una aportación de fondos desde el Estado a las Comunidades Autónomas con carácter transitorio –hasta tanto no se acometieran dichas materias mediante el correspondiente acuerdo del Consejo Territorial- a condición de que el beneficiario que hubiese obtenido el reconocimiento de su situación de dependencia se encontrase además recibiendo algún servicio o percibiendo alguna prestación económica por tal motivo (disposición transitoria única Real Decreto 614/2007).

Conviene indicar que, además de fijar las cuantías correspondientes al nivel mínimo, la norma reglamentaria previó una actualización anual de las mismas coincidente con la que conociera cada año el IPREM (art. 3.4 Real Decreto 614/2007). Por tal motivo, desde el 2008, el Gobierno ha aprobado cada año el decreto en el que se fija el nivel mínimo de protección garantizado –correspondiente a los grados y niveles de dependencia que, de modo escalonado, han quedado cubiertos por el SAAD- y se actualizan las cuantías aprobadas en el año inmediatamente anterior para los grados y niveles ya protegidos, tal y como viene sucediendo también con las cuantías de las prestaciones económicas. De este modo, el Real Decreto 6/2008⁶⁸, procedió a establecer el nivel mínimo de protección para el Grado II (dependencia severa), nivel 2 y a actualizar las cuantías correspondientes a los niveles 1 y 2 del Grado III (gran dependencia) que habían sido aprobadas por el Real Decreto 614/2007. Poco duraron, sin embargo, estas actualizaciones ya que el Real Decreto-ley 1/2008⁶⁹ reformó las cuantías del IPREM previstas en la Ley de Presupuestos

⁶⁶ También se incluyó en aquella ocasión la aportación total máxima estimada de la Administración General del Estado por beneficio y mes. Sobre los recelos con que algunas Comunidades Autónomas acogieron las menciones relativas al nivel acordado que la norma contenía puede verse el Dictamen de 3 de mayo de 2007 del Consejo de Estado al Proyecto de Real Decreto sobre nivel mínimo del SAAD garantizado por la Administración General del Estado y Seguridad Social de los cuidadores profesionales y no profesionales, previstos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 12 de mayo). En dicho dictamen el Consejo de Estado manifestó la conveniencia de eliminar de su texto las referencias al nivel acordado hasta tanto no se contase con los pertinentes acuerdos del Consejo Territorial (págs. 8 y 9).

⁶⁷ Tales como el régimen de incompatibilidades entre ellos, las condiciones y cuantías de las prestaciones económicas y los criterios de participación de los beneficiarios en el coste de los servicios.

⁶⁸ De 11 de enero (BOE 12 de enero). Las cuantías mínimas para ese año fueron fijadas en las siguientes: 255,10 € para el nivel 2 del Grado III; 173,47 € para el nivel 1 del Grado III; y 100 € para el nivel 2 del Grado II.

⁶⁹ De 18 de enero de 2008 (BOE 19 enero).

Generales del Estado para el año 2008 a fin de incrementarlas hasta el 3,5%⁷⁰. Con el objeto de ajustar las cuantías a dicha subida, en el mes de febrero el Real Decreto 6/2008 quedó modificado por el Real Decreto 179/2008⁷¹, para incorporar en su texto las aportaciones correspondientes al grado III de dependencia (en sus dos niveles) ligeramente incrementadas. El nivel mínimo de protección para el año 2009 se aprobó mediante el Real Decreto 74/2009⁷²; en tanto que el Real Decreto 373/2010⁷³ regularía el mínimo para el ejercicio 2010 y el Real Decreto 569/2011⁷⁴ ha hecho lo propio para el 2011.

Para la transferencia de fondos desde la Administración General del Estado a las Comunidades Autónomas, el Real Decreto 614/2007 estableció inicialmente un sistema de libramiento en virtud del cual los créditos asignados debían hacerse efectivos con una cadencia mensual -por doceavas partes- según el número de beneficiarios con derecho a prestación, regularizándose con carácter trimestral. A tal fin cada Comunidad Autónoma debía informar al Estado central sobre las resoluciones de reconocimiento adoptadas en su territorio con indicación del grado y nivel de dependencia de los beneficiarios, utilizando al efecto la conexión a la red de comunicaciones y servicios telemáticos del SAAD (art. 3.5 Real Decreto 614/2007). Dicho procedimiento se vería alterado en algunos de sus extremos por el Real Decreto 99/2009⁷⁵ al objeto -si se hace caso de lo que se establece en su preámbulo- de introducir mejoras relativas a la eficacia y eficiencia en el cumplimiento de la obligación de la Administración General del Estado de contribuir al SAAD.

La primera novedad de interés que presenta la reforma del año 2009 ha consistido en la incorporación al texto originario de los requisitos de cuyo cumplimiento se hace depender la efectiva aportación, por parte de la Administración central, de las cuantías correspondientes al nivel mínimo de protección garantizado (nuevo art. 3.5 Real Decreto 614/2007). Para ello se ha recurrido a

⁷⁰ En lugar del 2% previsto en la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008. Las nuevas cuantías fueron las siguientes: 258,75 € para el nivel 2 del Grado III; y 175,95 € para el nivel 1 del mismo grado de dependencia.

⁷¹ De 8 de febrero (BOE, 9 de febrero), por el que se modifica el Real Decreto 6/2008, de 11 de enero, sobre determinación del nivel mínimo de protección garantizado a los beneficiarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el ejercicio 2008.

⁷² De 30 de enero (BOE 31 enero). Las cuantías mínimas para este año son las que a continuación se detallan. 263,93 € para el nivel 2 del Grado III; 179,47 € para el nivel 1 del Grado III; 102 € para el nivel 2 del Grado II; y 70 € para el nivel 1 del mismo grado.

⁷³ De 26 de marzo (BOE 27 marzo). El mínimo de protección garantizado quedó fijado en las siguientes cuantías. Grado III: 266,57 € para el nivel 2 y 181,26 € para el nivel 1. Grado II: 103,02 € para el nivel 2 y 70,70 € para el nivel 1.

⁷⁴ De 20 de abril (BOE 11 mayo). Dado que el IPREM no se ha actualizado para este año el decreto ha mantenido las cuantías del 2010 a las que ha añadido la aportación correspondiente al nivel 2 del Grado I: 60 € mensuales.

⁷⁵ De 6 de febrero (BOE 19 de febrero).

una técnica en la que se combina la remisión a los requisitos previstos en la LPAD con una indicación expresa de dos exigencias concretas. Según la primera de ellas, para que se produzca la referida aportación estatal es preciso que el procedimiento de reconocimiento de la dependencia se haya iniciado a solicitud del interesado o de la persona que le represente; en consonancia, por cierto, con lo que ya dispone la LPAD en su art. 28.1. Quedan pues excluidos, a estos efectos, los reconocimientos de oficio que puedan realizar las Comunidades Autónomas de conformidad con su normativa propia. En segundo lugar, dicha aportación queda condicionada además a que la valoración de la situación de dependencia se lleve a cabo por aplicación de los mecanismos previstos en el Real Decreto 504/2007 – o en el Real Decreto 174/2011, desde su entrada en vigor-, con exclusión de cualesquiera otros posibles procedimientos de valoración de la dependencia.

Por lo que se refiere propiamente al sistema de libramiento de fondos, hay que señalar que el Real Decreto 99/2009 ha mantenido en lo sustancial el procedimiento previsto en la norma del año 2007, si bien con algunos añadidos. Así, se continúa estableciendo que los créditos se librarán mensualmente -por doceavas partes- según el número de beneficiarios con derecho a prestación, si bien se especifica ahora que el mismo tendrá lugar “a partir de la resolución por la que se fija el Programa individual de Atención y se determina la correspondiente prestación”, manteniéndose igualmente la regularización trimestral que ya se contemplaba en la norma desde su versión original (nuevo art. 4.2 Real Decreto 614/2007, introducido por Real Decreto 99/2009). Por tanto, a partir del 2009 el libramiento de fondos queda supeditado a la aprobación del correspondiente PIA, no bastando a tales efectos con la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia.

La segunda novedad consiste en la previsión según la cual el pago de las cantidades que el Estado ha de entregar a las Comunidades Autónomas se llevará a cabo “a partir de la fecha de efectos de la prestación que se haya determinado en la resolución correspondiente al Programa individual de Atención”; si bien, para el caso en que los servicios sean reconocidos con anterioridad a la aprobación del PIA el libramiento de los créditos que correspondan a este período “quedará condicionado a la acreditación de la solicitud de reconocimiento del derecho y de la efectiva prestación del servicio” (art. 4.4). Téngase en cuenta que, según la propia LPAD, el reconocimiento del derecho contenido en las resoluciones de la Administración competente en cada caso generará el derecho a acceder a los servicios y prestaciones del sistema “a partir del inicio de su año de implantación (...) o desde el momento de su solicitud de reconocimiento por el interesado, si ésta es posterior a esa fecha” (disposición final primera.2).

La reforma contempla además la eventualidad de que se produzca un excesivo retraso entre la fecha de efectos del servicio, o de la prestación económica, y la fecha de la resolución por la que se fija el PIA y se determina la prestación. Para tales supuestos, siempre que la demora sea superior a un año y la causa

de la misma resulte imputable a la Comunidad Autónoma, el momento y la forma del libramiento de las cantidades que correspondan a las prestaciones y servicios anteriores a la fecha de la resolución aprobatoria del PIA “podrá quedar condicionado a las disponibilidades presupuestarias del ejercicio” (art. 4.5 Real Decreto 614/2007). Una previsión la anterior que sólo parece tener sentido en el supuesto -no muy habitual, por cierto- de que el beneficiario se encuentre cubierto por el sistema con anterioridad a la elaboración del PIA⁷⁶.

La última de las innovaciones que el Real Decreto 99/2009 ha adicionado al texto del año 2007 se concreta en la ampliación del deber de información que incumbe a las Comunidades Autónomas. Más específicamente, desde la entrada en vigor de la reforma del 2009, la información que las autonomías están obligadas a remitir a la Administración General del Estado abarca no sólo las resoluciones de reconocimiento adoptadas en su territorio –con indicación del grado y nivel de los beneficiarios- sino también los PIA que hayan sido aprobados (art. 4.3 Real Decreto 614/2007).

5. EL DESARROLLO DEL NIVEL DE PROTECCIÓN ACORDADO

Según ha quedado expuesto más arriba, el marco de la cooperación entre Administraciones públicas que la LPAD prevé ha de ser acordado por la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas -en el seno del Consejo Territorial- y desarrollado con posterioridad mediante los pertinentes convenios que la Administración central suscriba con cada una de ellas (art. 10.1 y 32.3 LPAD). En tales convenios, que podrán tener una duración anual o ser plurianuales, la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma firmantes acordarán los objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones previstos en la Ley -incrementando así el nivel mínimo de protección que le incumbe al Estado (art. 10.2 LPAD)- y se determinarán las obligaciones que cada Administración asume para financiar el sistema (art. 32.3 LPAD)⁷⁷. En particular, en ellos habrá de fijarse la aportación que corresponda a cada Administración al objeto de financiar el nivel acordado indicándose, igualmente, las aportaciones estatales que se destinen a cubrir el nivel mínimo de protección (art. 10.4 LPAD). De igual modo, se determinarán los criterios de reparto de créditos atendiendo, entre otros factores posibles, a

⁷⁶ Como señala Roqueta Buj, R., “El sistema para la autonomía y atención a la dependencia”, cit., págs. 71-72.

⁷⁷ Sobre los inconvenientes que pueden derivarse de la suscripción de convenios anuales en términos de inestabilidad para las Comunidades Autónomas vid., Maravall, H., “El sistema de servicios sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia”, Debate de expertos, Seminarios y Jornadas 27/2006, Fundación Alternativas, pág. 21.

la población dependiente, la dispersión geográfica, la insularidad y los emigrantes retornados; tales criterios podrán ser objeto de revisión posterior por las partes firmantes (art. 32.3 LPAD). Por otro lado, también es el convenio el instrumento adecuado para proceder al desarrollo de los criterios fijados por el Consejo Territorial en lo que concierne a la participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones (art. 33.3 LPAD).

Como podrá comprobarse, el complejo engranaje que da vida al nivel acordado de la protección a la dependencia se sustenta en los referidos convenios bilaterales, cuya celebración posee un carácter voluntario para las autonomías lo que, con toda probabilidad, supone una de las grandes debilidades del sistema⁷⁸. Lo que la ley contempla, en efecto, es la suscripción de convenios “discrecionales”⁷⁹ que las Comunidades Autónomas podrán o no firmar, lo que podría dificultar en la práctica la puesta en marcha del sistema. Lo anterior sentado, también es cierto que desde la aprobación de la LPAD hasta hoy todas las Comunidades Autónomas a las que se aplica este régimen han celebrado de año en año los correspondientes convenios con la Administración General del Estado⁸⁰. Con carácter previo a su suscripción el Consejo Territorial ha venido estableciendo el marco de cooperación interadministrativa así como los criterios de reparto de los créditos aportados por la Administración Central para la financiación del nivel acordado⁸¹. Haciendo uso de la posibilidad prevista en el art. 32.3 LPAD que permite tener en cuenta “otros factores” junto a los expresamente enunciados en el precepto (población dependiente, dispersión geográfica, insularidad y emigrantes retornados), el Consejo Territorial ha añadido dos criterios adicionales en la distribución de créditos: los ingresos –atendiendo a la renta, *per capita* bruta y la cuantía media de la pensión de jubilación– y la superficie territorial de cada Comunidad Autónoma.

⁷⁸ Alertando del riesgo de inacción de las Comunidades Autónomas dada la imposibilidad del Estado de forzarlas a participar en el sistema Alarcón Caracuel, M.R., “Cuestiones competenciales en la Ley de dependencia”, cit., pág. 144.

⁷⁹ Como apuntan Hierro Hierro, F.J., “Organización y funcionamiento del SAAD”, cit., pág. 238; y también Sala Galván, G. y López Terrada, E., que matizan, no obstante, cómo “no parece que las Comunidades Autónomas vayan a renunciar a la aportación estatal al nivel acordado” (“La financiación del sistema y la aportación de los beneficiarios”, cit., pág. 552).

⁸⁰ Un análisis detallado del contenido de los primeros acuerdos puede verse en Sala Galván, G. y López Terrada, E., “La financiación del sistema y la aportación de los beneficiarios”, cit., págs. 557 y ss.

⁸¹ Hasta el momento los sucesivos acuerdos del Consejo Territorial han sido aprobados por las siguientes resoluciones del IMSERSO: Resolución 23 de mayo de 2007 (BOE 2 de junio); Resolución de 8 de agosto de 2008 (BOE 16 de agosto); Resolución de 21 de mayo de 2009 (BOE 5 de junio); Resolución de 15 de julio de 2010 (BOE 21 de julio); Resolución de 15 de junio de 2011 (BOE 22 de junio). La aportación de la Administración General del Estado comprometida en estos convenios para financiar el nivel de protección acordado se ha cifrado, en las siguientes cuantías: 220.000.000 € para el ejercicio presupuestario de 2007; 241.019.460 € para el año 2008; 283.197.420 € para el año 2009 y la misma cantidad para los ejercicios presupuestarios de 2010 y 2011.

Durante el primer trienio de vigencia de la LPAD tanto el marco de cooperación como los criterios de reparto fueron acordados en el seno del Consejo Territorial de año en año. Sin embargo, al objeto de despojar al sistema de la provisionalidad que dicha opción suponía, y de dotarlo de una mayor estabilidad, este órgano decidió alterar este método de actuación en el año 2010. En dicho año se acordó un marco de cooperación así como unos criterios de reparto que tendrían una vigencia plurianual y serían aplicados durante el período comprendido entre los años 2010 a 2013, ambos inclusive⁸². Desde el 2010 se considera, además, que las prestaciones reconocidas han de constituir un factor determinante para la financiación del sistema -una vez que se dispone de datos fehacientes al respecto en el SISAAD- en detrimento del criterio relativo a la población potencialmente dependiente⁸³. En el acuerdo del 2010 también se ha visto alterada la distribución en fondos que existía hasta entonces de modo que el fondo general y el adicional⁸⁴ han quedado sustituidos ahora por tres fondos: uno primero general al que acompañan un fondo de compensación y uno de cumplimiento de acuerdos⁸⁵. El fondo de compensación se establece para corregir aquellas situaciones distorsionantes que se pudieran originar por una serie de factores como el mayor índice de emigrantes retornados, el mayor coste de los servicios o una menor recaudación a través de la figura del copago. Por su parte, el fondo de cumplimiento de acuerdos funciona también como un fondo de compensación por el que se pretende suplir el mayor coste derivado de la aplicación de los acuerdos alcanzados -como la formación de los cuidadores no profesionales- y la transposición a la normativa autonómica de los diferentes acuerdos del Consejo Territorial⁸⁶.

Una vez fijado el marco de cooperación y los criterios de reparto con una vigencia trienal, el acuerdo del Consejo Territorial para el año 2011 se ha limitado a actualizar las variables previstas en el texto del año anterior y a aprobar el criterio de reparto de crédito para dicho ejercicio. Está por ver si este cambio

⁸² Esta vigencia plurianual ya había sido anunciada en el acuerdo del año anterior. El texto del 2010 se hace eco, además, de la aprobación de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, de regulación del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

⁸³ Hasta su desaparición en el año 2013, momento en el que quedará sustituido por completo por la variable relativa a los PIA.

⁸⁴ Este último fue creado en los primeros acuerdos para compensar los posibles déficits de financiación derivados de la participación de los beneficiarios en el coste de los servicios.

⁸⁵ La asignación del fondo general asciende a un 80% del total en tanto que cada uno de los restantes fondos recibe una aportación del 10%.

⁸⁶ Los acuerdos del Consejo Territorial que las Comunidades Autónomas debían transponer en el 2010 eran los siguientes: acuerdo sobre determinación de la capacidad económica del beneficiario y sobre los criterios de participación de éste en las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia; acuerdo sobre criterios comunes de acreditación en materia de formación e información de cuidadores no profesionales; y acuerdo en materia de órganos y procedimientos de valoración de la situación de dependencia.

vendrá acompañado, en el futuro, de la celebración de convenios también plurianuales entre la Administración General y las Comunidades Autónomas, tal y como ha sido preconizado desde distintos ámbitos.

Lo que no se ha visto alterado desde el año 2008 hasta hoy es el sistema de pago de las aportaciones estatales destinadas a financiar el nivel de protección acordado. Desde el mentado año hasta el presente se ha optado por un sistema en virtud del cual las cuantías serán satisfechas de modo que se abonará el 75% dentro del mes siguiente a la aprobación por parte del Consejo de Ministros del marco de cooperación interadministrativa -o del reparto de créditos tras el marco de cooperación plurianual-, previa manifestación de voluntad por parte de las Comunidades Autónomas de formalizar el convenio en los términos previstos en el acuerdo. El 25% restante se abonará a la firma del convenio⁸⁷.

El anterior es el procedimiento que rige para el conjunto del territorio con excepción del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra⁸⁸. Para estas dos Comunidades Autónomas la propia LPAD ya disponía que la financiación procedente de la Administración General del Estado deberá tenerse en cuenta, para la primera de ellas, en el cálculo del cupo vasco -de conformidad con el Concierto Económico entre el Estado y la Comunidad del País Vasco- y, en el segundo caso, en el cálculo de la aportación navarra conforme al Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral (disposición adicional segunda). Por tal razón, desde el año 2008 no se incluyen en el acuerdo del Consejo Territorial ninguno de estos dos territorios ya que, como se indicaba en el texto suscrito en dicho año, el nivel acordado en cada una de estas autonomías se financiará aplicando los criterios que se determinan en los acuerdos de la Comisión Mixta del Concierto Económico con el País Vasco y en la Comisión Coordinadora del Convenio Económico con Navarra⁸⁹.

Por lo que se refiere además a Navarra, no estará de más recordar que se trata de una Comunidad que había recurrido la LPAD ante el Tribunal Constitucional achacando un defecto de inconstitucionalidad a algunos de sus precep-

⁸⁷ Como en los años anteriores, para el ejercicio 2011 ha sido Andalucía la Comunidad Autónoma con una aportación mayor ascendiendo el total de la misma a 70.679.673 €, seguida de la Comunidad de Madrid (27.073.197 €) y de la aportación destinada a Castilla-León (22.535.200 €). También es la mayor de todas la aportación proveniente del fondo general con un total de 58.358.679 €, seguida de Cataluña y Madrid; como lo es la correspondiente a los dos fondos restantes: 4.826.066 € del fondo de compensación (superando la de Cataluña, Madrid y la Comunidad Valenciana); y 7.494.928 € del fondo de cumplimiento de acuerdos.

⁸⁸ Téngase en cuenta que, en el caso de las Ciudades de Ceuta y Melilla la implementación del SAAD en su territorio corresponde a la Administración General del Estado, a quien también compete la financiación del nivel mínimo de protección. Cada una de ellas, sin embargo, podrá contribuir con la Administración Central en la definición, financiación y gestión de un nivel de protección adicional (disposición adicional única Real Decreto 614/2007).

⁸⁹ En relación con estos dos territorios vid., también el Real Decreto 1633/2006, de 29 de diciembre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a la Comunidad Foral de Navarra y a la Comunidad Autónoma del País Vasco para proyectos de acción social a favor de personas en situación de dependencia (BOE 30 de diciembre).

tos. Tras la presentación del recurso en el año 2007, la Administración General del Estado alcanzó un acuerdo con esta Comunidad en virtud del cual ambas administraciones se reconocían sus competencias respectivas en el ámbito de la cobertura de la dependencia. El Gobierno de España se comprometía a aplicar la LPAD en Navarra atendiendo a la especialidad propia de su régimen foral y se establecían además los criterios de implantación de la norma en su territorio⁹⁰. El Gobierno de Navarra, por su parte, asumió el compromiso de llevar a cabo los trámites que fueran necesarios a fin de promover el desistimiento ante el TC del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Letrado de dicha Comunidad, como finalmente sucedió⁹¹.

6. ÚLTIMAS REFORMAS CON INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LA DEPENDENCIA

El contexto de crisis financiera y económica global que también viene azotando a nuestro país, con especial intensidad en los últimos años, ha dado lugar como es sabido a una suerte de legislación de emergencia que, como todo hacía vaticinar, ha incidido en la protección pública de las personas en situación de dependencia. En breve, podría decirse que las últimas medidas han tenido una repercusión ambivalente en el ámbito de la atención a la dependencia donde no han faltado los recortes y las medidas restrictivas⁹². De este modo, el ya de por sí complejo modelo de financiación del SAAD -donde los nutridos recursos públicos que son necesarios para el mantenimiento del sistema han de provenir de distintas Administraciones públicas- se ha visto afectado últimamente por una harta delicada situación económica. Recuérdese, una vez más, que la aportación de la Administración General del Estado al nivel mínimo para el año 2011 ha sido inferior a la que había quedado prevista originariamente en la memoria económica

⁹⁰ Acuerdo de la Junta de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Foral de Navarra en relación con la LPAD, publicado mediante Resolución de Secretaría de Estado de Cooperación Territorial de 8 de noviembre de 2007 (BOE 14/11/2007).

⁹¹ Mediante ATC 22 de enero 2008 (BOE 11 de febrero) en el que el alto tribunal tuvo por desistido al Letrado de la Comunidad Foral de Navarra del Recurso de Inconstitucionalidad nº 2250/2007, en relación con un nutrido número de preceptos de la LPAD [arts 5.4, 8.2 letras a), b), c), d), e) y g); arts. 10, 11.1, 14 apartados 3, 5 y 7; arts. 16.1, 17 a 21; 27.1; 28.5; 32.3 pr.2; 33.3; 34 apartados 2 y 3; arts. 42 a 47; disposiciones finales 4ª y 5ª]. Asimismo, mediante el ATC 11 marzo 2008 se tuvo por desistido al Letrado del Parlamento de Navarra del recurso de inconstitucionalidad nº 2313/2007.

