

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
121/2013 - Tercer Trimestre

121



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

121

Junta de Andalucía
Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO
Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo

VOCALES

LUIS NIETO BALLESTEROS	Viceconsejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ANTONIO GONZÁLEZ MARÍN	Secretario General de Empleo
JAVIER CASTRO BACO	Director General de Relaciones Laborales
FCO. JAVIER ZAMBRANA ARELLANO	Director General de Seguridad y Salud Laboral
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social 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
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO	Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente 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 de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

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

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1ª, 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>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 121/2013
Tercer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

El factor de sostenibilidad: ¿el caballo de Troya del sistema público de pensiones? 13
BORJA SUÁREZ CORUJO

El procedimiento administrativo francés de la “extensión” como mecanismo de atribución de eficacia general al convenio colectivo sectorial 37
PIERRE-HENRI CIALTI

La aplicación del régimen matrimonial en la delimitación de los beneficiarios de la pensión de viudedad 63
CRISTINA BLASCO RASERO

La modificación de la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por la ley 3/2012, de 6 de julio. Análisis de una nueva situación 107
JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ

2. MERCADO DE TRABAJO

La incidencia de la crisis económica en la persistente desigualdad de género en el mercado de trabajo español, y en particular en la estructura salarial. 143
Mª ÁNGELS CABASÉS PIQUÉ Y JOAN RIDAO MARTÍN

3. INFORMES Y DOCUMENTOS

Informe de actuaciones del SERCLA durante 2012 179

4. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PODER DE DIRECCIÓN

Universidad de Córdoba

Facultades de control empresarial y circuito cerrado de televisión . .

M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

189

PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

La urgencia vital en el reintegro de gastos médicos. Régimen jurídico
y requisitos.

VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN

201

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Estatuto de trabajador y estudiante en estado miembro de acogida. A
propósito del devengo de ventajas sociales.

ILUMINADA R. FERIA BASILIO

213

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

Obligatoriedad de los reconocimientos médicos, consentimiento
informado y protección de datos de los trabajadores

ESTHER CARRIZOSA PRIETO

231

5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

M^a DOLORES RUBIO DE MEDINA

247

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 (Internacional 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 lavori 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 de investigación de carácter inédito 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, así como elaboración de citas a pie de página o en texto con bibliografía final, pueden consultarse en detalle en el archivo que sobre reglas de estilo se localiza en el espacio web <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/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

Los contenidos del fondo de la Revista Temas Laborales pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista “Temas Laborales”:

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/1stContenidos.asp>

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 121/2013
Third Trimester**

INDEX

1. STUDIES

The sustainability factor: does the Trojan horse of the public pension system?	13
BORJA SUÁREZ CORUJO	
The French administrative procedure for the ‘extension’ as a mechanism for allocation of overall effectiveness to the sectoral collective agreement	37
PIERRE-HENRI CIALTI	
The application of the matrimonial property regime in the delimitation of the beneficiaries of widow’s pension	63
CRISTINA BLASCO RASERO	
Modification of the Tenth Additional Provision Workers’ Statute, by Act 3/2012, 6 July. Analysis of a new situation	107
JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ	

2. LABOUR MARKET

The impact of the economic crisis in the persistent gender inequality in the Spanish labour market, and in particular the wage structure . .	143
M ^a ÀNGELS CABASÉS PIQUÉ AND JOAN RIDAO MARTÍN	

3. REPORTS AND DOCUMENTS

Report of proceedings of the SERCLA in 2012	179
---	-----

4. JUDICIAL COMMENTS

MANAGEMENT POWER

University of Cordoba

Management power of control and private televisión circuite 189

M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

SOCIAL SECURITY PENSIONS

University of Granada

Refund medical expenses and vital urgency. Legal regime and requirements 201

VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN

ADMINISTRATIVE LABOUR LAW

University of Huelva

Status of worker an student in the host member state. About scrual of social benefits 213

ILUMINADA R. FERIA BASILIO

THE END OF THE EMPLOYMENT CONTRACT

University Pablo de Olavide

Mandatory medical examinations, informed consent and protection of data of the workers 231

ESTHER CARRIZOSA PRIETO

5. LEGISLATIVE REMARKS

Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia 247

M^a DOLORES RUBIO DE MEDINA

EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD: ¿EL CABALLO DE TROYA DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES?

BORJA SUÁREZ CORUJO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

*“O encerrados en esta madera ocultos están los aqueos,
o contra nuestras murallas se ha levantado esta máquina para espiar nuestras casas
y caer sobre la ciudad desde lo alto, o algún otro engaño se esconde:
Teucros, no os fiéis del caballo”
VIRGILIO (Eneida, Libro II)*

EXTRACTO

Palabras Clave: Seguridad Social, factor de sostenibilidad

El factor de sostenibilidad se ha convertido en un novedoso elemento de los sistemas públicos de pensiones de reparto ante el previsible envejecimiento de la población derivado del alargamiento de la esperanza de vida y la jubilación de la generación del “baby boom”. En España, la reforma de 2011 previó la incorporación de este mecanismo de ajuste automático, pero dejó pendiente su desarrollo. La propuesta de factor de sostenibilidad recientemente presentada por el Comité de expertos designado por el Gobierno plantea la introducción de un factor de sostenibilidad de “tercera generación” compuesto por dos componentes: el Factor de Equidad Intergeneracional y el Factor de Revalorización Anual. El presente trabajo realiza un análisis muy crítico de esta propuesta por entender que su no se limita a plantear un mecanismo de ajuste del sistema, sino un cambio de modelo de Seguridad Social en la medida que implica un recorte importante de la cuantía de las pensiones públicas.

ABSTRACT

Key Words: Social Security, Sustainability factor

Sustainability factor has become a new element of public pensions for distribution systems with the expected aging of the population resulting from the lengthening of life expectancy and the retirement of the “baby boom” generation. In Spain, 2011 reform envisaged the incorporation of this automatic adjustment mechanism, but left pending its development. Proposal of factor of sustainability recently submitted by the