⁹² De otro estilo, aunque bien es verdad que pospuesta al futuro, es la previsión contenida en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, ya citada, por la que se encomienda al Gobierno el estudio sobre posibles medidas para impulsar mecanismos que incorporen los períodos de atención y cuidado de personas en situación de dependencia -como también los dedicados al cuidado de hijos y de personas con discapacidad- como elementos a considerar en las carreras de cotización de las mujeres (disposición adicional quinta).

y que se ha producido una congelación de la aportación estatal al nivel adicional desde el año 2009 así como de las cuantías de las prestaciones para el 2011.

La primera de las disposiciones que debe ser citada en este momento es el Real Decreto-ley 9/2008⁹³ al tratarse de una norma que -por lo que aquí interesa- procedió a crear un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo destinado a actuaciones de ejecución inmediata, a fin de mejorar la situación en determinados sectores económicos estratégicos y acometer proyectos que, se pensaba, tendrían un alto impacto en la creación de empleo. Entre las finalidades a las que quedaba afecto dicho fondo se contaban, precisamente, actuaciones vinculadas con la atención a la dependencia (art. 11). Ello permitió destinar 400 millones de euros del importe total a proporcionar a las Comunidades Autónomas recursos extraordinarios de cara a facilitar el desarrollo y la modernización de la red de servicios del SAAD y, paralelamente, favorecer la generación de empleo en este sector⁹⁴. Los créditos poseían un carácter finalista y debían ser gestionados por las Comunidades Autónomas, previa transferencia de los mismos mediante la suscripción de convenios de colaboración con el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte.

No ha sido éste el único fondo que ha permitido inyectar recursos a la atención de la dependencia ya que, poco tiempo después de su aparición, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009⁹⁵ procedió a crear el Fondo de apoyo para la promoción y desarrollo de infraestructuras y servicios del SAAD. Se trata, en esta ocasión, de un fondo específico constituido con una duración máxima de diez años y destinado a apoyar financieramente a las empresas dedicadas a esta actividad (adicional sexagésima primera). Desde su constitución hasta ahora las sucesivas leyes de presupuestos han previsto una dotación al fondo de 17.000 miles de euros por año⁹⁶.

⁹³ De 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación (BOE 2 de diciembre). El fondo se constituyó con un importe de 3.000.000.000 de euros.

⁹⁴ ORDEN EHA/3566/2008, de 9 de diciembre, por la que se hace público el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de diciembre de 2008 por el que se aprueba el destino del fondo especial del Estado para el estímulo de la economía y el empleo, dotado por el Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, y su distribución por departamentos ministeriales (BOE 10 de diciembre). El reparto de fondos entre las distintas Comunidades Autónomas tuvo lugar mediante acuerdo del Consejo Territorial alcanzado el 22 de diciembre de 2008.

⁹⁵ Ley 2/2008, de 23 de diciembre (BOE 24 diciembre).

⁹⁶ Adicional cuadragésima Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (BOE 24 de diciembre); y adicional trigésima primera Ley 39/2010, de 22 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (BOE 23 de diciembre). En estas leyes se contempla la posibilidad de dedicar parte de sus recursos a la creación de otros fondos de idéntico fin si bien limitados a una Comunidad Autónoma. Tales fondos podrán constituirse mediante la celebración del convenio correspondiente y recibirán una aportación de recursos por parte de la Comunidad Autónoma y de entidades económico-financieras interesadas.

También ha de tenerse en cuenta, en este sentido, el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local (FEESL), creado mediante Real Decreto-ley 13/2009⁹⁷, con la finalidad de financiar la realización por parte de los Ayuntamientos “de inversiones generadoras de empleo y actuaciones de carácter social, de competencia municipal, que contribuyan a la sostenibilidad económica, social y ambiental” (art. 1). Entre los gastos que podían ser afrontados con los recursos del fondo, vinculados a la sostenibilidad social, figuraban algunos relacionados con la dependencia como serían aquéllos derivados de la gestión de los servicios en este ámbito específico. En concreto, las cuantías que lo nutrían han podido emplearse para la realización de obras de competencia municipal destinadas a “la adecuación, rehabilitación o mejora de edificios de propiedad municipal para la atención a personas en situación de dependencia (art. 9), así como para sufragar gastos corrientes de los servicios de atención a la dependencia (art. 18).

Durante el año 2010 también se aprobaron una serie de medidas que han tenido su correspondiente impacto en la cobertura de las situaciones de dependencia⁹⁸. Quizás la más llamativa de ellas haya sido la dirigida a suprimir la retroactividad en el pago de las prestaciones prevista en la disposición final primera LPAD⁹⁹. Para ello el Real Decreto-ley 8/2010¹⁰⁰, ha dado nueva redacción a esta norma de modo y manera que, a partir de la reforma, el derecho a acceder a las prestaciones de dependencia se generará, en principio, desde la

⁹⁷ De 26 de octubre, por el que se crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Social (BOE 27 de octubre).

⁹⁸ Por su parte, entre las medidas anticrisis recogidas en el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, para el impulso de la recuperación económica y el empleo (BOE 13 de abril), se incluye una reforma de carácter tributario en virtud de la cuál se aplicará el tipo superreducido del IVA a los servicios de atención a la dependencia prestados por las empresas integradas en el SAAD mediante plazas concertadas en centros o residencias o previo concurso público. Se trata de una medida que se pretende redunde en el apoyo al crecimiento de este sector y del empleo generado en el mismo. Igualmente habría que tener en cuenta el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (BOE 7 julio). Esta norma modifica el art. 33.4 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, para declarar exentas del impuesto sobre la renta de las personas físicas las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto “con ocasión de la transmisión de su vivienda habitual por mayores de 65 años o por personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia”.

⁹⁹ Más concretamente en su apartado 2º a cuyo tenor: “El reconocimiento del derecho contenido en las resoluciones de las administraciones públicas competentes generará el derecho de acceso a los servicios y prestaciones correspondientes, previstos en os artículos 17 a 25 de esta Ley, a partir del inicio de su año de implantación de acuerdo con el calendario del apartado 1 de esta disposición o desde el momento de su solicitud de reconocimiento por el interesado, si ésta es posterior a esa fecha”.

¹⁰⁰ De 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE 24 mayo).

fecha de la resolución en la que se reconozca la prestación y no desde el día en que se presente la solicitud, si esta es posterior al inicio del año de su implantación. La reforma carece, a su vez, de efectos retroactivos de modo que sus previsiones no afectarán a las solicitudes que se hubiesen presentado con anterioridad a su entrada en vigor¹⁰¹.

Como contrapartida a esta notable restricción la norma regula un plazo máximo de seis meses para resolver las solicitudes sobre el reconocimiento de la situación de dependencia y la prestación que, en su caso, corresponda. El referido tope máximo -que comenzó a aplicarse a partir del 1 de junio de 2010- se computará desde la fecha de la solicitud y ello con independencia de que la Administración competente utilice un único procedimiento para el reconocimiento de la situación de la dependencia y de las prestaciones o bien dos procedimientos diferenciados¹⁰². Superado el límite máximo sin que se haya notificado resolución expresa se producirá la retroactividad desde dicha fecha; de modo y manera que, transcurridos los referidos seis meses, el derecho a percibir la prestación económica de dependencia -si finalmente es reconocido- se generará desde el día siguiente al del cumplimiento del plazo máximo¹⁰³. En todo caso, las cuantías que se adeuden en concepto de efectos retroactivos de las prestaciones, con independencia de la fecha de solicitud, podrán ser aplazadas y su abono periodificado en pagos anuales, de igual cuantía, en un plazo máximo de cinco años a contar desde la fecha de la resolución firme de

¹⁰¹ Según se dispone en su transitoria tercera, a cuyo tenor: “A las personas que hayan solicitado el reconocimiento de la situación de dependencia con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, y se les reconozca un Grado III o un Grado II, les será de aplicación la Disposición Final Primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en la redacción vigente en el momento de presentación de la solicitud”.

¹⁰² Según el nuevo tenor del apartado 2 de la final primera LPAD: “En el marco de lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el plazo máximo, entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia será de seis meses, independientemente de que la Administración Competente haya establecido un procedimiento diferenciado para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de prestaciones”.

¹⁰³ El antiguo apartado 2º ha pasado a ser un nuevo apartado 3º con el siguiente tenor: “El reconocimiento del derecho contenido en las resoluciones de las administraciones públicas competentes generará el derecho de acceso a las prestaciones correspondientes, previstas en los artículos 17 a 25 de esta Ley, a partir de la fecha de la resolución en la que se reconozca la concreta prestación o prestaciones que corresponden a la persona beneficiaria. Si una vez transcurrido el plazo máximo de seis meses desde la solicitud, no se hubiera notificado resolución expresa de reconocimiento de prestación, el derecho de acceso a la prestación económica que, en su caso, fuera reconocida, se generará desde el día siguiente al del cumplimiento del plazo máximo indicado” (redacción dada por el art. 5 RDL 2010). Vid., sobre el tema González Ortega, S., quien advierte del efecto homogeneizador que puede llevar aparejada la reforma de modo y manera que “lo normal será, a partir del RDLey 8/2010, que la efectividad del derecho tenga lugar a partir de los seis meses de la presentación de la solicitud” (“Derechos y obligaciones...”, cit., pág. 170).

reconocimiento de la prestación¹⁰⁴.

En fin, no se ha querido dejar de mencionar una anunciada reforma que, de mantenerse así, tendrá una indudable repercusión en la cobertura de las personas en situación de dependencia. Tal es la proyectada Ley reguladora de la jurisdicción social que ha optado por excluir del conocimiento de dicha jurisdicción los litigios que puedan derivarse de la aplicación de la LPAD¹⁰⁵. Se da así marcha atrás respecto de la solución que había quedado prevista en el texto del Anteproyecto en el sentido de atribuir esta competencia a los órganos de la jurisdicción social. Una atribución que, por cierto, en aquella ocasión se consideró acorde con la doctrina constitucional que aboga por realizar una interpretación amplia de la protección social y que, ciertamente, permitiría incluir en ella con toda naturalidad las prestaciones recogidas en la LPAD. Ello sin olvidar la similitud que estas prestaciones guardan con las prestaciones de Seguridad Social propiamente tales.

Si se tiene en cuenta la lentitud que suele caracterizar a la jurisdicción contencioso-administrativa y los costes de acceso a la misma, pocas dudas pueden existir acerca de la mayor adecuación de la solución que aboga por residenciar los conflictos sobre el reconocimiento o denegación de la situación de dependencia en los órganos de la jurisdicción social. Téngase en cuenta, además, que la LPAD guarda silencio sobre la jurisdicción competente limitándose a señalar, en su artículo 28.1, que el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del SADD “se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”, con la especificidades de su propio articulado¹⁰⁶.

7. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE LOS PRIMEROS AÑOS DE ANDADURA DE UNA LEY COMPLEJA

Pese a que aún no ha culminado el calendario de aplicación de la LPAD, de modo que todavía no han quedado cubiertos por el sistema todos los grados

¹⁰⁴ De conformidad con lo que establece la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2010, que continúa señalando: “El aplazamiento deberá ser notificado a la persona beneficiaria de la prestación y a la Administración General del Estado como responsable del nivel mínimo, a efectos de que ésta ajuste su abono al aplazamiento y periodificación de los importes de las prestaciones económicas determinado por la Comunidad Autónoma”.

¹⁰⁵ Proyecto de Ley reguladora de la jurisdicción social (BOCG de 25 de febrero de 2011).

¹⁰⁶ En defensa de la inclusión de estas cuestiones en el ámbito competencial de la jurisdicción social vid., por todos, Medina Castillo, E., “La plena efectividad del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, en Pérez Bueno, L.C., “Discapacidad, tercer sector e inclusión social”, Cinca, Madrid, 2010, págs. 241.

de dependencia que la norma contempla, el transcurso del primer lustro de su andadura permite realizar algunas consideraciones acerca del proceso de implantación del SAAD, a la espera de conocer las conclusiones de la valoración institucional prevista en su texto (disposición final primera) cuya presentación de resultados, con cierto retraso, ha sido anunciada para este mismo año.

En este sentido, pocas dudas parecen existir acerca del avance que la protección de las personas en situación de dependencia ha conocido en nuestro país a raíz de la aprobación de la LPAD, aunque tal avance se haya producido con excesiva lentitud sobre todo al principio¹⁰⁷. Ahora bien, pese al camino recorrido en estos primeros años de rodaje, varios son los frentes que continúan abiertos en el proceso de consolidación del SAAD, no siendo el menor de ellos el afrontar la ampliación de su cobertura –y el mantenimiento de las personas que ya se encuentren disfrutando de sus prestaciones- en un contexto de intensa crisis económica poco favorable al desarrollo de medidas de protección social¹⁰⁸. En esta delicada tesitura no será de extrañar que la sombra de una posible moratoria en la aplicación de la ley siga planeando en nuestros días. Estrechamente conectado con el problema nuclear de la financiación se encuentra otra de las deficiencias que han sido advertidas en el funcionamiento del SAAD. Tal es el excesivo retraso en resolver las solicitudes presentadas que es posible detectar aún hoy, hasta el punto en que no faltan ocasiones en las que el solicitante ha fallecido sin haberse dictado la oportuna resolución administrativa.

Por otra parte, la experiencia de estos primeros años de funcionamiento del SAAD ha puesto de relieve la existencia de llamativas diferencias territoriales que sólo se han atenuado en parte con el transcurrir de los años. Claro que, dado el propio modelo adoptado por la LPAD, no parece que las divergencias en la cobertura por razón del territorio vayan a desaparecer¹⁰⁹. Lo que sí habrá de asegurarse, en todo caso, es el mantenimiento de un nivel mínimo de protección para todo el Estado¹¹⁰. En este punto, la labor de coordinación del

¹⁰⁷ Lo que puede tener su explicación tanto en la complejidad del propio sistema como en el delicado equilibrio competencial que la propia LPAD propone.

¹⁰⁸ Como ha indicado el Consejo Económico y Social que, junto a la crisis económica, señala otro factor a tener en cuenta como sería el hecho de que en España vienen conviviendo una de las esperanzas de vida más altas con unos resultados negativos en cuanto a la esperanza de vida saludable “lo que necesariamente se traduce en más años de dependencia” (Memoria “Sobre la situación socioeconómica y laboral en España, 2010”, Madrid, CES, 2011, pág. 684).

¹⁰⁹ Como ha señalado el TC “la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles no puede ser entendida como rigurosa uniformidad en cualquier parte del territorio nacional (...), debe reconocerse un tratamiento normativo, en parte diferenciado, que habría de instrumentarse a través de la regulación autonómica (STC 212/2005, de 21 de julio).

¹¹⁰ Pueden verse, al respecto, las consideraciones de Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Los objetivos generales de la protección de las personas en situación de dependencia”, *Temas Laborales*, 2007, nº 89, págs. 35-36; y Cruz Villalón, J., “La protección social de la dependencia”, cit., pág. 19.

Consejo Territorial resulta esencial al objeto de garantizar que las divergencias territoriales no vayan más allá de lo que el propio marco legal permite. En todo caso, llama la atención el distinto tempo con el que la LPAD se ha venido aplicando en las distintas autonomías. Así, es la Comunidad Autónoma de Andalucía la que viene conociendo el mayor número de solicitudes y de personas atendidas por el SAAD, sólo superada en términos porcentuales por Cantabria y La Rioja. Del total de solicitudes presentadas a 1 de marzo de 2011 –que superaban la cifra del millón y medio– el 26% correspondieron a esta Comunidad, seguida de lejos por Cataluña (15,5%). El número de personas que reciben una prestación en Andalucía ascendía en aquél momento a 186.131, lo que representaba un 2,2% de su población¹¹¹. En el otro extremo habría que situar a la Comunidad Valenciana y Madrid al tratarse de los dos territorios donde el SAAD se ha venido implantando con mayor lentitud.

En esta misma línea, merece también una valoración negativa el elevado número de prestaciones económicas que se han reconocido hasta el momento en detrimento de las prestaciones de servicios. Se trata de una tendencia que se inició en los primeros pasos en la andadura de la LPAD y que parece haberse consolidado sin que, hasta el momento, sean perceptibles señales indicadoras de un cambio de orientación al respecto¹¹². Conviene no olvidar, en este sentido, el carácter extraordinario que las prestaciones en dinero poseen en la ley frente a la prioridad que en ella se concede a los servicios. La realidad, en cambio, ha demostrado el valor más voluntarista que real de esta previsión –al menos hasta el momento presente– mostrando un panorama de atención a la dependencia claramente escorado hacia las prestaciones económicas. Probablemente la explicación de la clara preponderancia de estas últimas deba buscarse en diversos factores tales como la falta de infraestructuras suficientes para cubrir satisfactoriamente las necesidades de los beneficiarios así como la propia tradición de los cuidados en nuestro país con un fuerte arraigo de la atención familiar¹¹³.

¹¹¹ El porcentaje más alto sólo superada por Cantabria (con un 2,4% de su población) y La Rioja (con un 2,5%). Un cuadro completo de la situación a 1 de marzo de 2011 en el conjunto de las Comunidades Autónomas puede verse en la Memoria del Consejo Económico y Social “Sobre la situación socioeconómica y laboral en España, 2010”, cit., pág. 685 y ss. Sobre la implantación del SAAD en el territorio andaluz, durante los primeros meses de vigencia de la ley, puede verse González Ortega, S. (Dir.), “La aplicación de la Ley de Dependencia en Andalucía”, Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2008.

¹¹² Hasta el 2009 la mitad de las prestaciones reconocidas habían sido de carácter económico para la atención en el ámbito del hogar. En el año 2011 la situación apenas ha variado, de hecho en sólo un año se ha conocido un incremento del 33% en el número de estas prestaciones. Un cuadro comparativo de las distintas prestaciones en marzo de 2010 y de 2011 puede verse en la Memoria del Consejo Económico y Social “Sobre la situación socioeconómica y laboral en España, 2010”, cit., pág. 689.

¹¹³ Y ello, sin perjuicio de que, en ocasiones, la prestación económica sea la más idónea y adecuada a las circunstancias personales y sociales del beneficiario.

En este sentido, la potenciación de la atención a las personas en situación de dependencia mediante el catálogo de servicios del SAAD supondría no sólo el retorno al espíritu genuino de la LPAD sino algo más. Con un mayor despliegue de las prestaciones de servicios -en detrimento de las de carácter económico- también se conseguirían, de paso, una serie de objetivos colaterales nada desdeñables. En primer lugar, una apuesta decidida por el desarrollo de los servicios tendría un impacto muy positivo en la creación de nuevos puestos de trabajo¹¹⁴. Recuérdese, en este sentido, que la LPAD se presentó en el Programa Nacional de Reformas del 2005 como una norma que contribuiría a promover la conciliación de la vida personal y profesional y desarrollaría nuevas fuentes de empleo, contribuyendo además a incrementar de modo sustancial el nivel de ocupación mediante la elevación del empleo y de la tasa de actividad femenina¹¹⁵. Aunque en los últimos años el sector ha conocido un crecimiento del empleo también es cierto que no se han cumplido las expectativas creadas en parte debido al ya citado escoramiento hacia las prestaciones económicas, sin olvidar el contexto de crisis económica al que también se ha hecho referencia¹¹⁶.

En segundo término, esta orientación redundaría en una mayor calidad y profesionalización de los cuidados ofrecidos a las personas en situación de dependencia, siempre que se preste la debida atención a la formación de los cuidadores profesionales. Sería así pues altamente deseable que la realidad

¹¹⁴ Las estimaciones acerca del impacto que la puesta en marcha del SAAD vendría a tener sobre el empleo en nuestro país han sido muy variadas y han ofrecido cifras no homogéneas. Según las estimaciones del Libro Blanco la aplicación de la LPAD tendría como resultado la creación de un total de 262.735 empleos directos, equivalentes a jornadas completas, para el año 2010 (Capítulo X, “Generación de empleo y retornos económicos y sociales derivados de la implantación del Sistema Nacional de Dependencia”, *passim*). El estudio de Herce, J.A, Labeaga, J.M, Sosvilla Rivero, S y Ortega C., manejaba distintas metodologías que situaban las previsiones sobre la creación de empleo en 2/3 de las cifras previstas en el Libro Blanco (“El sistema Nacional de Dependencia. Evaluación de sus efectos sobre el empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, nº 60, *passim*). Sobre el tema puede verse, también, Martín Navarro, JL y Rodríguez Ramos, A., “La generación de empleo en el contexto de la nueva Ley de dependencia. Elementos para la reflexión”, *Temas Laborales*, 2007, nº 89, págs. 63 y ss.

¹¹⁵ La puesta en marcha de la LPAD figuraba así entre las medidas previstas en el sexto Eje del Programa (“Mercado de Trabajo y Diálogo Social).

¹¹⁶ Según los datos ofrecidos por Rodríguez Castedo, A. y Jiménez Lara, A, el número de afiliados a la Seguridad Social en situación de alta en el sector de servicios sociales en los años 2007 a 2009 conoció un incremento de 184.815 afiliados, si bien la mayoría de ellos serían cuidadores no profesionales. Según la EPA, la ocupación en el sector de servicios sociales habría crecido entre los años 2008 y 2009 en 26,7% hasta alcanzar un total de 433.400 empleos. Los autores han pronosticado una creación de medio millón de puestos de trabajo para el 2011 que llegarían a superar los 635.000 para el 2015 (“La atención a la dependencia y el empleo. Potencial de creación de empleo y otros efectos económicos de la Ley de Promoción de al Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia”, Documento de trabajo 159/2010, Fundación Alternativas, 2010).

comenzara a acompañarse con las previsiones de la ley una vez que ya ha transcurrido un tiempo prudencial para la implantación efectiva de los servicios del SAAD.

En fin, la mejora del SAAD parece exigir también una correcta coordinación con el sistema sanitario, tal y como se viene demandando desde distintos foros¹¹⁷. En este sentido, conviene no olvidar que la propia ley incluye entre los principios que la inspiran la colaboración de los servicios sociales y sanitarios en la prestación de los servicios a los usuarios del SAAD [art. 3 letra l) LPAD]; como también el hecho de que se ha reconocido a las Comunidades Autónomas la función de establecer procedimientos de coordinación sociosanitaria, creando los órganos de coordinación que procedan para garantizar una efectiva atención en el marco del SADD [art. 11.1 c) LPAD]¹¹⁸.

¹¹⁷ Vid., al respecto, por todos, Baviera Puig, I., “La protección de la dependencia: un estudio global. Claves para su aplicación y desarrollo legislativo”, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 182-183 y 206.

¹¹⁸ Al amparo de esta previsión algunas Comunidades Autónomas han contemplado dicha coordinación, como ha sido el caso de Andalucía. En esta autonomía se prevé el establecimiento -por Orden conjunta de las Consejerías competentes en materia de salud y servicios sociales- de “los procedimientos de coordinación entre el Sistema Público Social y Sanitario, así como los instrumentos que procedan para garantizar una efectiva atención a las personas en situación de dependencia” (disposición final primera del Decreto 168/2007, de 12 de junio).

EL FONDO DE CAPITALIZACIÓN DEL DESPIDO Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA DE PENSIONES

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI

Contratado FPU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Fondo de Capitalización, Fondo Austriaco, indemnización por despido, prestaciones complementarias

La previsión de constitución de un fondo de capitalización que modifique el régimen de indemnizaciones por despido inspirado en el modelo austriaco, incluida en la reforma laboral de junio de 2010 supuso al mismo tiempo una oportunidad para modernizar el régimen del despido y un problema, por cuanto que los elementos definidos en el RD-L 10/2010 dificultaban la puesta en práctica del sistema. La constatación de estos extremos por el Grupo de expertos constituido al efecto ha servido de justificación al legislador para poner en duda la conveniencia de crear este fondo y en todo caso la posposición de la decisión en el tiempo.

En este trabajo se analizan los elementos iniciales del fondo, los resultantes de la reforma del RD-L 10/2011 y finalmente los posibles efectos positivos que la eventual puesta en marcha del sistema pudiera tener sobre las rentas disponibles para los trabajadores en el momento de la jubilación. En este análisis se constata la necesidad de acotar mejor las contingencias a las que pueda responder, los problemas de financiación que pueden presentarse y finalmente el impacto cuantitativo que pueda llegar a tener para el trabajador promedio, en función de la vida laboral y los salarios a lo largo de la carrera profesional.

ABSTRACT

Key words: Austrian severance payment reform, Capitalization Fund, labour market reform, supplementary pensions

The Spanish labour market reform of June, 2010 planned the constitution of a Capitalization Fund, inspired in the Austrian severance payments reform of 2002. The 2010 terms of the reform were both an opportunity and a problem: the mandate allowed a modernization of Spanish severance payment system, but the concrete wording hindered its effective implementation. The expert group nominated to that end stated the existence of these problems, and their report supported not only the delay of the new measures but also the call in question of the convenience of the reform itself.

This paper analyzes the original design of the Capitalization Fund and the later reform of Royal Decree 10/2011, as well as the hypothetic positive effects it may generate in workers in workers acquisitive power at their retirement. The main findings of the paper are related with the needing of a better regulation of the fund. The contingencies covered (cases in which the worker could recover the contributions), the sources of funding have to be reformulated. Finally, the quantitative impact on the average worker is estimated under several potential schemes.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
 2. LA FUENTE DE INSPIRACIÓN: EL MODELO AUSTRIACO DE FONDO DE CAPITALIZACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO
 3. LOS ORÍGENES: LA REFORMA DE 2010
 - 3.1. La adaptación inicial del modelo austriaco: el fondo “a la española”
 - 3.2. El régimen transitorio: financiación a cargo del fogasa
 4. LA REFORMA DE LA REFORMA
 - 4.1. El informe del grupo de expertos
 - 4.2. Otras propuestas de implantación
 - 4.3. El real decreto-ley 10/2011
 5. INCIDENCIA EN COMO SISTEMA COMPLEMENTARIO DE PENSIONES
 - 5.1. La necesidad de reforzar los sistemas complementarios de seguridad social
 - 5.2. La cuantía de la contribución a favor de cada trabajador con el fondo de capitalización
 - 5.3. Notas finales sobre la implantación de un fondo de capitalización con incidencia sobre el sistema de pensiones
- BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La reforma laboral aprobada por Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio (BOE del 17) estableció, en su disposición final segunda, un mandato al gobierno para la constitución de un “fondo de capitalización para los trabajadores” del que estos podrían disponer “en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación”. Este Fondo, cuya ley debiera haberse aprobado, según la planificación diseñada en esta reforma, antes del pasado 19 de junio de 2011, debería entrar en vigor, siempre según este primer diseño, el 1 de enero de 2012. La tramitación parlamentaria del RDL no alteró el contenido sustantivo de esta disposición y lo mantuvo en el texto de la Ley 35/2010, si bien como disposición adicional décima, con retoques meramente formales. Tanto en una como en otra norma se hacía referencia a la necesidad de llevar a cabo, con carácter previo a la aprobación del Fondo de Capitalización del Desempleo, un proceso de “consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas”.

Posteriormente, el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, firmado el 3 de febrero de 2011 por el Gobierno y las principales organizaciones sindicales (CCOO y UGT) y empresariales (CEOE y CEPYME), se refirió a la elaboración de la norma reguladora del fondo, si bien, posiblemente ante la ausencia de una propuesta concreta, no se entró en el contenido de la norma, sino que se acordó únicamente el procedimiento para su elaboración: “la creación de un grupo de expertos integrado por

seis miembros que serán consensuados por los firmantes”. Además, al requisito de consulta a los agentes sociales, el ASE 2011 añade el de negociación, que si bien en ese momento –recién alcanzado el acuerdo que permitió posponer la edad de jubilación– pudo parecer una idea positiva, tras el posterior fracaso para la reforma de la Negociación Colectiva, así como atendiendo a otros antecedentes¹, genera serias incertidumbres.

Dicho grupo fue efectivamente constituido² y elaboró su informe³, en el que tras un extenso análisis llegó a la conclusión de que, con la configuración prevista en la Ley 35/2010, el coste de la puesta en marcha resulta demasiado elevado lo que puede “llevar a recomendar el retraso de su puesta en marcha, es decir, de su entrada en vigor más allá del uno de enero de 2012, ampliando el actual período transitorio previsto en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 35/2010”⁴. El Gobierno, tomando esta recomendación y obviando otras, como a continuación se expondrá, procedió mediante el artículo 3 del Real Decreto Ley 10/2011 de 26 de agosto a la modificación de la DA10^a de la Ley 35/2010 y la de DT3^a de la misma norma, en la que se establecía la fecha de entrada en vigor del fondo. Estas vicisitudes de la norma hacen necesario, para entender en qué puede llegar a convertirse el Fondo de Capitalización de las indemnizaciones por despido, hacer un análisis sucinto de los caracteres iniciales y actuales del Fondo, para lo que es también preciso atender al referente más claro en el que se inspira: el fondo implantado en Austria en el año 2003.

En las siguientes páginas se analizan sucesivamente el modelo austriaco, el inicialmente previsto en España y el resultado de la última reforma, valorando finalmente los efectos que pudiera tener sobre el sistema de pensiones, al ser una de las finalidades de esta clase de fondos (posiblemente la más positiva) el reforzar los niveles de renta tras la jubilación

¹ El más próximo en el tiempo es el de la propia reforma laboral, aprobada finalmente por el gobierno sin lograr el acuerdo entre agentes sociales.

² Los miembros fueron seleccionados en la práctica por cuotas: el Gobierno nombró a Esteban Rodríguez Vera y a José Ignacio Pérez Infante, las organizaciones sindicales a Juan López Gandía y a Santos Miguel Ruesga Benito y las organizaciones empresariales a Alberto Nadal Belda y Pilar González de Frutos

³ Publicado como GONZÁLEZ DE FRUTOS, P. ET AL., *Informe del Grupo de Expertos sobre el Fondo de Capitalización para los trabajadores*, MTIN, 2011, accedido en http://www.tt.mtin.es/periodico/laboral/201109/Infor_grupo_expert_%20F_Capit_trab.pdf.

⁴ *Ídem*, pág 29

2. LA FUENTE DE INSPIRACIÓN: EL MODELO AUSTRIACO DE FONDO DE CAPITALIZACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO

Hasta el año 2003 en Austria el 88% de los empleados⁵ no percibían ninguna clase de indemnización por despido debido a que estaban excluidos de ésta aquellos que no alcanzaran los tres años de antigüedad y los empleados de empresas de hasta 5 trabajadores, con independencia del tiempo por el que hubieran estado empleados.

El despido requiere en Austria –antes y después de la reforma– una causa razonable para la extinción, que no se define taxativamente y en la que entra en juego la valoración del comité de empresa, que en su caso puede impugnar la decisión. En todo caso, si el despido es calificado como improcedente, la sanción legal es la readmisión, si bien en la práctica suele solucionarse con una indemnización pactada entre empresario y trabajador⁶. En caso de procedencia del despido, la indemnización prevista se fija en relación a la antigüedad en la empresa. Así, oscilaba entre las 2 mensualidades para un trabajador de 3 o más años en la empresa y las 12 mensualidades de salario para quienes llevaran al menos 25 años en la misma. Los trabajadores de mayor permanencia en la empresa (a partir de los 10 años) tenían derecho a la indemnización incluso cuando la terminación del contrato se debía a su propia voluntad, siempre que pasara a la situación de jubilación⁷.

La reforma operada en 2002, que se aplicó a los nuevos contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2003 y a los anteriores cuando así se pactara expresamente entre empresario y trabajador, amplía el ámbito de protección frente al despido a todos los trabajadores y modifica su naturaleza. Conforme al nuevo esquema, el empresario no abona ninguna cantidad en el momento de producirse el despido, sino que todos los meses realiza una aportación a un fondo a nombre del trabajador, equivalente al 1,53% del salario bruto. Este porcentaje supone aproximadamente 5,58 días de salario al año, lo que supone una reducción para el trabajador que perdiera su empleo tras tres o años (recibían entre 15 y 20 días por año conforme al esquema descrito) pero un notable incremento para los que no percibían nada, que eran la mayoría.

Este fondo, sin embargo, no opera de la misma forma que la indemnización por despido, pues por una parte el trabajador mantiene su titularidad

⁵ Adam, G., *2002 Annual Review for Austria*, EIRO, 2003, accedido en <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/01/feature/at0301204f.htm>.

⁶ Álvarez del Cuvillo, A., “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, *Temas Laborales*, 99, 2009, págs. 278–280.

⁷ Hofer, H., “The Severance Pay Reform in Austria («Abfertigung Neu»)”, *CESifo DICE Report*, vol. 5, 4, 2007, pág. 42.

cualquiera que sea la causa por la que se extinga su relación laboral (incluidas todas aquellas plenamente ajenas a la empresa como la dimisión o fallecimiento y las que responden a un comportamiento del trabajador, como la dimisión). El cobro de las cantidades aportadas a este fondo únicamente puede obtenerse cuando pierde el empleo sin que concurra su voluntad siempre que las aportaciones realizadas a su nombre comprendan al menos tres años, o bien cuando se pasa a situación de jubilación. La diferencia con el sistema anterior es notable. Por una parte, la antigüedad de tres años en la empresa que se exigía antes se sustituye ahora por antigüedad como asalariado, permitiendo así acumular el tiempo trabajado en diversas empresas. Por otra parte, sea cual sea la razón por la que el trabajador cesa en la relación laboral, seguirá siendo el titular de las aportaciones a su nombre, sin perjuicio de que sólo pueda cobrarlas en ciertas ocasiones.

De esta forma se logra eliminar las principales consecuencias negativas del sistema de indemnizaciones por despido basado en la antigüedad, con exclusión de los más recientes sobre el comportamiento de trabajadores y empresarios. Desde el punto de vista de la compañía, se evita el incentivo perverso a despedir a los trabajadores con una antigüedad próxima a los tres años para evitar las indemnizaciones⁸. Además, en caso de que sea necesario despedir, como no existen diferentes indemnizaciones según sean los más antiguos o los recién llegados quienes abandonen la empresa, el empresario escogerá a aquellos que menos útiles sean en la organización o menor productividad tengan, sin otorgar una especial protección por el mero hecho de llevar más tiempo contratado. Por otra parte, desde la perspectiva del trabajador, se garantiza la percepción de una determinada cantidad si se cesa en el empleo incluso durante los primeros años en la empresa, y sobre todo se elimina una fuerte traba a la movilidad voluntaria. Con el sistema anterior, un trabajador protegido por las indemnizaciones por despido (es decir, de más de 3 años de antigüedad y en una empresa de más de cinco trabajadores), ante una oferta de trabajo en otra empresa, por atractiva que fuera, siempre se encontraba con el riesgo de perder el nuevo empleo, renunciando así al derecho acumulado a lo largo de los años a obtener una indemnización.

En la práctica, este sistema presenta otra ventaja adicional: en caso de que una empresa sufra dificultades económicas, aun cuando la reducción de plantilla sea calificada como procedente, debía hacer frente (como ocurre en España) a las indemnizaciones previstas en la legislación para este caso. Ello podía contribuir a agravar la mala situación, al forzar un desembolso que, en ocasiones, puede ser cuantitativamente muy importante. Con el sistema vigente desde 2003 en Austria, este efecto desaparece. La indemnización por despido se sustituye por una

⁸ Klec, G., "Flexicurity and the reform of the Austrian severance-pay system", *ETUI-REHS, European Economic and Employment Policy Brief*, vol. 4, 2007, pág. 3.

cuota que se abona mensualmente con los salarios, de forma que en el momento de la extinción no se sufre un gasto adicional, sin que por ello se desproteja al trabajador.

Al tratarse de una cobertura universal, por otra parte, reparte los costes de despido sobre todos los trabajadores. Resulta fácil comprender que en la fijación de salarios se tienen en cuenta todos los costes esperados de la relación laboral (que agregados no permitirán un salario mayor que la productividad esperada del trabajador), por lo que cualquier sistema de costes de despido soportados por el empresario tiene una repercusión (al menos parcial) sobre el nivel de salarios⁹. De esta forma, en los sistemas en que únicamente en algunos casos se percibe indemnización por razón de la extinción del contrato de trabajo, los trabajadores que a lo largo de su vida profesional nunca son despedidos bajo las condiciones exigidas por la ley financian a los que sí lo son¹⁰. El sistema austriaco implantado en 2003 no reparte entre todos los trabajadores las cantidades, sino que usa un sistema de fondo. Cada trabajador percibirá todo lo que se aporte en su nombre al fondo, con independencia de que nunca llegue a ser despedido, gozando en este caso de una mayor cantidad de dinero para su jubilación.

La gestión de estos fondos es otro punto que debe destacarse. Las aportaciones, conforme a la ley austriaca, no son acumuladas por la propia empresa empleadora, sino que se entregan a una de las entidades autorizadas para ello. Se trata de entidades financieras supervisadas por las Autoridades del Mercado Financiero, que deben dotarse de un capital inicial de al menos 1,5 millones de euros. Estos fondos están obligados a garantizar el capital aportado, y se permiten los pactos por los que garanticen también una rentabilidad mínima. Esta rentabilidad es importante, pues en función de su nivel el sistema será más o menos favorable a los trabajadores¹¹. En el Gráfico 1 se recogen distintos supuestos de rentabilidad, con

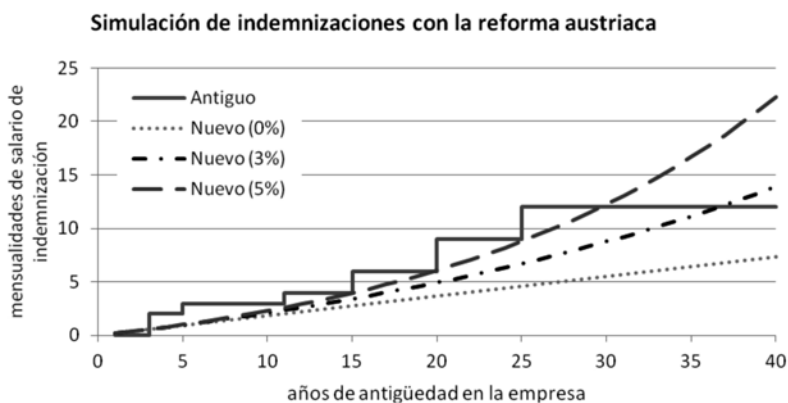
⁹ El efecto de la existencia de costes de despido lo analicé con cierto detalle en GIMENO Díaz de Atauri, P., “Lógica de alcance de la indemnización por despido improcedente”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 333, 2010, pág. 16 y ss.

¹⁰ Lo mismo ocurre con la totalidad de prestaciones de Seguridad Social: quienes no lleguen nunca a ser beneficiarios de las mismas (por fallecimiento antes de alcanzar la jubilación, no padecer enfermedades ni accidentes que causen baja laboral, no entrar nunca en situación de desempleo...) financiarán al resto. La diferencia es que el sistema de Seguridad Social se estructura explícitamente como un seguro público y obligatorio, mientras que en el caso de las indemnizaciones por despido se trata de un seguro implícito. La decisión de repartir entre todos los trabajadores el riesgo de perder el puesto de trabajo –distinto de entrar en desempleo, que ya está cubierto por la prestación correspondiente– es por supuesto una cuestión de política laboral. En todo caso, debe tenerse en cuenta al diseñar la regulación del despido que éste es el efecto que produce. En el sistema austriaco pre-reforma, hay que recordar que este efecto suponía que los trabajadores más precarios (los que eran despedidos antes de los tres años) financiaban a los de mayor antigüedad en la empresa.

¹¹ Bawag Allianz Vorsorgekasse Ag, *New Severance Pay Rules in Austria (Abfertigung NEU)*, 2004, pág. 8, accedido en <http://bit.ly/DVRE3>.

los que en todo caso el trabajador obtiene una cantidad menor (salvo larguísimas carreras profesionales), si bien este hecho se compensa por el hecho de ser una cantidad cierta y no meramente probable (de hecho ya se ha dicho que en Austria antes de 2003 menos del 13% de los trabajadores tenían derecho a indemnización). Además, debe tenerse en cuenta que los tipos mostrados han de ser reales, es decir, descontando la inflación, por lo que en la práctica, aun garantizándose el 100% de las aportaciones el crecimiento de los precios puede hacer perder más poder adquisitivo al valor rescatado del fondo. El riesgo de depreciación es, de hecho, la principal desventaja que este sistema tiene para los trabajadores.

Gráfico 1: Simulación de las cantidades percibidas por un trabajador en el sistema antiguo y en el nuevo con diferentes rentabilidades del fondo (entre paréntesis el tipo obtenido)



Fuente: Elaboración propia adaptación de KOMAN Y WEBER¹²

Las curvas del modelo nuevo muestran la situación con diferentes tipos de interés de rentabilidad obtenidos en promedio a lo largo de la vida en el fondo. Cuanto mayor sea, lógicamente, mayor será la indemnización obtenida. A efectos de simplificación, se ha ignorado la inflación, lo que en la práctica tiene un efecto muy similar a considerar los tipos de interés mostrados como reales en lugar de nominales.

El sistema tiene importantes ventajas, pero no se encuentra necesariamente entre ellas la reducción de los costes de despido. Este hecho dependerá de la cantidad que el empresario tenga que aportar al fondo. Los datos de Eurostat, de hecho, muestran que en 2008 los costes de despido suponían una proporción de los costes laborales relativamente alta (1,46%, por 0,45% de la media comunitaria y sólo más bajos que en Grecia), si bien es cierto que algo más baja que en la misma encuesta en 2004 (entonces fueron un 1,58%). En todo caso, lo que sí se evita es el carácter cíclico, por las razones ya expuestas.

¹² Koman, R.; Schuh, U.; Weber, A., "The Austrian Severance Pay Reform: Toward a Funded Pension Pillar", *Empirica*, vol. 32, 3, 2005, pág. 259.

Gráfico 2: Pagos realizados a trabajadores que dejan la empresa



Fuente de los datos: Labourcostsurvey 2008, EUROSTAT

3. LOS ORÍGENES: LA REFORMA DE 2010

3.1. La adaptación inicial del modelo austriaco: el fondo “a la española”

En el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio¹³, que tras su tramitación parlamentaria fue sustituido sin cambios relevantes en cuanto a esta cuestión por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre¹⁴, se introdujo un mandato para la implantación en España de un Fondo de Capitalización para los trabajadores de perfiles muy difusos y que pretende, en cierto modo, crear una adaptación del sistema austriaco antes descrito a nuestras relaciones laborales.

¹³ De medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE del 16 de junio de 2010. Disposición Final 3ª.

¹⁴ Homónima del RD-L del que procede. BOE del 18/09/2010. Disposición Adicional 10ª, sin cambios sustantivos sobre la redacción aprobada en el RD-Ley de junio.

En concreto, la reforma introdujo un mandato al gobierno para que, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, aprobara un proyecto de ley sobre esta cuestión, fijando como fecha límite para ello el 18 de junio de 2010 (un año después de la entrada en vigor del RD-L 10/2010) con el objetivo de que entrara en vigor el 1 de enero de 2012. El párrafo segundo de la DA en la que se recogió el mandato establecía las líneas inspiradoras del contenido de dicho proyecto de ley:

“La regulación reconocerá el derecho del trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el Fondo de Capitalización en los supuestos de despido, movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Las indemnizaciones a abonar por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo”

Al margen de consideraciones acerca de la oportunidad de inclusión de esta clase de mandatos en un Real Decreto-Ley¹⁵ (operación que como veremos se ha visto reiterada en el RD 10/2011, de 26 de agosto¹⁶) la redacción de esta norma deja abiertos múltiples interrogantes en todos los aspectos de su configuración. El Grupo de Expertos, en su informe¹⁷, realiza un análisis exhaustivo de ellos, y ya antes habían sido puestos de manifiesto algunos de los más relevantes¹⁸. No resulta este el lugar adecuado para llevar a cabo un estudio en profundidad de todos los aspectos, pero sí de algunos de ellos que pudieran tener más incidencia sobre el sistema de seguridad social y sus prestaciones.

En primer lugar, existe una notable indefinición sobre los supuestos en que el trabajador puede hacer uso de las cantidades depositadas a su nombre en el Fondo. Es cierto que la que la referencia a la jubilación, que es la que directamente más puede afectar al sistema de Seguridad Social, plantea menos problemas que las restantes, pues el hecho de que estas puedan ser interpretadas de diferentes modos hace que las cantidades de las que pueda disponer el trabajador en el momento de pasar a situación de jubilación puedan verse muy mermadas: si se interpretan con demasiada laxitud las contingencias que pueden ser cubiertas con el fondo de capitalización es probable que este

¹⁵ Al respecto, por evitar reiteraciones, me remito a GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “El abono de parte de la indemnización por despido por el FOGASA y regulación de los fondos de capitalización”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (eds.) *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, 2010, pág. 258.

¹⁶ De medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación de las personas que agoten su prestación por desempleo, BOE de 30 de agosto de 2011.

¹⁷ GONZÁLEZ DE FRUTOS, P. ET AL., *Informe del grupo de expertos*, cit.

¹⁸ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “El abono de parte de la indemnización por despido por el FOGASA y regulación de los fondos de capitalización”, cit., págs. 259–260.

no pueda ser de utilidad como complemento de las pensiones a las que en su caso pudiera tener derecho el trabajador. En particular, desde esta óptica, habría resultado aconsejable establecer un modelo diseñado principalmente para este fin, con una previsión general de recuperación del fondo únicamente en el momento de la jubilación, acompañado de correcciones excepcionales, que en los supuestos de movilidad geográfica, mejoras formativas, despido u otras situaciones de necesidad económica, permitieran, mediante solicitud justificada, percibir las cantidades acumuladas. Además, aunque es posible que la futura ley lo tenga en consideración, debería haberse incluido como supuesto de rescate el fallecimiento del trabajador, lo que provoca dudas desde la perspectiva civilista. A tal efecto deberá determinarse si se trata de una ganancia diferida en el tiempo (y por tanto sometida en su caso al concreto régimen matrimonial del trabajador), de un elemento más de la masa hereditaria o incluso de un seguro para el que el trabajador puede fijar libremente un beneficiario.

Tampoco definió el legislador el ámbito subjetivo de este nuevo fondo, sin dar elemento alguno que lo delimite. Desde la perspectiva de la previsión de las contingencias señaladas, de la justicia material, e incluso de la reducción de la temporalidad si se lleva a cabo de forma adecuada¹⁹, la cobertura debe ser lo más amplia posible, incluyendo tanto a trabajadores temporales como a indefinidos, a todas las relaciones laborales especiales e incluso a los trabajadores autónomos, contemplando las peculiaridades de cada uno de los colectivos, tanto en relación a las situaciones que deben dar derecho al rescate del fondo como a los tipos de cotización y sujetos obligados a la misma.

Por otra parte, la cuestión más polémica es la financiación de las aportaciones al fondo, por cuanto que si bien no se establece su diseño sí se fijan limitaciones para el mismo. Respecto a ésta, se indica únicamente que no podrá implicar incremento de las cotizaciones empresariales. Debe hacerse notar que no hace referencia a los costes laborales, sino únicamente a las cotizaciones, por lo que al establecerse que “las indemnizaciones a abonar por parte del empresario se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo”, en la práctica está reduciendo los costes laborales.

Al determinarse del modo señalado, y rechazando la posibilidad teórica de establecer una cotización a cargo del trabajador para financiar su propio despido, únicamente cabe la financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado o de los propios de la Seguridad Social, bien destinando una parte de la cuota por contingencias comunes o por desempleo ya existentes,

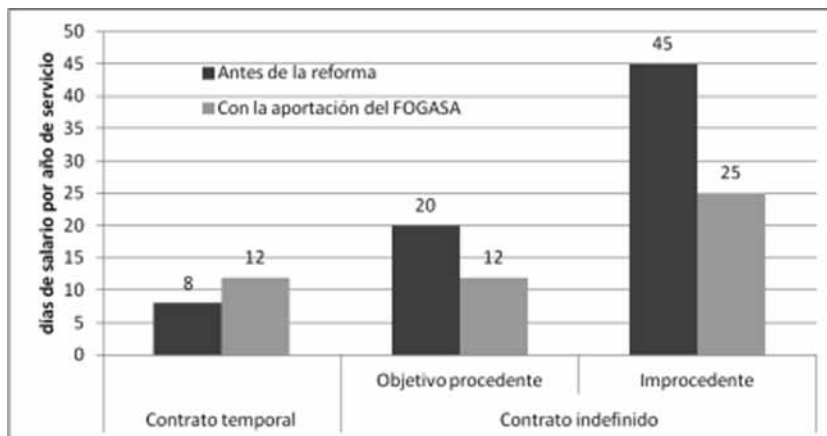
¹⁹ No debe olvidarse que es dicha reducción de la dualidad entre indefinidos y temporales es uno de los objetivos principales de la reforma de 2010, y que en ella se enmarca la creación de este fondo de capitalización.

bien reduciendo esta para crear una nueva cotización específica para el fondo de despido, de tal modo que la cotización total no se vea alterada. Al margen del cuestionado acierto de financiar con cargo a dinero público los despidos²⁰ se genera, en una situación en el que las cuentas públicas presentan serias dificultades para mantener el equilibrio presupuestario, una carga de peso incierto (por la indefinición del modelo) pero potencialmente elevado. Además, se está elevando el coste total para la economía de los despidos pues, al exigirse una reducción de la indemnización por despido equivalente al número de días por año de servicio que se determine para la constitución del Fondo, se está sumando al coste actual el necesario para cubrir las aportaciones de todos aquellos trabajadores que nunca recibirán la indemnización bajo el esquema actual. Esto implica que, con este nuevo modelo, percibirán una determinada cantidad (mediante aportaciones al Fondo constituido a su nombre) todos aquellos trabajadores que antes cesaban en su relación laboral por razones distintas al despido objetivo o improcedente: fallecimiento, dimisión, abandono, despido disciplinario procedente, jubilación...

3.2. El régimen transitorio: financiación a cargo del FOGASA

El carácter diferido de la constitución del fondo de capitalización llevó al legislador a establecer una medida transitoria: la cobertura por parte del Fondo de Garantía Salarial (ahora en proceso de integración con el Servicio Público de Empleo) de ocho días por año trabajado en caso de despido, reduciendo así la indemnización a cargo del empresario en la extinción de los contratos indefinidos celebrados a partir de la entrada en vigor de la reforma laboral. La ley no distingue entre despidos procedentes e improcedentes –siempre que la calificación del empresario sea la de despido objetivo– y tiene una clara intención de aproximación de los costes de extinción entre contratos temporales e indefinidos (ver Gráfico 3 y su explicación).

²⁰ Desdentado Bonete, A., “La reforma del despido en La Ley 35/2010”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (eds.) *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, 2010, pág. 109 y 107.

Gráfico 3: Esquemas de indemnización pre y post reforma 2010

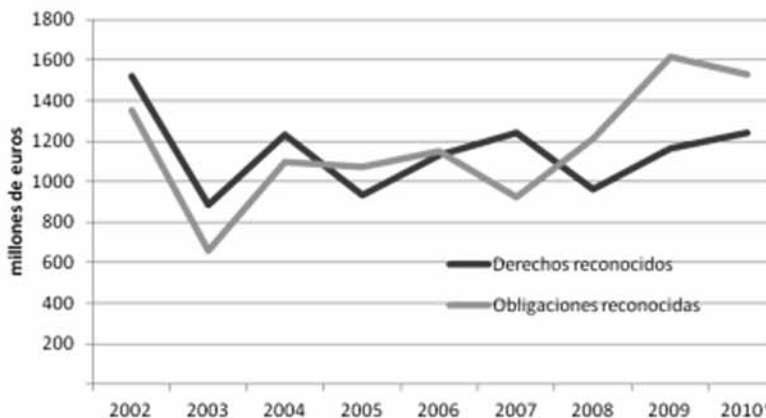
Este es el esquema teórico que presenta la reforma en su máximo desarrollo. A partir de 2015 la indemnización por contratos temporales se eleva a 12 días por año. Por otra parte se pretende facilitar la calificación como procedentes de los despidos por causas objetivas (20 días) y extender a la práctica totalidad de los trabajadores el contrato de Fomento de la contratación indefinida (CFCI). El esquema teórico ha resultado ser demasiado optimista, por cuanto que ni la estadística judicial (aun cuando esta se publica lentamente y no aporta información acerca del momento en el que se produjo el despido enjuiciado) muestra una mayor proporción de sentencias favorables al empresario ni los datos de contratación permiten afirmar la generalización del CFCI. Por otra parte, no se tienen en cuenta los costes que supone el preaviso en el despido objetivo (reducido de 30 a 15 días), que en la práctica opera como un coste más, pues la productividad del trabajador se reduce notablemente (si no se anula) una vez que conoce la decisión extintiva, lo que a menudo lleva a que se abone el salario correspondiente a estos días sin que se realice la prestación laboral. Además, en el diseño legal la aportación del FOGASA y la elevación de la indemnización temporal no son coincidentes en el tiempo, sino que la reducción dependerá de la aportación que se realice al fondo de capitalización. En todo caso, siempre que exista la posibilidad de que el despido objetivo sea calificado como improcedente existirá un riesgo de tener que abonar la indemnización correspondiente, por lo que el coste esperado del despido seguirá siendo mayor en el caso de los contratos indefinidos que temporales.

La lógica en la que se estableció este régimen, con una vigencia temporal vinculada a la puesta en marcha del Fondo de capitalización, deja claro que el objetivo es reducir la brecha de costes de despido entre temporales e indefinidos, lo que tiene inmediatas consecuencias en la regulación. Al margen de la ya mencionada igualación entre despidos procedentes e improcedentes, únicamente cubre a los empresarios que contraten a partir de la reforma y para evitar el fraude se exige una duración mínima de un año. Dado que la previsión del legislador en el momento de establecer la norma era que la cobertura del FOGASA por esta contingencia finalizará el 1 de enero de 2012, los casos en que éste organismo autónomo tuviera que responder debían ser relativamente limitados. Dependiendo de la configuración final del fondo, en la práctica podría haberse reducido a aquellos contratados entre el 18 de junio y el 31 de diciembre de 2010 que fueran despedidos antes del final de 2011 habiendo cumplido un año entero de contrato. En el peor de los casos (desde la perspectiva del patrimonio del FOGASA), a todos los contratados con carácter indefinido

entre la entrada en vigor del RD-L 10/2010 y el 31 de diciembre de 2012, con independencia del momento en que fueran despedidos²¹. La primera opción supondría un gasto prácticamente descartable, pues no es demasiado probable que las empresas que contrataran indefinido en el periodo citado despidieran en un periodo tan corto, sobre todo si se tiene en cuenta que la contratación indefinida no pareció verse afectada por la reforma, de modo que nada hace pensar que se contratara más indefinidamente con el fin de obtener esta ventaja. A modo ilustrativo, los seiscientos mil contratos indefinidos firmados desde la entrada en vigor de la reforma hasta el final de 2010 supusieron un 7,9% del total de indefinidos, cinco décimas menos que en el mismo periodo del año anterior. En el caso más gravoso serían algo menos de millón y medio los trabajadores que gozarían, en caso de despido, de una cobertura por este organismo, lo que al repartirse en el tiempo tampoco tendría un impacto demasiado elevado.

Estas consideraciones acerca del coste que la medida pueda suponer sobre FOGASA no son triviales, pues su situación económica no es especialmente favorable. Como se puede ver en el Gráfico 4, el superávit en los años de bonanza no fue particularmente elevado, pero desde el inicio de la crisis en 2008 la caída de ingresos y el incremento de las obligaciones de pago han llevado a este organismo a cerrar cuentas en negativo.

Gráfico 4: Derechos y obligaciones reconocidos por el FOGASA



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de liquidación presupuestaria de la Intervención General del Estado. Los datos de 2010 son avance de liquidación.

²¹ Estos dos extremos son los que corresponderían a los límites máximo y mínimo posibles de retroactividad que podría reconocerse al Fondo. Así, si se extendiera a todos los trabajadores, el FOGASA vería desaparecer cualquier obligación. Por el contrario, si el Fondo de Capitalización para los trabajadores se aplicara únicamente para los nuevos contratados a partir del 1 de enero de 2012, su responsabilidad se extendería, respecto a los contratados en los 18 meses anteriores, indefinidamente en el tiempo.

No obstante, este organismo autónomo dispone de un remanente muy elevado, justificado de una parte por una determinación histórica de las cuotas superior a lo necesario para la garantía de sus obligaciones y de otra por los ingresos financieros que se derivan de la disponibilidad de grandes cantidades de dinero, que se han destinado mayoritariamente a la inversión en deuda pública. Debe tenerse en cuenta que la cuota de cotización a este fondo es hoy del 0,2%, pero llegó a alcanzar el 1,1% en el RD 1/1985, lo que permitió un gran nivel de ahorro. La cuantía de este remanente no es pública, si bien la prensa económica, aludiendo a «fuentes sindicales» lo cuantificó en 4.556,49 millones de euros al cierre de 2008²². La magnitud de esta cifra es realmente notable, especialmente si se tiene en cuenta que la recaudación por cuotas para ese mismo año fue de 499 millones de euros y la cobertura de los costes de garantía fueron 473 millones. Ello explica que, en sus presupuestos, las inversiones (mayoritariamente en deuda pública) tengan un peso notablemente mayor que el gasto en transferencias por las responsabilidades directas y subsidiarias que le atribuye la ley.

Esta situación patrimonial desahogada permite al FOGASA asumir obligaciones puntuales en una situación de escasez de recursos como la actual, pero no mantenerlas con carácter indefinido en el tiempo, pues su balance es, hoy por hoy, negativo sin necesidad de nuevas cargas, y las expectativas del mercado de trabajo, con una constante reducción de los cotizantes (en el tercer trimestre de 2011 la ocupación sigue cayendo en términos interanuales, habiéndose acelerado de nuevo el ritmo de destrucción de empleo por primera vez en los últimos dos años²³), no hacen prever una pronta recuperación de los ingresos.

²² Noticia recogida por diversos medios, citando como fuente Europa Press. En esta agencia, con fecha de 16 de febrero de 2009, <http://www.europapress.es/islas-canarias/noticia-gasto-fogasa-prestaciones-alcanzo-canarias-total-585100-euros-enero-20090216170031.html>.

²³ Conforme a los datos de la EPA del tercer trimestre de 2011, el número de ocupados, en términos interanuales, se redujo en un 2,11%. En el trimestre anterior la pérdida de puestos de trabajo fue del 0,94%, y desde el segundo trimestre de 2010 la reducción de ocupación no había superado el 2%. Ello significa que se rompe con el último dato la tendencia hacia la recuperación del crecimiento que se apuntaba en los últimos trimestres.

4. LA REFORMA DE LA REFORMA

4.1. Informe del grupo de expertos

La aprobación de la reforma laboral de junio de 2010 no contó con el apoyo ni de sindicatos, que la valoraron como un recorte de derechos de los trabajadores e incluso convocaron una huelga general, ni de los empresarios, que la consideraron insuficiente. Esta situación no cambió con la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley, pero el gobierno trató de recuperar el diálogo social.

En estas circunstancias, se alcanzó el tres de febrero de 2011, con el objetivo principal de pactar la reforma del sistema de pensiones, el Acuerdo social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones. En este clima de diálogo social, las expectativas de mantener la concertación en las sucesivas reformas llevaron a encomendar a un grupo de expertos, nombrados de forma consensuada por el Gobierno, las principales centrales sindicales y las organizaciones empresariales de mayor peso, para que propusiera soluciones para la implantación del Fondo Capitalización y, consecuentemente, acerca de su relación con la prestación de FOGASA que se ha descrito.

En particular, las partes acordaron que el mandato para este grupo de expertos incluyera el análisis de *“las distintas alternativas posibles para instrumentar este fondo de capitalización, abordando las siguientes cuestiones: su aplicación a todos los contratos de trabajo vigentes o a los que se celebren con posterioridad a su entrada en vigor, su configuración como un nuevo derecho de capitalización individual para los trabajadores o relacionado con los costes de extinción del contrato de trabajo, el tipo de institución más adecuada para su gestión y los aspectos relacionados con su financiación”*.

El grupo de expertos elaboró el informe al que ya se ha hecho referencia en este trabajo, y basándose en el mismo el Gobierno incluyó en el RD-L 10/2011 la reformulación del mandato para el propio gobierno sobre la constitución del Fondo y el correspondiente régimen transitorio a cargo del FOGASA.

Es preciso, con carácter previo al análisis de la nueva norma, hacer un pequeño repaso a las recomendaciones del grupo de expertos, pues no se limitan a la posposición de la puesta en marcha del fondo, sino que incluyen otros aspectos que no han sido tomados en consideración por el Gobierno.

En particular, es cierto que los expertos reconocen la existencia de “una serie de limitaciones, que pueden llevar a recomendar el retraso de su puesta en marcha, es decir, de su entrada en vigor más allá del 1 de enero de 2012, ampliando el actual período transitorio previsto en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 35/2010”²⁴. Sin embargo, estas limitaciones no son sólo las

²⁴ González de Frutos, P. et al., *Informe del grupo de expertos*, cit., pág. 29.

presupuestarias, sino que se extienden a otros ámbitos que, como se expondrá más adelante, no han sido recogidos en la reforma.

Los problemas detectados²⁵ se refieren, en primer lugar, a las contingencias cubiertas, rechazando particularmente la formación profesional y la movilidad geográfica, por concurrir con otros medios y la existencia de un elevado riesgo de fraude. Por otra parte, el coste de la medida, con crisis o sin ella, ascendería según sus estimaciones (con una aportación equivalente a 8 días de salario por año) a 2,7 puntos de cotizaciones a la Seguridad Social adicionales, equivalentes al 0,74% del PIB. Por último, critican el efecto asimétrico de la implantación del sistema, pues supondría menores rentas para los trabajadores que son despedidos con mayor frecuencia. No obstante, aunque es indudable que este efecto se produciría, no es una limitación sino una característica del modelo, uno de los objetivos que persigue.

Por estas razones, los expertos afirman que “podría retrasarse su entrada en vigor hasta que la economía española mejore suficientemente”, pero inmediatamente añaden -y esto es lo que el nuevo Real Decreto-Ley ha ignorado- que “incluso aunque mejorara la situación económica, los elevados recursos necesarios obligarían a plantear distintas alternativas”²⁶.

4.2. Otras propuestas de implantación

El Fondo de Capitalización del desempleo es probablemente la mayor oportunidad de reforma real y radical de sistema de indemnizaciones por despido en nuestro país que se ha planteado desde el legislador, lo que justifica que no haya pasado inadvertida en distintos ámbitos. De hecho, antes incluso de la reforma laboral, se afirmó, evaluando la posibilidad de implantación del modelo en España, que “la introducción de un sistema de seguro para la financiación del despido en España podría combinar dosis eficientes de flexibilidad y seguridad sin alterar los equilibrios básicos del modelo laboral español”²⁷, con un esquema mucho más simple que el fijado posteriormente por la ley. En particular, propone –aunque a título de ejemplo– una cobertura de 8 días de salario por año, financiada mediante una cotización de entre 0,3 y 0,5 puntos a cargo del empresario, basándose en los datos del periodo 2004-2008. Debe objetarse, sin embargo, que este cálculo es necesariamente conservador, pues sería claramente insuficiente en situaciones de elevado ritmo de despidos, como la actual.

²⁵ *Ibid.*, pág. 28 y 29.

²⁶ *Ibid.*, pág. 30.

²⁷ Gómez, V., “¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austriaco?”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 12, 2010, pág. 140.

Una vez en vigor la norma, las propuestas alternativas más concretas han sido las elaboradas por CONDE ET AL.²⁸. Estos autores, vinculados a la Fundación de Estudios de Economía aplicada, participaron también en la “Propuesta para la reactivación laboral en España”, en la que el punto más destacado fue la introducción de un contrato único con indemnizaciones crecientes²⁹.

Las propuestas de estos autores, ya sobre el marco de la propuesta legal de la ley 35/2010, comparan el régimen previo a la reforma, con cuatro posibles modelos:

- Mantenimiento de la reforma de 2010 con la aportación del FOGASA
- Contrato único³⁰ sin fondo de capitalización
- Reforma de 2010 con el Fondo de Capitalización
- Contrato único con fondo de capitalización

El resultado de sus simulaciones (realizadas a 10 años) es claro; la implantación del fondo eleva los costes esperados de despido (del 3,12% al 3,33% de la masa salarial en el caso de la reforma vigente, y del 2,74% al 3,10% con su propuesta de contrato único) y reduce ligeramente la temporalidad bajo la reforma de 2010 (del 34,3% al 33,98%), aunque lo incrementa con contrato único (del 1,54% al 1,55%), sin tener efectos sobre la duración esperada en el empleo (5,3 años y 6,5 años, respectivamente). En todo caso, debe destacarse que según estas proyecciones, tanto con la reforma de 2010 como con el contrato único se produce una reducción de la temporalidad respecto de la situación previa a la reforma (39,4% es su previsión para 10 años), un incremento de la duración esperada en el empleo (4,9 años sin los cambios legales) y de los costes de despido esperados (2,81%)³¹.

4.3. El Real Decreto-Ley 10/2011

Con estos antecedentes, transcurrido el plazo previsto en la ley 35/2010 para la aprobación del proyecto de ley que regulara el Fondo de Capitaliza-

²⁸ Conde-Ruiz, J. I.; Felgueroso, F.; García-Pérez, J. I., “Reforma Laboral 2010: Una primera evaluación y propuestas de mejora”, *Fedea. Estudios Económicos*, 1-2011, 2011 y CONDE-RUIZ, J. I.; FELGUEROSO, F.; GARCÍA-PÉREZ, J. I., “El fondo de capitalización a la austriaca: costes y beneficios de su implantación en España”, *Fedea. Estudios Económicos*, 6-2011, 2011.

²⁹ El texto completo de la propuesta está disponible en http://www.crisis09.es/propuesta/?page_id=37. Además, existe una versión más desarrollada en formato de libro electrónico, también disponible para su descarga en http://www.crisis09.es/propuesta/?page_id=755.

³⁰ Debe recordarse que la propuesta de contrato único contempla una indemnización creciente con la antigüedad, que oscila entre los 12 y los 36 días. A diferencia del modelo actual, la indemnización no se calcula simplemente multiplicando el número de años de servicio por los días marcados, sino que se forma de modo acumulativo (12 días por el primer año, 15 por el siguiente...)

³¹ Conde-Ruiz, J. I. et al., “El fondo de capitalización a la austriaca: costes y beneficios de su implantación en España”, cit., pág. 18.

ción y anunciada ya la convocatoria anticipada de elecciones generales, con la consiguiente disolución de las cámaras, en el mes de agosto de 2011 se aprobó el Real Decreto-Ley 10/2011 en el que, entre otras cosas, se modificaron los aspectos que en este trabajo se están analizando de la ley 35/2010.

En relación al fondo de capitalización, el art. 3 del RD-L realiza una modificación sustancial del mandato al gobierno. Al margen de retrasar dos años la elaboración del proyecto de ley (hasta el primer semestre de 2013), deja de considerarse una medida que se pondrá efectivamente en marcha, para entenderse ahora como una mera posibilidad. En efecto, el mandato consiste ahora en “desarrollar un proceso de negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre la conveniencia y oportunidad de aprobar un proyecto de Ley”. Es decir, se sustituye la “consulta” de la ley 35/2010 por un proceso de negociación, y además no se centra la discusión en los aspectos que hayan de configurar el fondo, sino en la “conveniencia y oportunidad” de ponerlo en marcha. Al margen de la ya flagrante extralimitación de la función del Real Decreto Ley conforme al art. 86 de la Constitución³², se confía una reforma de calado a la concertación social, pese a los precedentes de fracaso en la Reforma de 2010 y en la de la negociación colectiva en 2011, pese a las sucesivas ampliaciones de plazo para alcanzar acuerdo que se otorgaron. Además, ya no se considera un elemento esencial de la reforma, una culminación necesaria que por su complejidad requería un periodo de elaboración mayor, sino que se deja abierta la posibilidad de que no llegue a llevarse a cabo. De hecho, el mandato de que el fondo estuviera constituido el 1 de enero de 2012 no se pospone, sino que se suprime, emplazando al Gobierno a incorporar al citado proceso de negociación la vigencia del régimen transitorio a cargo del FOGASA.

Respecto al contenido material de la regulación del Fondo de capitalización, se ignoran las reservas del grupo de expertos (nombrados, recuérdese, de común acuerdo entre gobierno y agentes sociales) y se transcribe literalmente el régimen previsto en la Ley 35/2010. No se ajusta por tanto la posibilidad de que existan nuevas cotizaciones empresariales, ni siquiera en atención a que la regulación del fondo se pospone hasta una mejor situación económica y que en todo caso sí que ha de generar una reducción de coste laborales, al no tener que asumir el empresario la totalidad del coste de despido, sino que se reduce en “una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio por determinar”. Igualmente, se mantienen las contingencias en las que el trabajador podrá hacer uso de las cantidades depositadas a su nombre, sin concretar ni acotar su contenido.

³² Es contrario al sentido común justificar la “extrema y urgente necesidad” de aprobar una norma que se limita a ordenar una negociación dentro de más de un año sobre la oportunidad de llevar a cabo una medida.

La posposición de la puesta en marcha del fondo supone una situación de incertidumbre en relación a la cobertura por parte del FOGASA en caso de despido. El RD-L aborda directamente esta cuestión, manteniendo intacto el régimen previsto para los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2011. Para los contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2012 se excluyen expresamente las extinciones “reconocidas por el empresario o declaradas judicialmente como improcedentes”. Se acaba, de este modo, con la tan criticada financiación de los despidos no conformes a derecho, si bien debe tenerse en cuenta que la naturaleza del reconocimiento de la improcedencia del despido por el empresario tiene una naturaleza controvertida: conforme a la doctrina unificada de la sala de lo social del Tribunal Supremo el reconocimiento de la improcedencia por parte del empresario, a los efectos de evitar el pago de salarios de tramitación, no es técnicamente un reconocimiento de ilegalidad sino un acto transaccional³³, pero la reciente Ley de la jurisdicción social³⁴ altera esa interpretación, al establecer que “*el reconocimiento de la improcedencia del despido, efectuado en la carta de despido o en cualquier momento posterior (...) vincula al empresario, que no podrá alterar esta calificación ni el importe reconocido salvo error material de cálculo o subsanación en forma*”³⁵. En todo caso, debe tenerse en cuenta que si la reformulación de las causas de despido no tiene el efecto deseado (pues es cierto que la experiencia muestra que la plena aplicación de esta clase de reformas tarda en consolidarse en la práctica judicial, y consecuentemente en la empresarial) la exclusión de los despidos improcedentes reduce aún más el atractivo de la contratación indefinida frente a la temporal, al elevarse los costes esperados de despido. Por otra parte, es posible que tenga un pequeño efecto positivo en los últimos meses de 2011, al ser –por idéntica razón– notablemente más ventajoso contratar bajo el régimen de la redacción original de la Ley 35/2010 que bajo la nueva norma.

La última modificación de la participación del Fondo de Garantía Salarial pone en relación dos ideas que ya se han destacado aquí: las limitaciones de la

³³ STS de 18 de diciembre de 2009, R^o 71/2009

³⁴ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, publicada en el BOE de 11 de octubre y que entrará en vigor el próximo 11 de diciembre. La doctrina del Tribunal Supremo seguirá aplicándose, por tanto, a todos los procesos que se inicien con anterioridad a dicha fecha, mientras que si el proceso se inicia a partir del 11 de diciembre (DT2^a de la nueva Ley) el reconocimiento de la improcedencia vinculará al empresario, con independencia de la fecha en que haya tenido lugar. Es cierto, en todo caso, que dados los breves plazos en que puede iniciarse el despido, no afectará a extinciones anteriores a la publicación de la ley.

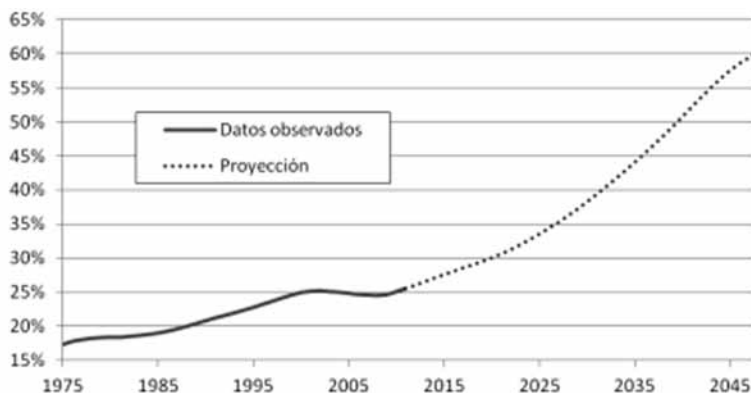
³⁵ Art. 105.3 de la citada Ley 36/2011. La doctrina del Tribunal Supremo seguirá aplicándose por tanto a todos los procesos que se inicien con anterioridad a dicha fecha, mientras que si el proceso se inicia a partir del 11 de diciembre (DT2^a de la nueva Ley) el reconocimiento de la improcedencia vinculará al empresario, con independencia de la fecha en que haya tenido lugar. Es cierto, en todo caso, que dados los breves plazos en que puede iniciarse el despido, no afectará a extinciones anteriores a la publicación de la ley.

capacidad financiera del FOGASA para cubrir indefinidamente esta reducción de costes de despido y la escasa credibilidad de la promesa de implantación en el futuro del fondo. La redacción inicial del apartado séptimo de la disposición transitoria tercera establecía que la cobertura por el FOGASA fuera “de aplicación hasta la entrada en funcionamiento del Fondo de Capitalización”. En su lugar, la redacción vigente hoy establece que “Lo establecido en esta disposición será de aplicación hasta el 31 de diciembre de 2013, fecha en la que deberá haberse adoptado la decisión que corresponda sobre la constitución y entrada en funcionamiento de un fondo de capitalización”. Denota así el Gobierno la asunción de la posibilidad de que se decida la no constitución del fondo, en cuyo caso, en defecto de una nueva modificación (en principio con acuerdo con los interlocutores sociales), cese la obligación de cobertura por parte del FOGASA. Este régimen transitorio genera incertidumbre sobre la contratación, pues en una interpretación literal, si no se produce una nueva norma sobre la cuestión, el Fondo quedará exonerado del abono de los ocho días de salario por año de servicio a partir de la fecha citada, de tal modo que los empresarios que contrataron con la expectativa de menores costes de despido (bajo uno u otro régimen) tendrían que afrontar las indemnizaciones íntegras si la relación se extingue después. Además, al margen de que se diluye el espíritu de potenciación de la contratación indefinida, puede llegar a suponer una ventaja para aquellos empresarios que despidan antes de concluir el citado plazo, con el consiguiente agravio para aquellos otros que mantengan la relación laboral por un tiempo superior.

5. INCIDENCIA EN COMO SISTEMA COMPLEMENTARIO DE PENSIONES

5.1. La necesidad de reforzar los sistemas complementarios de Seguridad Social

El sistema de pensiones vigente en España, como ocurre en la mayor parte de los países de nuestro entorno, se basa en sistemas de reparto. Ello significa, como es sabido, que los pagos a las personas jubiladas se abonan con cargo a las aportaciones realizadas por quienes están en activo, sin que exista un fondo específicamente destinado al pago de las pensiones públicas. La mejora de la esperanza de vida que se viene produciendo en las últimas décadas ha planteado la necesidad de revisar y complementar este sistema.

Gráfico 5: Tasa de dependencia de los mayores de 64 años

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del INE: Indicadores demográficos básicos (1975-2009) y proyecciones de población a largo plazo

La magnitud de los cambios en la composición de la población es ciertamente muy elevada. La tasa de dependencia de mayores de 64 años (Gráfico 5: Tasa de dependencia de los mayores de 64 años⁵) muestra el cociente resultante de dividir la población de dicha edad entre las personas en edad de trabajar (entre 16 y 64 años). Obviamente, esta cifra no muestra exactamente cuántos trabajadores mantienen a cada pensionista, pues ni entre el segundo grupo todos están ocupados ni todos los mayores de 64 años tienen derecho a pensión. Aún así, es un buen indicador de las necesidades del sistema. Pues bien, observando el gráfico se observa que si en 1975 esta tasa de dependencia era del 17,3% (aproximadamente seis personas en edad de trabajar por cada una mayor de 64), en 2011 es de, 25,5% (la proporción se reduce a cuatro a uno), y alcanzará el 50% dentro de 30 años.

Esta tendencia, con unos u otros matices, es común al conjunto de la Unión, y ya hace más de 15 años preocupaba tanto a los agentes sociales y políticos españoles como a las autoridades comunitarias. De este modo el Libro verde sobre sistemas complementarios de pensiones³⁶ ya advertía de la necesidad de apoyar los sistemas públicos de pensiones en tres pilares o niveles: el público de reparto, los sistemas de empleo (vinculados a empresas) y los sistemas de pensiones individuales, generalmente contratados por entidades de seguros.

Esta lógica subyace también a la redacción revisada de 2003 de las reco-

³⁶ Comisión Europea, *Los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único. Libro verde*, Bruselas, 1997.

mendaciones del Pacto de Toledo³⁷, en las que se incorporó la necesidad de que “*Los trabajadores más jóvenes, para preservar unas pensiones en relación a su salario análogas a las vigentes en la actualidad*” complementaran “*su contribución al sistema público con aportaciones a fondos de pensiones de capitalización y gestión privada*”³⁸. En el mismo sentido en 2011, los grupos parlamentarios, al aprobar una nueva revisión del Pacto citado, señalaron que la previsión social complementaria “*debe ampliar su capacidad de complementar al conjunto de prestaciones sociales públicas, con la finalidad de posibilitar una mejor atención de algunas contingencias*”³⁹.

La evolución de los sistemas de pensiones y los mercados de trabajo ha conducido a la necesidad de reforzar los niveles privados de financiación, así como a mejorar la sostenibilidad de los públicos. En este último sentido, debe hacerse notar la tendencia a la introducción de diversas medidas destinadas a mejorar la situación financiera de las instituciones que se hacen cargo de las pensiones públicas. Así, el *Pacto por el Euro Plus* incluye entre sus recomendaciones, aunque como una opción entre otras, “el ajuste del régimen de pensiones a la situación demográfica nacional, por ejemplo mediante el ajuste de la edad de jubilación efectiva a la esperanza de vida”. En España, el refuerzo de la sostenibilidad se ha llevado a cabo mediante la introducción de diversos factores de corrección, incorporados a la Ley 27/2011⁴⁰, que conforme a la Memoria Económica elaborada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, remitiéndose a los datos elaborados por el Ministerio de Economía y Hacienda, supondrá un ahorro de hasta 3,6 puntos de PIB en 2060.

Tabla 1: Ahorro del sistema de Seg. Social en puntos porcentuales del PIB.

	% s/ base reguladora	Base reguladora	Retraso edad de jubilación	Efecto del incremento del nivel del PIB	Factor de Sostenibilidad	TOTAL
2015	0,0	0,0	0,1	0,0	0,0	0,1
2020	0,0	0,1	0,2	0,0	0,0	0,3
2030	0,1	0,4	0,8	0,1	0,0	1,4
2040	0,3	0,8	1,0	0,2	0,5	2,8
2050	0,3	1,0	1,0	0,2	1,0	3,5
2060	0,3	1,0	0,9	0,2	1,2	3,6

³⁷ El título original del mismo es Acuerdo sobre consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, firmado el 20 de septiembre de 1996.

³⁸ El informe completo puede consultarse en el BOCG núm. 596 de 2 de octubre de 2003. La frase entrecorrida procede de la página 29.

³⁹ MTIN, *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, 2011, pág. 92.

⁴⁰ Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE de 2 de agosto de 2011 y corrección de errores en BOE de 5 de octubre del mismo año)

Fuente: MTIN⁴¹

Estas reformas no son, en todo caso, excluyentes del refuerzo de los restantes niveles de financiación de las pensiones, sino que deben complementarse. Es en este punto, precisamente, en el que entran las aportaciones que puedan realizarse por medio de distintas fuentes y que aseguren o faciliten el mantenimiento de rentas tras el cese de la actividad laboral.

El desarrollo en España de los sistemas complementarios de pensiones del segundo nivel es relativamente limitado. Según las estadísticas oficiales, en 2009 eran únicamente algo más de 2 millones los trabajadores cubiertos por planes de empleo frente a los 8,4 millones los cubiertos por planes individuales⁴². Ello se explica en cierta medida por la escasa incidencia en la negociación colectiva de la posibilidad de establecer planes de empleo⁴³, lo que sorprende dada la importancia creciente que tiene este asunto en el debate público. En los limitados casos⁴⁴ en los que se atiende a este asunto, los negociadores recogen bien premios de jubilación (generalmente anticipada), bien planes de pensiones como los señalados, o por último pólizas de seguro⁴⁵.

La limitada importancia de estas contribuciones al sistema de pensiones refuerza la necesidad de orientar la posible constitución de un Fondo de Capitalización hacia la cobertura de la jubilación en detrimento de otras contingencias. Sin embargo, es preciso analizar hasta qué punto podría ser eficaz, para lo que en el siguiente epígrafe se lleva a cabo un análisis del impacto que puede llegar a tener.

5.2. La cuantía de la contribución a favor de cada trabajador con el Fondo de Capitalización

La indefinición del modelo de Fondo de Capitalización que eventualmente podría llegar a aprobarse hace complicado el cálculo de la cuantía que puede llegar a suponer para un trabajador promedio. En todo caso, pueden hacerse algunas estimaciones basándonos en las diferentes propuestas y distintos niveles

⁴¹ MTIN, Memoria económica del Anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, MTIN, 2011, pág. 25.

⁴² DGSFP, *Planes y fondos de pensiones: Informe estadístico 2009*, Ministerio de Economía y Hacienda, pág. 30, en [//www.dgsfp.meh.es/PlanesFondos/Documentos](http://www.dgsfp.meh.es/PlanesFondos/Documentos)

⁴³ Puebla Pinilla, A. de la; Suárez Corujo, B.; Sande Pérez-Bedamar, M. de, “El coste económico de la protección social complementaria”, en *El contenido económico de la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pág. 244.

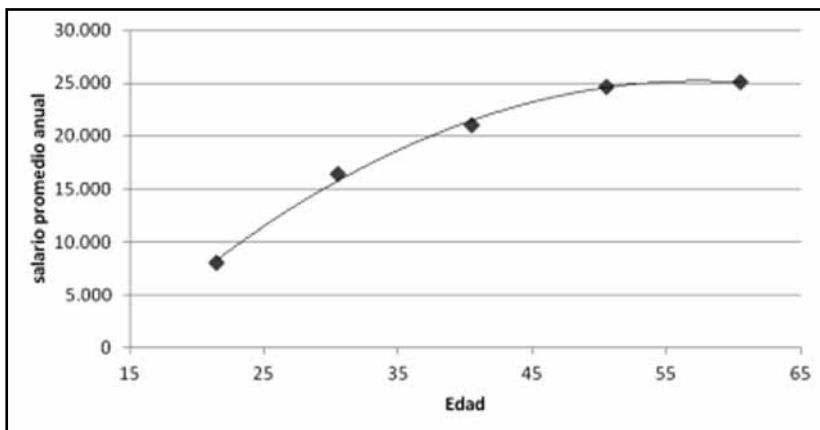
⁴⁴ Aragón Gómez, C., “El coste económico de la previsión social complementaria”, en *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Cinca, 2008, pág. 111. Es significativo que en los más de 150 convenios supraempresariales que analiza ese estudio sólo en uno se regule un plan de pensiones. En el nivel empresarial, sin ser común, es algo más frecuente la regulación de esta materia, generalmente mediante planes de aportación definida.

⁴⁵ *Ibid.*, pág. 109.

de rentabilidad de las cantidades aportadas.

El informe del Grupo de expertos plantea sus propuestas contando con una aportación del 1,5% de cotización a la Seguridad Social⁴⁶; la propuesta de V. Gómez, como ya se ha dicho, entre un 0,3 y un 0,5% y la de los economistas de FEDEA un coste del 3,26% sobre la reforma de 2010. Por simplificar el cálculo, y dado que es un ejercicio meramente hipotético, tomaremos únicamente la cifra más baja (0,3%) y la más elevada (3,26%). Realizando una aproximación a partir de los datos públicos de la Muestra Continua de Vidas Laborales de 2006, en el grupo de trabajadores más próximos a la edad de jubilación el tiempo medio cotizado es de 25,8 años, siendo más elevado para los hombres (29,9 años) que para las mujeres (18,3%). Dado que a medio plazo, conforme a la reciente Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, la edad de jubilación se retrasará progresivamente hasta los 67 años, y la tendencia a la igualación de la tasa de actividad de las mujeres (ha pasado del 30% al 53% desde 1976), parece aconsejable realizar una corrección al alza del tiempo con el que se retirarán los trabajadores cuando el modelo esté plenamente implantado. Por ello, se tomará como antigüedad media con contribuciones al jubilarse de 28 años. Como simplificación, se considerará una carrera laboral continua entre los años comprendidos entre los 29 y los 56.

Gráfico 6: Estimación de la evolución de los salarios con la edad



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos para 2009 de la serie “Mercado Laboral en las Fuentes Tributarias” de la Agencia Tributaria. Los rombos corresponden al dato observado para el grupo de edad, asignado al punto intermedio del intervalo correspondiente. La curva representa la estimación de salarios a partir de la cual se realiza la estimación.

En relación al nivel salarial, existen distintas fuentes: las Encuestas Trimestral y Anual de Coste Salarial y la serie de Mercado Laboral en las Fuentes Tri-

⁴⁶ González de Frutos, P. et AL., *Informe del grupo de expertos*, cit., pág. 38.

butarias. Aunque la Encuesta de Coste Laboral tiene datos más actualizados, la ventaja que presenta la última fuente nombrada es que permite desagregar por grupos de edades. De este modo, no es necesario hacer supuestos sobre cómo varían los salarios, sino que puede inferirse la senda que seguirán⁴⁷ (Gráfico 6).

Para evitar el problema de las variaciones de precios, se realiza el análisis con euros de 2011 (actualizando los salarios por el incremento salarial acumulado en la Encuesta Trimestral de Costes Laborales), de modo que las referencias a rentabilidad han de entenderse en términos reales, esto es, descontando la inflación.

Realizadas todas las estimaciones, y bajos los supuestos antes descritos, se llega a la Tabla 2, en la que se muestra la cantidad de la que dispondría el trabajador promedio (en euros de 2011):

Tabla 2: Resultados de la simulación de aplicación de un fondo de capitalización a un trabajador promedio

	Rentabilidad real obtenida ⁴⁸		
	-2%	0%	3%
Cotización del 0,3%	1.457,06 €	1.845,45 €	2.728,86 €
Cotización del 3,26%	15.833,43 €	20.053,84 €	29.653,63 €

Fuente: Elaboración propia a partir de diversas fuentes (ver texto)

Aunque el método de cálculo es aproximado, las cifras presentadas muestran la importancia de la cuantía de las aportaciones, que pueden llegar a dar diferencias muy notables en cuanto a la cantidad de la que disponga el trabajador a su jubilación. Por otra parte, para obtener cantidades que realmente tengan impacto como complemento de la pensión de jubilación a que el trabajador promedio (salario medio anual a lo largo de su vida, en euros de 2011, de 19.543,66€) tenga derecho, es necesario que la cotización sea relativamente elevada.

⁴⁷ Se toma la edad media de cada intervalo como referencia para la estimación de la curva.

⁴⁸ En el modelo austriaco se exige a las entidades que garanticen la devolución del 100% del capital aportado. Aplicando la misma regla, contando con una inflación promedio del 2%, la primera columna presenta la situación en que el fondo no consiga ninguna revalorización nominal, es decir, devuelva exactamente la suma de las aportaciones.

5.3. Notas finales sobre la implantación de un fondo de capitalización con incidencia sobre el sistema de pensiones

El conjunto de elementos antes señalados permiten llegar a la conclusión de que la implantación de un fondo que capitalice las indemnizaciones por despido puede tener un efecto muy positivo sobre el sistema complementario de pensiones, siempre que se den determinados requisitos.

En primer lugar, es necesario que se priorice la utilización del fondo para este fin, abandonando la idea de atender a otras finalidades como la formación o la movilidad geográfica. Ello no implica, desde luego, que estas no requieran una mejora, pues es evidente que son escasas en nuestro mercado de trabajo, sino que pueden encontrar financiación de otras fuentes más adecuadas. Así, la contingencia del despido únicamente debiera ser atendida cuando el trabajador careciera de una suficiente prestación por desempleo o se encontrara en otra situación de necesidad que justificara el cobro del fondo a su nombre.

Para asegurar los derechos de los trabajadores, la financiación de este fondo debería estar caracterizada por las notas de suficiencia y de seguridad. La primera de ellas debería conseguirse con una cotización adecuada a cargo del empresario (aunque puede permitirse la contribución adicional del trabajador para reforzar la función de garantía de rentas en la jubilación), compensada por la reducción de costes laborales que implicaría una menor indemnización por despido. Además, debe mantenerse desde la perspectiva fiscal su naturaleza indemnizatoria, aún cuando jurídicamente no responda ya a la decisión extintiva del empresario y el hipotético daño causado por ello⁴⁹. En consecuencia, en el momento de la jubilación no debe considerarse una renta sino una restauración del patrimonio, con lo que no debe tributar en el IRPF.

La seguridad del fondo debe entenderse en un doble sentido. Por una parte, toda cantidad aportada conforme a la ley debe ser inembargable y estar protegida de posibles insolvencias. Para ello, debe atribuirse el depósito y gestión a una entidad con plena independencia jurídica y económica de la empresa aportante. Al mismo tiempo, las entidades gestoras de los Fondos deberían estar debidamente supervisadas por los poderes públicos y las cantidades gestionadas garantizadas por un Fondo de Garantía al que todas ellas debieran contribuir, similar a los existentes en el sector del Seguro Privado o los Depósitos Bancarios.

La segunda faceta de la seguridad debe ser la relativa a la rentabilidad de las cantidades aportadas. Las simulaciones presentadas en este trabajo ponen de manifiesto la diferencia de la obtención de un tipo de interés real elevado o

⁴⁹ En realidad, la naturaleza jurídica de las cantidades que aportara el empresario no deberían cambiar, pues si el sistema se diseña correctamente abonará exactamente lo mismo. La diferencia está en el lado del trabajador, que en lugar de percibir una cantidad en caso de despido obtendrá el valor esperado a priori en toda relación laboral de esa indemnización.

reducido, pero la búsqueda de altas rentabilidades no puede suponer la puesta en riesgo de las cantidades aportadas. Por ello debe buscarse un adecuado equilibrio entre una y otra variable.

En definitiva, la puesta en marcha de un Fondo de Capitalización puede tener efectos muy positivos sobre distintas facetas de las relaciones laborales, pero deben tenerse en cuenta las diversas implicaciones que se derivan de la misma. Además, la profundidad de las modificaciones normativas que requiera permite anticipar la existencia de fuertes resistencias, tanto desde la representación de los trabajadores como de las organizaciones empresariales.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAM, G., *2002 Annual Review for Austria*, EIRO, 2003, accedido en <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/01/feature/at0301204f.htm>.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, *Temas Laborales*, nº 99, 2009, pág 259.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., “El coste económico de la previsión social complementaria”, en *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Cinca, 2008, págs. 103-125.
- BAWAG ALLIANZ VORSORGEKASSE AG, *New Severance Pay Rules in Austria (Abfertigung NEU)*, 2004, accedido en <http://bit.ly/DVRE3>.
- COMISIÓN EUROPEA, *Los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único. Libro verde*, Bruselas, 1997.
- CONDE-RUIZ, J. I.; FELGUEROSO, F.; GARCÍA-PÉREZ, J. I., “El fondo de capitalización a la austriaca: costes y beneficios de su implantación en España”, *Fedea. Estudios Económicos*, nº 6-2011, 2011.
- CONDE-RUIZ, J. I.; FELGUEROSO, F.; GARCÍA-PÉREZ, J. I., “Reforma Laboral 2010: Una primera evaluación y propuestas de mejora”, *Fedea. Estudios Económicos*, nº 1-2011, 2011.
- DESDENTADO BONETE, A., “La reforma del despido en La Ley 35/2010”, en Ignacio Garcia-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (eds.) *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, 2010.
- DGSEFP, *Planes y fondos de pensiones: Informe estadístico 2009*, Ministerio de Economía y Hacienda, accedido en <http://www.dgsfp.meh.es/PlanesFondos/Documentos/Informe%20Estadistico%20Planes%20y%20Fondos%202009.pdf>.

- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “El abono de parte de la indemnización por despido por el FOGASA y regulación de los fondos de capitalización”, en Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina (eds.) *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, 2010.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “Lógica de alcance de la indemnización por despido improcedente”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, nº 333, 2010, págs 5-58.
- GÓMEZ, V., “¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austriaco?”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, nº 12, 2010, págs 135-141.
- GONZÁLEZ DE FRUTOS, P.; LÓPEZ GANDÍA, J.; NADAL BELDA, A.; PÉREZ INFANTE, J. I.; RODRÍGUEZ VERA, E.; RUESGA BENITO, S. M., *Informe del Grupo de Expertos sobre el Fondo de Capitalización para los trabajadores*, MTIN, 2011, accedido en http://www.tt.mtin.es/periodico/laboral/201109/Infor_grupo_expert_%20F_Capit_trab.pdf.
- HOFER, H., “The Severance Pay Reform in Austria («Abfertigung Neu»)”, *CESifo DICE Report*, vol. 5, nº 4, 2007, págs 41–48.
- KLEC, G., “Flexicurity and the reform of the Austrian severance-pay system”, *ETUI-REHS, European Economic and Employment Policy Brief*, vol. 4, 2007.
- KOMAN, R.; SCHUH, U.; WEBER, A., “The Austrian Severance Pay Reform: Toward a Funded Pension Pillar”, *Empirica*, vol. 32, nº 3, 2005, págs 255–274.
- MTIN, *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, 2011.
- MTIN, *Memoria económica del Anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*, MTIN, 2011.
- PUEBLA PINILLA, A. DE LA; SUÁREZ CORUJO, B.; SANDE PÉREZ-BEDAMAR, M. DE, “El coste económico de la protección social complementaria”, en Jesús R. Mercader Uguina (dir.) *El contenido económico de la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.

LA NUEVA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

Profesor Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad a Distancia de Madrid

EXTRACTO

Palabras clave: Prestación económica, menores, cáncer, enfermedad grave

El presente estudio aborda un estudio sistemático de la nueva acción protectora de la Seguridad Social, dispuesta en el artículo 38 c) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y regulada 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. Prestación económica que es interesante analizar partiendo desde su definición, aplicación, situación protegida, beneficiarios, periodos mínimos de cotización, prestación económica, nacimiento, duración, suspensión y extinción del subsidio, gestión y pago de la prestación económica, procedimiento para el reconocimiento del derecho, entrada en vigor y efectos, modificaciones reglamentarias y terminando con la utilización de un lenguaje no sexista que el Real Decreto maneja.

ABSTRACT

Keywords: economic benefit, children, cancer, serious illness

This study addresses a systematic study of the protective action of the new Social Security, provided for in Article 38 c) of Royal Decree 1 / 1994 of 20 June, approving the Revised General Act Social Security, and regulated in Royal Decree 1148/2011 of 29 July, for implementation and development in the Social Security system, the economic benefit for care of children affected by cancer or another serious illness. A feature that is interesting to analyze starting from its definition, application, protected status, beneficiaries, minimum periods of contribution, financial benefit, birth, duration, suspension and termination of the subsidy, management and economic benefit payment, procedure for the recognition of law, entry into force and effect, regulatory changes and ending with the use of inclusive language that the Royal Decree driving.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. DEFINICIÓN
3. APLICACIÓN
4. SITUACIÓN PROTEGIDA
5. BENEFICIARIOS
 - 5.1. Principio general
 - 5.2. Separación judicial
 - 5.3. Pluriactividad
 - 5.4. Pluriempleo
 - 5.5. Tiempo parcial
 - 5.6. Requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas a efecto de las prestaciones
6. PERÍODOS MÍNIMOS DE COTIZACIÓN
7. PRESTACIÓN ECONÓMICA
8. NACIMIENTO, DURACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL SUBSIDIO
9. GESTIÓN Y PAGO DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA
10. PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO
11. ENTRADA EN VIGOR Y EFECTOS
12. MODIFICACIONES REGLAMENTARIAS
13. UTILIZACIÓN DE UN LENGUAJE NO SEXISTA

1. INTRODUCCIÓN

La disposición final vigésima primera. uno de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (LPGE)¹, modifica la letra c), apartado 1, del artículo 38 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)², al incluir el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave como nueva acción protectora del sistema de la Seguridad Social. Primeramente, la Ley no hacía referencia a este tipo de acción protectora, dado que su anterior reforma, la Disp. Adic. 18ª Uno de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH)³, no se hacía eco de esta nueva prestación económica. Por tanto, constituye una novedad en la legislación española, puesto que conseguir la conciliación laboral y familiar es uno de los objetivos para conseguir una plasmación real de la igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral⁴.

¹ BOE núm. 311, de 23 de diciembre de 2010.

² BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994.

³ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

⁴ La conciliación constituye «una exigencia del sistema económico, de las mujeres para suprimir un importante obstáculo para el acceso y la promoción en el empleo, y para las propias familias, al favorecer que se atiendan adecuadamente las responsabilidades familiares y que se obtengan rentas que resultan indispensables para asegurar su bienestar. Además, se trata de corregir el declive del matrimonio y de la natalidad provocado en alguna medida por esas dificultades en compatibilizar trabajo y cuidado de la familia». Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Seguridad Social, maternidad y familia”, *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2000, pág. 9.

Hay que resaltar que en España se diagnostican, aproximadamente mil trescientos niños y adolescentes (0-18 años) al año con cáncer. Una enfermedad que puede curarse en el sesenta y ocho por ciento de los casos, pero que afecta gravemente la vida del niño y de su entorno familiar y social. Bajo este contexto, es necesario reconocer a los padres y las madres a cuyo cargo hay menores que sufren enfermedades graves el que puedan disponer de una reducción de jornada que cuente con la protección de una prestación económica de la Seguridad Social⁵.

En este sentido, la disposición final vigésima primera. dos de la LPGE, añade un nuevo capítulo (IV sexies) a la LGSS titulado «Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave», conformado únicamente por el artículo 135 quáter «Situación protegida y prestación económica» que dispone lo siguiente⁶:

«Se reconocerá una prestación económica a los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, en aquellos casos en que ambos trabajen, para el cuidado del menor/es que estén a su cargo y se encuentren afectados por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Reglamentariamente se determinarán las enfermedades consideradas graves, a efectos del reconocimiento de esta prestación económica.

Será requisito indispensable que el beneficiario reduzca su jornada de trabajo, al menos, en un 50 por 100 de su duración, a fin de que se dedique al cuidado directo, continuo y permanente, del menor.

Para el acceso al derecho a esta prestación se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad contributiva.

La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo.

Esta prestación se extinguirá cuando, previo informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspon-

⁵ FUNDACIÓN MUJER, FAMILIA Y TRABAJO, *Estudio sobre el cuidado de menores con enfermedad grave: una propuesta normativa*, 2010.

⁶ Vid. Panizo Robles, J., "La Seguridad Social al inicio de 2011 (Comentarios a la Ley 39/2010, de presupuestos generales del Estado para 2011 y otras disposiciones legales de reciente promulgación)", *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, núm. 335, 2011, págs. 5-128.

diente, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente, del hijo o del menor acogido por parte del beneficiario, o cuando el menor cumpla los 18 años.

Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos.

La gestión y el pago de la prestación económica corresponderá a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, a la Entidad Gestora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

Las previsiones contenidas en este artículo no serán aplicables a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el artículo 49.e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y la normativa que lo desarrolle»⁷.

A estos efectos, según se desprende de la dicción del anterior precepto se promulga 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 (RD 1148/2011)⁸, que establece, por una parte, el listado de las enfermedades consideradas graves a efectos del reconocimiento de la prestación, en anexo, y, por otra, desarrolla las cuestiones referidas al régimen jurídico de la prestación que afectan, entre otras, a la situación concretamente protegida, a las personas beneficiarias, a la concreción de la reducción de jornada, a las condiciones de acceso al derecho, a la cuantía y duración del subsidio, a la dinámica del derecho y a la gestión y el procedimiento. De manera que la prestación, como novedad, pueda ser gestionada por la entidad gestora o por una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, con las máximas garantías de eficacia y seguridad jurídicas. Asimismo, regula los términos y condiciones en que la prestación debe aplicarse a las personas trabajadoras por cuenta propia de los Regímenes Especiales, conforme a lo establecido en el apartado 4 de la disposición adicional octava de la LGSS.

El RD 1148/2011 se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.17.^a de la Constitución Española⁹, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de régimen económico de la Seguridad Social. Por tanto, según el Informe de la Dirección General de Desarrollo Autonómico del Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, de 7 de abril de 2011, la norma

⁷ El último párrafo es añadido por la disposición final séptima. dos de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE núm. 184, 2 de agosto de 2011).

⁸ BOE núm. 182, de 30 de julio de 2011.

⁹ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

no plantea problemas desde la perspectiva de la distribución constitucional de competencias. En los mismos términos, el Dictamen núm. 1248/2011 del Consejo de Estado acerca del Decreto que crea una prestación económica para los familiares que cuiden menores afectados por cáncer y otras enfermedades, núm. 1248/2011 lo avala¹⁰. En este sentido, el Real Decreto se estructura de nueve artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria, seis disposiciones finales y un anexo sobre el listado de enfermedades graves. Por tanto, el presente trabajo tiene como finalidad, según la estructura que aquel Real Decreto contiene, analizar la nueva acción protectora de la Seguridad Social: Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

2. DEFINICIÓN

La LPGE amplía la acción protectora de la Seguridad Social, al incorporar al ordenamiento jurídico de la protección social una prestación económica destinada a los progenitores, adoptantes o acogedores que reducen su jornada de trabajo para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. En este sentido, se entiende por acción protectora la forma en que se organizan los mecanismos específicos de cobertura y se definen las necesidades sociales protegidas en el sistema de Seguridad Social¹¹.

El artículo 2 de la LGSS dispone que el sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad¹², unidad, solidaridad e igualdad. Bajo este contexto, el RD 1148/2011 establece que dicha prestación, tendrá naturaleza de subsidio. Por consiguiente, no se considera como una pensión propiamente, sino como un subsidio, dado su naturaleza temporal. El término subsidio deviene del latín *subsidiūm*. La Real Academia Española lo define como la prestación pública asistencial de carácter económico y de duración determinada¹³.

Por consiguiente, aquel subsidio tendrá por objeto compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, producida por la necesidad

¹⁰ *Vid.* Dictamen del Consejo de Estado acerca del Decreto que crea una prestación económica para los familiares que cuiden menores afectados por cáncer y otras enfermedades, núm. 1248/2011.

¹¹ De La Villa Gil, L. y Desdentado Bonete, A., *Manual de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1971, págs. 309-346.

¹² El Tribunal Constitucional en referencia al principio de universalidad ha señalado, con relación al artículo 41 de la Constitución Española, que aquel precepto «hace un diseño de la Seguridad Social con vocación universalista en el área de la protección básica [...] (por lo que) ha de garantizar unas prestaciones sociales ante una situación de necesidad» (STC 3/1993, de 14 de enero).

¹³ www.rae.es

de cuidar de forma directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. Dicha prestación pública asistencial, por tanto, vendrá predeterminada por la reducción efectiva de la jornada laboral y por las circunstancias en que ésta se lleva a cabo por las personas trabajadoras, dado que aquellas son las únicas capacitadas para decidir cuál es el periodo más adecuado para poder llevar a cabo las obligaciones derivadas de la guarda y custodia¹⁴.

3. APLICACIÓN

El subsidio será de aplicación a todos los regímenes del sistema de la Seguridad Social, sin más particularidades que las que expresamente se indican en el RD 1148/2011. Con la salvedad que no será de aplicación al personal funcionario incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)¹⁵, que se regirá por lo previsto en el artículo 49.e) de dicha Ley¹⁶. En este sentido, según el Informe de la Dirección General de Desarrollo Autonómico del Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, de 7 de abril de 2011, la norma no afecta a la valoración positiva desde el punto de vista competencial¹⁷.

Dicho en otros términos, se concederá un permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave al personal funcionario, siempre que ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter pre-adoptivo o permanente trabajen, a una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquella. Dicho personal solicitante percibirá las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad afectado por cáncer, o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente acreditado por el informe del servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma o, en su caso, de la entidad sanitaria concertada correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años. En este sentido, el legislador señala taxativamente como cáncer a los tumores malignos, melanomas o carcinomas.

¹⁴ STSJ de la Comunidad Valencia, de 27 de septiembre de 2000.

¹⁵ BOE núm. 89, de 13 de abril de 2007.

¹⁶ Redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad.

¹⁷ *Vid.* Dictamen del Consejo de Estado acerca del Decreto que crea una prestación económica para los familiares que cuiden menores afectados por cáncer y otras enfermedades, núm. 1248/2011.

En el supuesto que concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, por el mismo sujeto y hecho causante, las circunstancias necesarias para tener derecho a este permiso o, en su caso, puedan tener la condición de beneficiarios de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que les sea de aplicación, el personal funcionario tendrá derecho a la percepción de las retribuciones íntegras durante el tiempo que dure la reducción de su jornada de trabajo, siempre que el otro progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, sin perjuicio del derecho a la reducción de jornada que le corresponda, no cobre sus retribuciones íntegras en virtud de este permiso o como beneficiario de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que le sea de aplicación.

En caso contrario, solo se tendrá derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones. En el supuesto de que ambos presten servicios en el mismo órgano o entidad, ésta podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas en el correcto funcionamiento del servicio. De igual manera, el permiso se regirá por el resto de normas de Función Pública que se dicten en desarrollo de la misma, en el que se tendrán en cuenta, en su caso, las promulgadas por las propias Comunidades Autónomas en sus respectivos Boletines Oficiales.

La anterior diferenciación se ha dado, a consecuencia del Informe del Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, de 13 de mayo de 2001. En vista que el EBEP señala «permiso retribuido» y el RD 1148/2001 dispone «prestación económica». Bajo este contexto, el Consejo de Estado señala que cada una de ellas debe tener un desarrollo reglamentario independiente; con ello se evitarían eventuales disfunciones que podrían originarse en el ámbito de la función pública, entre las personas funcionarias del régimen general y aquellas otras pertenecientes en los regímenes especiales¹⁸.

4. SITUACIÓN PROTEGIDA

El RD 1148/2011 considerará situación protegida la reducción de la jornada de trabajo que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 37.5 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹⁹, lleven

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995. En este sentido, el artículo 180.3 de la LGSS, según la redacción dada por la LOIMH, dispone que «las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, 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, a efectos de las prestaciones señaladas en el apartado 1. Dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer año en el resto de supuestos de reducción de jornada contemplados en el mencionado artículo».

a cabo las personas progenitoras, adoptantes y acogedoras de carácter familiar preadoptivo o permanente, cuando ambas trabajen, para el cuidado del menor a su cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave incluida en el listado que figura en el anexo del Real Decreto, que podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen²⁰.

El cáncer o la enfermedad grave que padezca el menor deberá implicar un ingreso hospitalario de larga duración que requiera su cuidado directo, continuo y permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. La Real Academia Española define cáncer, por un lado, como aquella enfermedad neoplásica con transformación de las células, que proliferan de manera anormal e incontrolada. Por otro, como tumor maligno²¹. Asimismo, define enfermedad como la alteración más o menos grave de la salud, y grave como enfermo de cuidado²². No obstante, el RD 1148/2011 considera como enfermedades graves todas aquellas incluidas en el listado que figura en su anexo. Asimismo, define ingreso hospitalario de larga duración como la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave.

Bajo este contexto, el anexo del RD 1148/2011 recoge el listado de enfermedades graves a través de dieciséis títulos genéricos, que agrupa, a su vez, a ciento nueve padecimientos específicos reseñados en la Tabla 1. Hay que resaltar que el legislador no hace mención alguna a su significado, y solo se limita a reseñarlos.

Tabla 1

LISTADO DE ENFERMEDADES GRAVES	
I. ONCOLOGÍA	II. HEMATOLOGÍA
1. Leucemia linfoblástica aguda. 2. Leucemia aguda no linfoblástica. 3. Linfoma no Hodgkin. 4. Enfermedad de Hodgkin. 5. Tumores del Sistema Nervioso Central. 6. Retinoblastomas. 7. Tumores renales. 8. Tumores hepáticos. 9. Tumores óseos. 10. Sarcomas de tejidos blandos. 11. Tumores de células germinales. 12. Otras neoplasias graves.	13. Aplasia medular grave (constitucional o adquirida). 14. Neutropenias constitucionales graves. 15. Hemoglobinopatías constitucionales graves.

²⁰ Redacción dada por la disposición adicional décimo. cinco primera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres al párrafo primero del apartado 5 del artículo 37 del ET.

²¹ www.rae.es

²² *Idem.*

III. ERRORES INNATOS DEL METABOLISMO	IV. ALERGIA E INMUNOLOGÍA
<p>16. Desórdenes de aminoácidos (fenilcetonuria, tirosinemia, enfermedad de la urina con olor a jarabe de arce, homocistinuria y otros desórdenes graves).</p> <p>17. Desórdenes del ciclo de la urea (OTC).</p> <p>18. Desórdenes de los ácidos orgánicos.</p> <p>19. Desórdenes de carbohidratos (glucogenosis, galactosemia, intolerancia hereditaria a la fructosa y otros desórdenes graves).</p> <p>20. Alteraciones glicosilación proteica.</p> <p>21. Enfermedades lisosomiales (mucopolisacaridosis, oligosacaridosis, esfingolipidosis y otras enfermedades graves).</p> <p>22. Enfermedades de los peroxisomas (Síndrome de Zellweger, condrodisplasia punctata, adenoleucodistrofia ligada a X, enfermedad de Refsum y otros desórdenes graves).</p> <p>23. Enfermedades mitocondriales: por defecto de oxidación de los ácidos grasos y de transporte de carnitina, por alteración del DNA mitocondrial, por mutación del DNA nuclear.</p>	<p>24. Alergias alimentarias graves sometidas a inducción de tolerancia oral.</p> <p>25. Asma bronquial grave.</p> <p>26. Inmunodeficiencias primarias por defecto de producción de anticuerpos.</p> <p>27. Inmunodeficiencias primarias por defecto de linfocitos T.</p> <p>28. Inmunodeficiencias por defecto de fagocitos.</p> <p>29. Otras inmunodeficiencias: a) Síndrome de Wiscott-Aldrich, b) Defectos de reparación del ADN (Ataxia-telangiectasia), c) Síndrome de Di George, d) Síndrome de HiperIgE, e) Síndrome de IPEX, f) f. Otras inmunodeficiencias bien definidas.</p> <p>30. Síndromes de disregulación inmune y linfoproliferación.</p>
V. PSIQUIATRÍA	VI. NEUROLOGÍA
<p>31. Trastornos de la conducta alimentaria.</p> <p>32. Trastorno de conducta grave.</p> <p>33. Trastorno depresivo mayor.</p> <p>34. Trastorno psicótico.</p> <p>35. Trastorno esquizoafectivo.</p>	<p>36. Malformaciones congénitas del Sistema Nervioso Central.</p> <p>37. Traumatismo craneoencefálico severo.</p> <p>38. Lesión medular severa.</p> <p>39. Epilepsias: a) Síndrome de West, b) Síndrome de Dravet, c) c. Síndrome de Lennox-Gastaut, d) Epilepsia secundaria a malformación o lesión cerebral, e) Síndrome de Rasmussen, f) Encefalopatías epilépticas, g) Epilepsia secundaria a enfermedades metabólicas, h) Otras epilepsias bien definidas.</p> <p>40. Enfermedades autoinmunes: a) Esclerosis múltiple, b) Encefalomielitis aguda diseminada, c) Guillain-Barré, d) Polineuropatía crónica desmielinizante, e) Encefalitis límbica, f) Otras enfermedades autoinmunes bien definidas.</p> <p>41. Enfermedades neuromusculares: a) Atrofia muscular espinal infantil, b) Enfermedad de Duchenne, c) Otras enfermedades neuromusculares bien definidas.</p> <p>42. Infecciones y parasitosis del Sistema Nervioso Central (meningitis, encefalitis, parásitos y otras infecciones).</p> <p>43. Accidente cerebrovascular.</p> <p>44. Parálisis cerebral infantil.</p> <p>45. Narcolepsia-cataplejía.</p>
VII. CARDIOLOGÍA	VIII. APARATO RESPIRATORIO
<p>46. Cardiopatías congénitas con disfunción ventricular.</p> <p>47. Cardiopatías congénitas con hipertensión pulmonar.</p> <p>48. Otras cardiopatías congénitas graves.</p> <p>49. Miocardiopatías con disfunción ventricular o arritmias graves.</p> <p>50. Cardiopatías con disfunción cardíaca y clase funcional III-IV.</p> <p>51. Trasplante cardíaco.</p>	<p>52. Fibrosis quística.</p> <p>53. Neumopatías intersticiales.</p> <p>54. Displasia broncopulmonar.</p> <p>55. Hipertensión pulmonar.</p> <p>56. Bronquiectasias.</p> <p>57. Enfermedades respiratorias de origen inmunológico: a) Proteinosis alveolar, b) Hemosiderosis pulmonar, c) Sarcoidosis, d) Colagenopatías.</p> <p>58. Trasplante de pulmón.</p> <p>59. Otras enfermedades respiratorias graves.</p>

IX. APARATO DIGESTIVO	X. NEFROLOGÍA
60. Resección intestinal amplia. 61. Síndrome de dismotilidad intestinal grave (Pseudo-obstrucción intestinal). 62. Diarreas congénitas graves. 63. Trasplante intestinal. 64. Hepatopatía grave. 65. Trasplante hepático. 66. Otras enfermedades graves del aparato digestivo.	67. Enfermedad renal crónica terminal en tratamiento sustitutivo. 68. Trasplante renal. 69. Enfermedad renal crónica en el primer año de vida. 70. Síndrome nefrótico del primer año de vida. 71. Síndrome nefrótico corticorresistente y corticodependiente. 72. Tubulopatías de evolución grave. 73. Síndrome de Barter. 74. Cistinosis. 75. Acidosis tubular renal. 76. Enfermedad de Dent. 77. Síndrome de Lowe. 78. Hipomagnesemia con hipercalciuria y nefrocalcinosis. 79. Malformaciones nefrourológicas complejas. 80. Síndromes polimalformativos con afectación renal. 81. Vejiga neurógena. 82. Defectos congénitos del tubo neural. 83. Otras enfermedades nefrourológicas graves.
XI. REUMATOLOGÍA	XII. CIRUGÍA
84. Artritis idiopática juvenil (AIJ). 85. Lupus eritematoso sistémico. 86. Dermatomiositis juvenil. 87. Enfermedad mixta del tejido conectivo. 88. Esclerodermia sistémica. 89. Enfermedades autoinflamatorias (Fiebre Mediterránea Familiar, Amiloidosis y otras enfermedades autoinflamatorias graves). 90. Otras enfermedades reumatológicas graves.	91. Cirugía de cabeza y cuello: hidrocefalia/válvulas de derivación, mielomeningocele, craneostenosis, labio y paladar hendido, reconstrucción de deformidades craneofaciales complejas, etc. 92. Cirugía del tórax: deformidades torácicas, hernia diafragmática congénita, malformaciones pulmonares, etc. 93. Cirugía del aparato digestivo: atresia esofágica, cirugía anti-reflujo, defectos de pared abdominal, malformaciones intestinales (atresia, vólvulo, duplicaciones), obstrucción intestinal, enterocolitis necrotizante, cirugía de la enfermedad inflamatoria intestinal, fallo intestinal, Hirschprung, malformaciones anorrectales, atresia vías biliares, hipertensión portal, etc. 94. Cirugía nefro-urológica: malformaciones renales y de vías urinarias. 95. Cirugía del politraumatizado. 96. Cirugía de las quemaduras graves. 97. Cirugía de los gemelos siameses. 98. Cirugía ortopédica: cirugía de las displasias esqueléticas, escoliosis, displasia del desarrollo de la cadera, cirugía de la parálisis cerebral, enfermedades neuromusculares y espina bifida, infecciones esqueléticas y otras cirugías ortopédicas complejas. 99. Cirugía de otros trasplantes: válvulas cardíacas, trasplantes óseos, trasplantes múltiples de diferentes aparatos, etc.
XIII. CUIDADOS PALIATIVOS	XIV. NEONATOLOGÍA
100. Cuidados paliativos en cualquier paciente en fase final de su enfermedad.	101. Grandes prematuros, nacidos antes de las 32 semanas de gestación o con un peso inferior a 1.500 gramos y prematuros que requieran ingresos prolongados por complicaciones secundarias a la prematuridad.
XV. ENFERMEDADES INFECCIOSAS	XVI. ENDOCRINOLOGÍA
102. Infección por VIH. 103. Tuberculosis. 104. Neumonías complicadas. 105. Osteomielitis y artritis sépticas. 106. Endocarditis. 107. Pielonefritis complicadas. 108. Sepsis.	109. Diabetes Mellitus tipo I.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del 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.

No obstante, el Ministro de Trabajo e Inmigración podrá acordar, mediante orden ministerial, la incorporación de nuevas enfermedades al listado de enfermedades consideradas graves, cuando, previos los estudios e informes correspondientes, se trate de enfermedades graves que requieran el cuidado directo, continuo y permanente del menor por los progenitores, adoptantes o acogedores, durante su ingreso hospitalario, de larga duración, y tratamiento continuado de la enfermedad. De momento, es prematuro determinar qué otras enfermedades podrán entrar en aquel listado, habrá que esperar los datos que los estudios o informes pertinentes se realicen al efecto.

La acreditación de que el menor padece un cáncer u otra enfermedad grave, así como la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente de éste durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad se efectuará, incluso en aquellos supuestos en que la atención y diagnóstico del cáncer o enfermedad grave se haya llevado a cabo por servicios médicos privados, mediante declaración cumplimentada por el facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la atención del menor. En este sentido, se exigirá que la declaración sea cumplimentada, además, por el médico del centro responsable de la atención del menor²³.

En el ámbito jurídico se considerarán equiparables, por una parte, a la adopción y al acogimiento familiar preadoptivo²⁴ y permanente a aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento familiar preadoptivo y permanente, cualesquiera que sea su denominación²⁵. Los instrumentos extranjeros para que puedan tener eficacia en territorio español deberán estar legalizados; por tanto, su legalización es indispensable para que puedan surtir sus efectos en España. Dicho en otros términos, se debe comprobar y certificar la autenticidad del documento o de la

²³ El Consejo de Estado en el Dictamen acerca del Decreto que crea una prestación económica para los familiares que cuiden menores afectados por cáncer y otras enfermedades, núm. 1248/2011, echa de menos la falta de participación de las Comunidades Autónomas en la tramitación del Proyecto del Decreto. Por lo que hubiera sido positivo que los Entes Públicos Territoriales, en el marco del principio de colaboración que debe presidir las relaciones entre las Administraciones Públicas, hubieran sido informadas del proceso de elaboración de la norma en el marco de la Conferencia Sectorial.

²⁴ Atendiendo a la forma de constitución, véase Caparrós Civera y Jiménez-Aybar, *El acogimiento familiar. Aspectos jurídicos y sociales*, Ediciones Rialp, Madrid, 2001, págs. 77 y 78.

²⁵ *Vid.* Fernández Del Valle, J., Bravo Arteaga, A. y López, M., "El acogimiento familiar en España: implantación y retos actuales", *Papeles del Psicólogo: Revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, Vol. 30, núm. 1, 2009, págs. 33-41. Amorós Martí, P. y Palacios, J., *Acogimiento familiar*, Alianza Editorial, Madrid, 2004. Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2000, págs. 315-318.

firma; es decir, darle estado legal al documento²⁶. Salvo que exista Convenio, Tratado o Acuerdo internacional que exima de su legalización, la misma se hará conforme a uno de los dos procedimientos siguientes dependiendo del país que expida el documento:

- a) Apostilla de La Haya²⁷. De acuerdo con el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, la única formalidad que se exige para los documentos procedentes de los Estados parte²⁸ de dicho Convenio es el sello de La Apostilla que coloca la autoridad competente del Estado del que dimana el documento y surte efectos directamente ante cualquier autoridad en España²⁹.
- b) La vía diplomática. Es el procedimiento a utilizar para la legalización de los documentos extranjeros de Registro Civil, Notariales y Administrativos expedidos en países no firmantes del Convenio de La Haya.

El legislador, en este sentido, ha sido muy cauto al señalar, a su vez, las figura que no se considerarán equiparables al acogimiento familiar preadoptivo y permanente, diferentes a las anteriormente indicadas. A tal efecto, no se considerará como tales la constitución de tutela sobre el menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor³⁰. En este sentido, el Código Civil³¹ dispone, en relación a la adopción, que no podrá adoptarse a un descendiente, a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad y a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

²⁶ Definición dada por la Real Academia Española al término legalizar. www.rae.es

²⁷ El Convenio suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros expedidos en los países signatarios de dicho Convenio (BOE. núm. 229, de 25 de septiembre de 1978, núm. 248, de 17 de octubre de 1978 y núm. 226, de 20 de septiembre de 1984).

²⁸ Los Estados parte del Convenio de la Haya son: Albania, Alemania, Andorra, Antigua y Barbuda, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiján, Bahamas, Barbados, Bélgica, Belice, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brunei, Bulgaria, China (Hong Kong), China (Macau), Chipre, Colombia, Corea del Sur, Croacia, Dinamarca, Dominica, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Fiji, Finlandia, Francia, Georgia, Granada, Grecia, Holanda, Honduras, Hungría, India, Irlanda, Islandia, Islas Cook, Islas Marshall, Israel, Italia, Japón, Kazajstán, Latvia, Lesoto, Liberia, Lichtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malawi, Malta, Mauricio, México, Moldova, Mónaco, Namibia, Noruega, Nueva Zelanda, Niue, Panamá, Polonia, Portugal, Reino Unido (U.K.), República Checa, Rumania, Rusia, Samoa, San Kitts, San Marino, San Vicente, Santa Lucía, Serbia y Montenegro, Seychelles, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Surinam, Swazilandia, Tonga, Trinidad y Tobago, Turquía, Ucrania, Venezuela.

²⁹ Vid. Zabalo Escudero, M., "Entrada en vigor para España del Convenio de la Haya de 1996 relativo a la responsabilidad parental y medidas de protección de los niños", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 26, 2011, págs. 255-259.

³⁰ Vid. Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2000, págs. 319-325.

³¹ Gaceta de 25 de julio de 1889.

En el supuesto que haya recaída del menor por el cáncer o la misma enfermedad grave no será necesario que exista un nuevo ingreso hospitalario³², siempre que en la recaída de la enfermedad se acredite, a través de una nueva declaración médica, la necesidad, tras el diagnóstico y hospitalización, de la continuación del tratamiento médico. Así como del cuidado directo, continuado y permanente del menor por el progenitor, adoptante o acogedor.

Las personas trabajadoras por cuenta propia y asimiladas incluidas en los distintos regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social y en el de las personas trabajadoras de carácter discontinuo incluidas en el Régimen Especial de los Empleados de Hogar, se considera situación protegida los periodos de cese parcial en la actividad, para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

5. BENEFICIARIOS

5.1. Principio general

Las personas beneficiarias del subsidio serán las personas trabajadoras, por cuenta ajena y por cuenta propia y asimiladas cualquiera que sea su sexo, que reduzcan su jornada de trabajo en, al menos, un cincuenta por cien de su duración, siempre que reúnan la condición general de estar afiliadas y en alta en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso. El subsidio se reconocerá en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo que disfruten las personas trabajadoras.

Para la percepción del subsidio, el porcentaje de reducción de jornada se entenderá referido a una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computará sin tener en cuenta otras reducciones de jornada que, en su caso, disfruten las personas trabajadoras por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra circunstancia. En el supuesto de las personas trabajadoras por cuenta propia y asimiladas, y de las personas empleadas de hogar de carácter discontinuo los porcentajes señalados se deberán entender a los referidos a una jornada de cuarenta horas semanales.

³² El Consejo de Estado en su Dictamen considera que la expresión «recaída del menor» se refiere a los supuestos en que las graves dolencias pasen por diferentes fases de desarrollo y virulencia, por lo que hay que exigir la declaración médica *ad hoc* que constátate dicha circunstancia. Dictamen del Consejo de Estado acerca del Decreto que crea una prestación económica para los familiares que cuiden menores afectados por cáncer y otras enfermedades, núm. 1248/2011.

Dentro de cada unidad familiar, ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras deberán acreditar que se encuentran afiliadas y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social o solo una de ellas, si la otra, en razón del ejercicio de su actividad profesional, está incorporada obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional. La exigencia requerida de estar afiliado y en alta se entenderá cumplido en los supuestos en que la persona progenitora, adoptante o acogedora del menor, que no sea beneficiaria de la prestación, tenga suscrito un Convenio Especial en el sistema de la Seguridad Social por realizar su actividad laboral en un país con el que no exista instrumento internacional de Seguridad Social.

En este sentido, por ejemplo, la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social³³, y Orden TAS/819/2004, de 12 de marzo, por la que se modifican los artículos 6, 14, 15, 22 y 23 y la disposición transitoria de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social³⁴. La primera Orden tiene como objeto la cotización al Régimen de la misma en cuyo ámbito se suscriba el convenio y la cobertura de las situaciones derivadas de contingencias comunes mediante el otorgamiento de las prestaciones a que se extienda la acción protectora de dicho Régimen de la Seguridad Social por tales contingencias, de la que quedan excluidas las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo y los subsidios correspondientes a las mismas. Asimismo, quedarán exceptuadas la cotización y la protección por desempleo, formación profesional y Fondo de Garantía Salarial. De igual manera, señala que la suscripción de dicho convenio en sus diferentes tipos determinará la iniciación o la continuación de la situación de alta o asimilada a la de alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda en razón de la actividad que la persona trabajadora o asimilado desarrolle o haya desarrollado con anterioridad a la suscripción del convenio.

5.2. Separación judicial

El subsidio se reconocerá a una sola de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras, cuando ambas personas tuvieran derecho a ello, con independencia del número de menores que estén afectados por cáncer u otra enfermedad grave y que requieran un cuidado directo, continuo y permanente. Por consiguiente, el legislador ha querido beneficiar a una de aquellas personas y no a más de una.

³³ BOE núm. 250, de 18 de octubre de 2003.

³⁴ BOE núm. 78, 31 de Marzo de 2004.

No obstante, en los supuestos de separación judicial, nulidad o divorcio, si ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras tuvieran derecho al subsidio podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo. A falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuirá la condición de persona beneficiaria del subsidio a aquella a quien se conceda la custodia del menor y si ésta fuese compartida a la que lo solicite en primer lugar. De igual manera, se aplicará lo anterior en aquellos casos de ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal; es decir, a las parejas o uniones de hecho³⁵, conocida, a su vez, como convivencia *more uxorio*³⁶, como los denominan los sociólogos, «cohabitantes»³⁷.

Como puede observarse, en ningún modo, el subsidio será para dos personas, independientemente del supuesto que se presente. Sin embargo, el legislador, aplicando el principio de igualdad, señala que mediante acuerdo entre ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras y la empresa o empresas respectivas, podrán alternarse entre ellas el percibo del subsidio por periodos no inferiores a un mes, en cuyo caso el percibo del subsidio quedará en suspenso cuando se reconozca un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora.

5.3. Pluriactividad

Se entiende por pluriactividad la situación de las personas trabajadoras tanto por cuenta propia como cuenta ajena cuyas actividades den lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del Sistema de la Seguridad Social³⁸. En este supuesto, podrá percibirse el subsidio en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en el que se reúnan los requisitos exigidos. En tales situaciones, si la persona trabajadora acredita las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, se reconocerá un

³⁵ La Carta Magna no reconoce «un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14, sea acreedora al mismo tratamiento [...] que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1 contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza. [...] razones de certidumbre y seguridad jurídica, y la propia coherencia con la decisión libremente adoptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los deberes que de la misma dimanen» STC 184/1990, de 15 de noviembre. En el mismo sentido, STC 30/1991, de 14 de febrero y 29/1992, de 9 de marzo. STS de 30 de diciembre de 1994.

³⁶ El Tribunal Constitucional ha manifestado que tanto el matrimonio como la convivencia *more uxorio* son situaciones diferente. El matrimonio es un acto jurídico, registrado y probado documentalmente; mientras que la convivencia de hecho es una relación fáctica no documentada, que arroja cierta inseguridad jurídica. ATC 156/1987, de 11 de febrero.

³⁷ Fernández Cordón, J. y Tobío Soler, C., «Las familias monoparentales en España», Revista Española de Investigaciones Sociológicas, núm. 83, 1998, pág. 55.

³⁸ <http://www.seg-social.es>

único subsidio computando, de manera exclusiva, las cotizaciones satisfechas a dicho régimen. Si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan, y se reconocerá el subsidio por el régimen en el que se acrediten más días de cotización.

5.4. Pluriempleo

La Real Academia Española define pluriempleo como la situación social caracterizada por el desempeño de varios cargos, empleos, oficios, etc., por la misma persona. Dicho en otros términos, es la situación de los trabajadores por cuenta ajena que prestan sus servicios profesionales a dos o más empresarios diferentes y en actividades que den lugar a su alta obligatoria en un mismo Régimen de la Seguridad Social. En este caso el reconocimiento del subsidio se efectuará en proporción al porcentaje de reducción que experimente el total de la jornada de trabajo de los distintos empleos. En esta situación, a efectos de la base reguladora, se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización.

5.5. Tiempo parcial

Las personas trabajadoras contratadas a tiempo parcial tendrán derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, siempre que reduzcan su jornada en, al menos, un cien por cien, reconociéndose el subsidio en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo que disfruten las personas trabajadoras.

El porcentaje de reducción de jornada se entenderá referido a una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computará sin tener en cuenta otras reducciones de jornada que, en su caso, disfrute la persona trabajadora contratada a tiempo parcial por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa.

En este sentido, el artículo 34 del ET establece, como regla general, que la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo. La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Sin embargo, a través de convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, en la que su distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso

diario y semanal previstos en el ET³⁹.

En todo caso, cuando la duración efectiva de la jornada a tiempo parcial sea igual o inferior al veinticinco por cien de una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable, no se tendrá derecho al subsidio. Sin embargo, si la persona trabajadora tuviera dos o más contratos a tiempo parcial, se sumarán las jornadas efectivas de trabajo a efectos de determinar el citado límite. Como puede observarse, el legislador, aplicando el principio de igualdad, ha sido flexible para las personas trabajadoras con dos o más contratos de trabajo a tiempo parcial al permitirles la adición de las jornadas de trabajo realizadas.

5.6. Requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas a efecto de las prestaciones

En el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social, por ejemplo, representantes de comercio, artistas o profesionales taurinos, según lo establecido en la disposición adicional trigésima novena de la LGSS, será necesario que el causante se encuentre al corriente en el pago de las cotizaciones de la Seguridad Social; aunque la correspondiente prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena.

En este sentido, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, cualquiera que sea el Régimen de Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause ésta.

Dicho en otros términos, la entidad gestora invitará a las personas interesadas para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas. Si las personas interesadas, atendiendo la invitación, ingresasen las cuotas adeudadas dentro del plazo señalado, se les

³⁹ La duración media de la jornada no debe exceder de cuarenta y ocho horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días. Este límite máximo constituye una regla del Derecho social de la Unión Europea que reviste especial importancia y de la que debe disfrutar toda persona trabajadora como disposición mínima destinada a garantizar su protección y su seguridad, admitiéndose solo algunas excepciones, enumeradas taxativamente en la propia Directiva 2003/88/CE, y siempre que respeten los principios generales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores y cumplan una serie de condiciones acumulativas mencionadas en aquella disposición. En particular que se adopten medidas para garantizar que ningún trabajador pueda sufrir un perjuicio por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar un trabajo cuya duración media supere el límite máximo antes indicado. STJUE, de 14 de octubre de 2010.

considerarán al corriente en las mismas a efectos de la prestación solicitada. Si el ingreso se realizase fuera de dicho plazo, se concederá la prestación menos un veinte por ciento, si se trata de prestaciones de pago único y subsidios temporales⁴⁰.

6. PERÍODOS MÍNIMOS DE COTIZACIÓN

No se exigirán periodos mínimos de cotización para el reconocimiento del derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave a las personas trabajadoras que tengan menos de veintiuno años de edad en la fecha en que inicien la reducción de jornada⁴¹. Sin embargo, para el acceso al subsidio se requiere acreditar los siguientes periodos mínimos de cotización (Tabla 2):

a) Si la persona trabajadora tiene cumplidos veintiuno años de edad y es menor de veintiséis en la fecha en que inicie la reducción de jornada, el periodo mínimo de cotización exigido será de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores a dicha fecha. La anterior exigencia se considerará cumplida si, de manera alternativa, la persona trabajadora acredita ciento ochenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a la fecha indicada.

b) Si la persona trabajadora tiene cumplidos veintiséis años de edad en la fecha en que inicie la reducción de jornada, el periodo mínimo de cotización exigido será de ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a dicha fecha. Al igual que en el anterior supuesto, aquella exigencia se considerará cumplida si, de forma alternativa, la persona trabajadora acredita trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a la fecha indicada.

Tabla 2

Períodos mínimos de cotización en la fecha que se inicie la reducción de jornada		
Edad	Días cotizados	Manera alternativa
Menor de 21 años	0 días	0 días
Cumplidos 21 años y menor de 26 años	90 días dentro de los 7 años anteriores	Acreditar 180 días antes de la fecha
26 años cumplidos	180 días dentro de 7 los años anteriores	Acreditar 360 días antes de la fecha

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del 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.

⁴⁰ En el supuesto, de pensiones, se concederán las mismas con efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas.

⁴¹ Conforme a lo establecido en el artículo 133 ter.1.a) de la LGSS.

En el caso de personas trabajadoras a tiempo parcial, el lapso de tiempo inmediatamente anterior al inicio de la reducción de jornada, en el que debe estar comprendido el período mínimo de cotización exigido, se deberá incrementar en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por la persona trabajadora y la jornada habitual en la actividad correspondiente y de manera exclusiva en relación con los períodos en que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual.

7. PRESTACIÓN ECONÓMICA

El RD 1148/2011 establece que la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave consistirá en un subsidio, de devengo diario, equivalente al cien por cien de la base reguladora establecida para la prestación por incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales o, en su caso, de contingencias comunes, cuando no se haya optado por la cobertura de las contingencias profesionales, aplicando el porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo.

No obstante, en aquellos supuestos en que la persona trabajadora no tenga cubierta la contingencia de incapacidad temporal en el régimen de Seguridad Social que deba reconocer la prestación, la base reguladora de la misma estará constituida por la base de cotización de contingencias comunes. En este sentido, la base reguladora del subsidio se modificará o actualizará al mismo tiempo que las bases de cotización correspondientes.

En el caso de personas trabajadoras contratadas a tiempo parcial, la base reguladora diaria del subsidio será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la reducción de jornada, entre el número de días naturales de dicho periodo. A dicha base reguladora se aplicará el porcentaje de reducción de jornada que corresponda. En el supuesto de ser menor la antigüedad de la persona trabajadora en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales comprendidos en dicho periodo.

La matización que hace el RD 1148/2011 sobre la naturaleza de la prestación, deviene de las observaciones señaladas en el Informe Conjunto de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y de la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, de 8 de febrero de 2011. El informe manifiesta que el Decreto debe aclarar si la prestación económica deriva de contingencias comunes o pertenece al ámbito de aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y

Atención a las personas en situación de dependencia (LPAP)⁴².

En este sentido, el Consejo de Estado señala que la prestación económica no está incluida en el ámbito de aplicación de la LPAP, dado que la norma tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, a través de la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia⁴³. Por consiguiente, la Ley va dirigida a las personas en situación de dependencia, en los grados establecidos, para aquellos sujetos que, por encontrarse en situación de vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía⁴⁴.

La Memoria del análisis de impacto normativo, de 5 de julio de 2011, del Proyecto del Decreto, señala que la regulación por cuidado de menores a cargo afectados de cáncer u otra enfermedad grave es una prestación, como ya se ha apuntado, de carácter contributivo que no tiene un impacto directo por razón de género, dado que se dirige a los hombres y las mujeres, puesto que los beneficiarios de la prestación económica son las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras del menor, siempre que ambas trabajen y reúnan las exigencias requeridas.

Sin embargo, reconoce de que se trata de una medida que, en la práctica, favorecerá, especialmente, a la mujer trabajadora, «ya que habitualmente suele ser la madre quien asume los cuidados del hijo cuando éste padece un cáncer u otra enfermedad grave, viéndose obligada por ello, en ocasiones, a abandonar su actividad laboral o a aceptar otros trabajos que pueda compatibilizar con la atención y cuidados del menor. Con esta nueva prestación la madre que trabaja podrá compatibilizar la atención al menor con la continuación de su actividad laboral, sin que ello suponga una minoración de sus ingresos ni un perjuicio en su carrera profesional»⁴⁵.

⁴² BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006. *Vid.* Kahale Carrillo, D., *La cobertura de la dependencia*, Fundación Alternativas, Madrid, 2009; y, Kahale Carrillo, D., *Protección a las personas en situación de dependencia*, Formación Alcalá Editorial, Jaén.

⁴³ Art. 1 de la LPAP.

⁴⁴ *Vid.* Dictamen del Consejo de Estado acerca del Decreto que crea una prestación económica para los familiares que cuiden menores afectados por cáncer y otras enfermedades, núm. 1248/2011. Por lo que se refiere a su impacto económico, señala que partiendo del dato de un total de 13.939.832 trabajadores con cobertura de accidente de trabajo y enfermedades profesionales entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y las mutuas, se han estimado unas 2.660 solicitudes al año con una duración media del proceso de 150 días. Sobre la base de estos datos y en función del porcentaje de reducción de jornada resultaría un importe anualizado de 12,5 millones de euros (con una reducción de jornada del 50%) y 19 millones de euros (con una reducción de jornada del 75%).

⁴⁵ *Idem.*

8. NACIMIENTO, DURACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL SUBSIDIO

El RD 1148/2011 dispone que se tendrá derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave a partir del mismo día en que dé comienzo la reducción de jornada correspondiente, siempre que la solicitud se formule en el plazo de tres meses desde la fecha en que se produjo dicha reducción. No obstante, los efectos económicos del subsidio tendrán una retroactividad máxima de tres meses transcurrido dicho plazo.

El subsidio se reconocerá por un periodo inicial de un mes, prorrogable por periodos de dos meses cuando subsista la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, que se deberá acreditar a través de la declaración del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia médica del menor, y, como máximo, hasta que éste cumpla los dieciocho años. En el supuesto que la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor, según se acredite en la declaración médica emitida al efecto, sea inferior a dos meses, el subsidio se reconocerá por el periodo concreto que conste en el informe.

Asimismo, el Real Decreto señala dos supuestos para que la percepción del subsidio quede en suspenso. Por una parte, en las situaciones de incapacidad temporal, durante los periodos de descanso por maternidad y paternidad y en los casos de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia natural y, de manera general, cuando la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave concurre con cualquier causa de suspensión de la relación laboral. Sin embargo, cuando, por motivos de salud, la persona que se hacía cargo del menor no pueda atenderle y se encuentre en situación de incapacidad temporal o en periodo de descanso obligatorio de maternidad por nacimiento de un nuevo hijo podrá reconocerse un nuevo subsidio por cuidado de menores a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora, siempre que la misma reúna los requisitos para tener derecho al subsidio.

Por otra, en el caso de alternancia en el percibo del subsidio entre las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras. En este supuesto el percibo del subsidio quedará en suspenso para la persona progenitora, adoptante o acogedora que lo tuviera reconocido cuando se efectúe el reconocimiento de un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora.

El legislador ha dispuesto, de manera taxativa, las seis únicas situaciones que darán la extinción del subsidio:

- a) Por la reincorporación plena al trabajo o reanudación total de la actividad laboral de la persona beneficiaria, al cesar la reducción de

- jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, cualquiera que sea el motivo que determine aquel cese.
- b) Por no haber la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, por consecuencia de la mejoría de su estado o el alta médica por curación, según el informe del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia sanitaria del menor.
 - c) Cuando una de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras del menor cese en su actividad laboral, sin perjuicio de que cuando aquella se reanude se pueda reconocer un nuevo subsidio siempre que se acredite por la persona beneficiaria el cumplimiento de los requisitos exigidos y el menor continúe demandando el cuidado directo, continuo y permanente.
 - d) Por cumplir el menor la mayoría de edad; es decir, dieciocho años.
 - e) Por fallecimiento del menor.
 - f) Por fallecimiento de la persona beneficiaria de la prestación.

En el Proyecto del Decreto se señala dos causas más de extinción. La primera, basada en la actuación fraudulenta de la persona beneficiaria para obtener o conservar el subsidio, independientemente del reintegro de las prestaciones que se hayan podido percibir de manera indebida. En este sentido, el Consejo de Estado manifiesta que los presupuestos que dan derecho a la obtención de la prestación económica, o su conservación, están bien delimitados en la norma y solo en los supuestos en los que alguno de dichos requisitos deje de cumplirse, podría extinguirse el derecho al subsidio⁴⁶. Por consiguiente, la actuación fraudulenta no podría configurarse como un supuesto de extinción de la prestación como puede ser el fallecimiento del menor o el del beneficiario.

La segunda, por efectuar la persona beneficiaria cualquier trabajo o actividad, por cuenta ajena o por cuenta propia, incompatible con la reducción de jornada. Bajo este contexto, el Consejo de Estado establece que aquella no debería pertenecer como una causa de extinción, dado que los apartados 4 y 5 del artículo 7 del Proyecto del Decreto ya dispone, por una parte, que las personas beneficiarias están obligadas a comunicar cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho, y una de ellas es en el supuesto que se inicie un trabajo o actividad incompatible con la reducción de jornada solicitada⁴⁷. Por otra, la entidad gestora o la mutua, en cualquier momento, podrá llevar a cabo las actuaciones necesarias para comprobar que las personas beneficiarias continúan con las exigencias requeridas para su reconocimiento.

Bajo este contexto, el RD 1148/2011 dispone que las personas beneficiarias estarán obligadas a comunicar a la correspondiente entidad gestora o a

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Idem.*

la mutua cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio⁴⁸. Aquellas entidades en cualquier momento, podrán llevar a cabo las actuaciones necesarias para comprobar que las personas perceptoras del subsidio conservan el cumplimiento de los requisitos exigidos para su reconocimiento.

9. GESTIÓN Y PAGO DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA

Una de las novedades del RD 1148/2011 es que la gestión de la prestación la realizará la entidad gestora o mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Con ello, por tanto, se abre un poco más el abanico de su competencia, dado que su actuación funcional se centraba, antes de este suceso, al ámbito de la incapacidad temporal y prevención de riesgos laborales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales)⁴⁹. En este sentido, la gestión de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave se llevará a cabo por la correspondiente entidad gestora o mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, con la que la persona trabajadora tenga cubiertas las contingencias profesionales.

Sin embargo, en el supuesto que aquella persona no tenga la cobertura de los riesgos profesionales, será competente para la gestión de la prestación la entidad gestora o la mutua que asuma la cobertura de la incapacidad temporal por contingencias comunes. En el caso de que en el régimen de la Seguridad Social por el que se reconozca la prestación económica, la persona trabajadora no haya optado por la cobertura de la incapacidad temporal, la gestión de aquella se atribuirá a la correspondiente entidad gestora de la Seguridad Social.

El pago del subsidio corresponderá a la entidad gestora o a la mutua que resulte competente en la fecha de inicio de los efectos económicos de la prestación. La responsabilidad del pago se mantendrá hasta la fecha del vencimiento del documento de asociación y de cobertura formalizado en su día. Si en la fecha de dicho vencimiento se hubiera producido un cambio de la entidad que cubra las contingencias profesionales o comunes, en su caso, será la nueva entidad la que asuma el pago del subsidio durante el periodo de doce meses y los sucesivos en tanto mantenga dicha cobertura.

La Tesorería General de la Seguridad Social facilitará que las entidades gestoras y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales puedan obtener mediante sistemas informáticos, electrónicos y/o telemáticos,

⁴⁸ Vid. Díaz Peña, M., "Las entidades colaboradoras en la Seguridad Social del futuro", *Foro de Seguridad Social*, núm. 18-19, 2007, págs. 91-109.

⁴⁹ Vid. AA.VV. (Dir. Sempere Navarro, A.), *Perfiles de las Mutuas de Accidente de Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

los datos necesarios relativos a las personas solicitantes y beneficiarias de las prestaciones por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, para garantizar un procedimiento de comunicación ágil en el reconocimiento y control de las prestaciones.

Hay que destacar, no obstante, que el tratamiento de estos datos se realizará de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal⁵⁰. En este sentido, la solicitud del subsidio, según el modelo oficial existente, señala que la misma será tramitada por medios informáticos. Los datos personales que figuren serán incorporados a un fichero creado por la Orden 26 de marzo de 1999 por la que se crean y modifican ficheros automatizados de datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales⁵¹, para el cálculo y control de la prestación que se le reconozca, y permanecerán bajo custodia de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

El RD 1148/2011 dispone que el pago de subsidio se realizará por la correspondiente entidad gestora o por la mutua, por periodos mensuales vencidos. En el caso de las personas trabajadoras contratadas a tiempo parcial el devengo del subsidio será por días naturales, aunque el pago se realice mensualmente.

Por último, según los datos del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, trescientas siete familias de niños enfermos de cáncer y otras enfermedades graves han recibido la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. De las trescientos ochenta y una solicitudes presentadas, trescientos siete han sido aprobadas. De las que veinte corresponden al INSS el resto a las mutuas, trescientos siete han sido aprobadas por la Seguridad Social. Concretamente, doscientos setenta y uno para personas trabajadoras del Régimen General y las treinta y seis restantes a personas trabajadoras inscritas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos⁵².

10. PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO

El procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave tendrá en consideración, además de lo dispuesto en el RD 1148/2011, lo señalado en la Ley

⁵⁰ BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999. *Vid.* Collado García-Lajara, E., *Protección de datos de carácter personal: legislación, comentarios, concordancias y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2000.

⁵¹ BOE núm. 84, de 8 de abril de 1999.

⁵² <http://www.seg-social.es> (Datos de octubre de 2011).

30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP)⁵³. Bajo este contexto, debe tenerse en cuenta los principios del procedimiento administrativo a los que hace referencia aquella Ley⁵⁴:

- a) Principio de economía procesal. Este principio se conecta de manera directa con los principios de eficacia y eficiencia que informan la totalidad de la actuación administrativa.
- b) Principio *in dubio pro actione*. Se encuentra directamente vinculado con el anterior principio por suponer que la interpretación debe ser la más favorable al ejercicio de la acción, al tratar de asegurar una decisión sobre el fondo de la cuestión.
- c) Carácter contradictorio del procedimiento administrativo. Admite la posibilidad que los diferentes derechos e intereses que se diriman en el procedimiento puedan ser explicitados y hechos valer, tanto por la posibilidad de efectuar alegaciones en defensa de tales derechos como por la necesaria intervención de la totalidad de los interesados en el procedimiento administrativo.
- d) Principio de celeridad. Este principio se vincula a la eficacia y eficiencia en el desarrollo de la gestión administrativa. En este sentido, la Administración acordará en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo.
- e) Principio de oficialidad. La Administración se encuentra obligada a dar curso a los procedimientos hasta alcanzar una resolución sobre el fondo; es decir, el procedimiento se impulsará de oficio en todos los trámites⁵⁵. El principio de oficialidad también es conocido como principio inquisitivo, dado que la Administración Pública tiene el derecho y el deber de instruirlo⁵⁶.
- f) Exigencia de legitimación. Para la iniciación de un procedimiento se exige una relación específica con el asunto de fondo, que según el artículo 31.1.a) de la LRJAP se concreta en la titularidad de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos, por cuanto el propio precepto, en su ordinal segundo, amplía la legitimación a «las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y so-

⁵³ BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

⁵⁴ García De Enterría, E. y Fernández, T., *Curso de Derecho Administrativo II*, décima edición, Civitas, Madrid, 2000, págs. 456-475. Mercader Uguina, J., “Titularidad, valoración y reconocimiento de las situaciones de dependencia”, *Temas Laborales*, núm. 89, 2007, págs. 168-169.

⁵⁵ Art. 74.1 de la LRJAP.

⁵⁶ Gamero Casado, E. y Fernández Ramos, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 293.

ciales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca».

- g) Principio de publicidad. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea su forma de expresión. Así como conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados.
- h) Principio de igualdad. En el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, en la que deberá dejar constancia.

El RD 1148/2011 señala que el procedimiento se iniciará mediante solitud de la persona trabajadora dirigida a la dirección provincial competente de la correspondiente entidad gestora de la provincia en que aquella tenga su domicilio, o ante la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que le corresponda. Las solicitudes se formularán en los modelos aprobados por la correspondiente entidad gestora o mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que deberán contener los datos que establece el artículo 70 de la LRJAP.

Bajo este contexto, la formulación deberá contener los siguientes elementos: a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, b) Identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones, c) Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud, d) Lugar y fecha, e) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio, f) Especificación del órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige. El reseñado modelo de solicitud estará a disposición de las personas interesadas en las entidades gestoras y las mutuas, así como en la página web de la Seguridad Social⁵⁷.

La solicitud formulada para obtener el subsidio, según el RD 1148/2011, deberá ir acompañada por los siguientes documentos:

- a) Certificado de la empresa sobre la fecha de inicio de la reducción de jornada de la persona trabajadora prevista en el párrafo tercero del artículo 37.5 del ET, con indicación del porcentaje en que ha quedado fijada dicha reducción de jornada. Las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas y asimilados, o personas empleadas de hogar de carácter discontinuo, deberán presentar una declaración indicando expresamente el porcentaje de reducción de su actividad profesional,

⁵⁷ <http://www.seg-social.es>

en relación con una jornada semanal de cuarenta horas. En el caso de personas integradas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, de carácter fijo, aportarán declaración del responsable del hogar familiar sobre la reducción de jornada efectiva de la persona trabajadora.

- b) Declaración del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente responsable de la asistencia médica del menor y, en su caso, del facultativo de los servicios médicos privados donde el menor hubiera sido atendido, que enuncie la necesidad del cuidado del mismo por encontrarse afectado por cáncer u otra enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración y tratamiento médico continuado de la enfermedad.
- c) Libro de familia⁵⁸ o certificación de la inscripción del hijo o hijos en el Registro Civil o, en su caso, resolución judicial por la que se haya constituido la adopción, o la resolución judicial o administrativa por la que se haya concedido el acogimiento familiar preadoptivo o permanente o, en su caso, la tutela del menor. En el supuesto de documentos extranjeros deberán estar legalizados, para que puedan ser reconocidos en España.
- d) Certificado de la empresa en la que conste la cuantía de la base de cotización de la persona trabajadora por contingencias profesionales o, en su caso, por contingencias comunes, correspondiente al mes previo a la fecha de inicio de la reducción de jornada y las cantidades de percepción no periódica abonadas durante el año anterior a dicha fecha. En los supuestos de personas trabajadoras a tiempo parcial, se deberá reflejar la cuantía de la base de cotización correspondiente a los tres meses anteriores a la reducción de jornada. De igual manera, deberá constar expresamente en la declaración la cotización por realización de horas extraordinarias en el año anterior al inicio de la reducción de jornada.
- e) Acreditación de la cotización con los recibos del abono de cuotas, si la persona solicitante del subsidio es la obligada a su ingreso, cuando sean necesarias para acreditar el periodo mínimo de cotización, a efectos de determinar la cuantía de la prestación o el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas.
- f) En el supuesto de las personas trabajadoras encuadradas en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos,

⁵⁸ La finalidad del Libro de familia es dejar constancia de la filiación, según el artículo 1 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil (BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011).

declaración de la situación de la actividad referida a la parte de jornada profesional que reduce el trabajador autónomo.

No obstante, el modelo confeccionado por el Ministerio de Trabajo e Inmigración solicita, de manera más específica, los siguientes documentos:

- a) Acreditación de identidad de los interesados⁵⁹, mediante el Documento Nacional de Identidad (DNI) para las personas españolas, y el pasaporte o, en su caso, documento de identidad vigente en su país y Número de Identificación de Extranjero (NIE) exigido por la Agencia Tributaria a efectos de pago para las personas extranjeras.
- b) Certificado de la empresa en el que consten las bases de cotización por contingencias profesionales, así como el porcentaje de parcialidad en la reducción de la jornada.
- c) Documentación relativa a la cotización para los artistas y profesionales taurinos, la declaración de actividades y justificantes de actuaciones que no hayan sido presentadas en la Tesorería General de la Seguridad Social, para los trabajadores responsables del ingreso de las cuotas los justificantes de los dos últimos meses.
- d) Certificado del facultativo del Servicio Público de Salud en el que conste que el menor se encuentra afectado por cáncer u otra enfermedad grave que requiere ingreso hospitalario de larga duración, indicando la fecha estimada de duración del ingreso y si el menor precisa un tratamiento continuado de la enfermedad, fuera del centro hospitalario, que señale la duración estimada del mismo.
- e) Libro de familia o, en su defecto, certificado de la inscripción del hijo en el Registro Civil o resolución judicial de la adopción.
- f) Resolución administrativa o judicial, solo para los casos de acogimiento.
- g) Solo en el supuesto de trabajadores responsables del ingreso de cuotas, la declaración del porcentaje de parcialidad de la jornada de trabajo.
- h) En el caso de no convivencia de los progenitores, y en ausencia de acuerdo sobre el que debe percibir la prestación, documentación que acredite la custodia o a cargo de quién está el menor.
- i) En el supuesto de familias monoparentales el Libro de familia en el que conste un solo progenitor o, en el caso de que consten dos progenitores, certificado de defunción de uno de ellos, o resolución judicial en la que se declare el abandono de familia de uno de ellos.
- j) Si el otro progenitor no pertenece al sistema de la Seguridad Social debe aportar, en su caso, certificado expedido por la unidad de

⁵⁹ También se requerirá la identificación del causante si tiene catorce años.

personal de su centro indicando que el mismo realiza una actividad laboral encuadrada en el sistema de clases pasivas o certificado del Colegio Profesional al que pertenezca, si se trata de una actividad profesional.

- k) Cualquier variación en los datos de la solicitud, tanto en lo referente a la situación laboral, como a la del otro progenitor o del menor (cese en el trabajo, alta hospitalaria del menor, etc.), mientras esté vigente la prestación, deberá ser comunicada a la Dirección Provincial o al Centro de Atención e Información del Instituto Nacional de la Seguridad Social, mediante los documentos que sean oportunos.

A la vista de los datos y de la documentación presentada y una vez comprobados todos los requisitos formales, hechos y condiciones exigidos para acceder al subsidio, la correspondiente entidad gestora o la mutua dictará resolución expresa y notificará en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud, el reconocimiento o denegación del derecho a la prestación económica.

Transcurrido el plazo de treinta días, sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, la solicitud se entenderá desestimada por silencio administrativo⁶⁰, según lo dispone el apartado 2 de la disposición adicional vigésima quinta de la LGSS. Las resoluciones, expresas o presuntas, dictadas por la entidad gestora o la mutua serán recurribles en la forma prevista en el artículo 71 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL)⁶¹; es decir, por reclamación previa.

Aquel precepto dispone que «será requisito necesario para formular demanda en materia de Seguridad Social que los interesados interpongan reclamación previa ante la Entidad gestora o Tesorería General de la Seguridad Social». Asimismo, la norma reitera, de manera similar, en el artículo 139 al señalar que «en las demandas formuladas en materia de Seguridad Social contra las entidades gestoras o servicios comunes, incluidas aquéllas en las que se invoque la lesión de un derecho fundamental, se acreditará haber cumplido el trámite de la reclamación previa regulado en el artículo 71 de esta Ley. En caso de omitirse, el Secretario judicial dispondrá que se subsane el defecto en el plazo de cuatro días. Realizada la subsanación, se admitirá la demanda. En

⁶⁰ En el Proyecto del Decreto no hacía mención al sentido del silencio administrativo. El Consejo de Estado tuvo en consideración lo señalado en el Informe del Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, de 8 de abril de 2011, al manifestar que debe señalarse el sentido de dicho silencio. *Vid.* Dictamen del Consejo de Estado acerca del Decreto que crea una prestación económica para los familiares que cuiden menores afectados por cáncer y otras enfermedades, núm. 1248/2011.

⁶¹ BOE núm. 86, de 11 de abril de 1995.

otro caso, dará cuenta al Tribunal para que por el mismo se resuelva sobre la admisión de la demanda». De todo ello se desprende que la reclamación previa constituye un requisito preprocesal, que se materializa en un presupuesto indispensable de la existencia del posterior proceso. Por tanto, no podrá iniciarse algún proceso mediante demanda, sino se ha cumplido dicha exigencia.

Hay que resaltar que la LPL quedará derogada a partir de los dos meses siguientes de la publicación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en el Boletín Oficial del Estado (11 de octubre de 2011)⁶². Por consiguiente, a partir del 12 de diciembre de 2011 se deberá aplicar aquella norma en relación a la reclamación previa y sus nuevas particularidades a lo concerniente en el RD 1148/2011.

11. ENTRADA EN VIGOR Y EFECTOS

El RD 1148/2011 entró en vigor el 1 de agosto de 2011; es decir, el día primero del mes siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (30 de julio de 2011), y tendrá efectos a partir del día 1 de enero de 2011. En este sentido, con el fin de resolver las solicitudes de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave presentadas durante el año 2011, se podrá aceptar la acreditación del ingreso hospitalario del menor que se hubiera producido con anterioridad a dicho año, siempre que en la fecha de la solicitud no se hubiera dado de alta médica al menor desde el diagnóstico del cáncer o enfermedad grave.

Todo ello con independencia de la fecha en que se hubiera diagnosticado el cáncer u otra enfermedad grave, que en ningún caso los efectos económicos podrán ser anteriores a 1 de enero de 2011. Por último, el Real Decreto señala que las referencias que dicho instrumento se realizan al Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, se entienden referidas, en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

⁶² La disposición final séptima. dos de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, señala, en relación a la entrada en vigor, que «Se exceptúa del plazo previsto en el apartado anterior la atribución competencial contenida en las letras o) y s) del artículo 2 en materia de prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuya fecha de entrada en vigor se fijará en una ulterior Ley, cuyo Proyecto deberá remitir el Gobierno a las Cortes Generales en el plazo de tres años, teniendo en cuenta la incidencia de las distintas fases de aplicación de la Ley de Dependencia, así como la determinación de las medidas y medios adecuados para lograr una ágil respuesta judicial en estas materias».

12. MODIFICACIONES REGLAMENTARIAS

El RD 1148/2011 modifica la cotización en supuestos de reducción de jornada de trabajo con disminución proporcional de la retribución, a que hace referencia el artículo 66 del 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 Social⁶³. Al disponer que será de aplicación al artículo 65 la cotización relativa a los trabajadores por cuenta ajena y asimilados que reduzcan su jornada de trabajo, con disminución proporcional de sus retribuciones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 37 del ET, a excepción de los apartados 3 y 6 de aquel precepto.

Asimismo, El RD 1148/2011 modifica la letra f) del artículo 2 del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento⁶⁴, al agregar una nueva discapacidad en la que concorra evidencia que determina de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida y que podrá dar lugar a la anticipación de la edad de jubilación como son las «Secuelas de polio o síndrome postpolio», anteriormente se hacía referencia exclusivamente el «síndrome postpolio».

Esta modificación, probablemente, se deba a que los grandes brotes del virus de la polio que afectó a los niños en España, especialmente, a partir de los años cincuenta hoy en día siguen sufriendo sus consecuencias como adultos. El síndrome postpolio es una pérdida del nivel funcional que tiene el individuo afectado de secuelas de polio de parálisis infantil y que generalmente sobreviene a los cuarenta o cincuenta años⁶⁵.

13. UTILIZACIÓN DE UN LENGUAJE NO SEXISTA

Resulta loable la redacción del legislador, en el RD 1148/2011, en evitar el uso sexista del lenguaje, cumpliendo a cabalidad lo dispuesto en el artículo 14.11 de la LOIMH al señalar que entre los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos, se tiene, entre otros, «la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las re-

⁶³ BOE núm. 22, de 25 de enero de 1996.

⁶⁴ BOE núm. 307, de 22 de diciembre de 2009.

⁶⁵ Algunos expertos ya hablan de lo que se conoce como el síndrome postpolio, que comporta principalmente fatiga progresiva, debilitamiento en los músculos y dolor. Se estima que en España más de 30.000 personas podrían sufrir este síndrome a pesar de que la polio se considera una enfermedad erradicada en Europa. <http://www.lavanguardia.com>

laciones sociales, culturales y artísticas». Además, hay que recordar que en el ámbito estatal, el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2008-2011), aprobado en diciembre de 2007 por el Gobierno de España, recoge también actuaciones para la utilización de un lenguaje no sexista, que aporta las herramientas necesarias que son necesarias para trabajar en el área empresarial y en la Administración, integrando a las mujeres y cambiando y mejorando la calidad de la Administración Pública y de las empresas, en el reforzamiento de las políticas de apoyo a las familias y a las personas.

El género es una diferencia estructural que afecta al conjunto de la población. En este sentido, las mujeres y los hombres no deben ser tratados como un grupo de interés particular entre otros⁶⁶. Por el contrario, el género afecta a las diferencias y la vulnerabilidad en función de otras diferencias estructurales como la raza, la pertenencia étnica, la clase social, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, entre otros, y a menudo, incluso, las refuerza⁶⁷.

Por ello, en la redacción de normas no debe utilizarse el masculino como si fuera genérico, explicando a continuación que cuando se usa se refiere a hombres y mujeres y que no se nombran los dos géneros para no alargar el texto⁶⁸; por consecuencia, si una norma habla solo en masculino se está utilizando un lenguaje sexista. Ejemplo plausible de ello, se encuentra en el RD al nombrar «personas trabajadoras» y no «trabajadores», «facultativo» y no «médico», «persona solicitante» y no «solicitante», «personas progenitoras» y no «progenitores», o «personas beneficiarias» y no «beneficiarios», entre otros. Con estas prácticas las mujeres y los hombres estarán representados en condiciones de igualdad, por lo que contribuye, por tanto, a mantener la igualdad en la sociedad. En este sentido, tuvo mucho que ver el Informe del Ministerio

⁶⁶ Vid. Kahale Carrillo, D., *Políticas de Igualdad e Integración*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2010.

⁶⁷ «Un estudio detenido puede revelar que políticas que parecen no sexistas afectan de manera diferente a las mujeres y a los hombres. ¿Por qué? Porque existen diferencias sustanciales en las vidas de mujeres y hombres en la mayoría de los ámbitos, diferencias que pueden explicar el hecho de que políticas aparentemente no discriminatorias tengan un impacto diferente en las mujeres y los hombres, y refuerzan las desigualdades existentes. Las políticas dirigidas a grupos objetivo o a determinados colectivos —o con implicaciones claras para estos grupos— son, por lo tanto, en mayor o menor medida, pertinentes con respecto al género». COMISIÓN EUROPEA, *Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género*, Bruselas, 1997. Vid. Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno (BOE núm. 246, de 14 de octubre de 2003). La Ley tiene por objeto evitar las consecuencias negativas, intencionales, o no, que favorezcan situaciones de discriminación, con el propósito de lograr la integración efectiva de la perspectiva de género en todas las políticas y los programas, y de esta forma poder analizar sus consecuencias para las mujeres y hombres antes de tomar decisiones. Vid. Kahale Carrillo, D., *El distintivo empresarial en materia de igualdad*, Editorial Síntesis, Madrid.

⁶⁸ Guerrero Martín, C. y Lledó Cunill, E., *Hablamos de leyes*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2008, pág. 51.

de Sanidad, Política Social e Igualdad, de 15 de abril de 2011, en recordar la importancia de la utilización de un lenguaje no sexista⁶⁹.

⁶⁹ *Vid.* Dictamen del Consejo de Estado acerca del Decreto que crea una prestación económica para los familiares que cuiden menores afectados por cáncer y otras enfermedades, núm. 1248/2011.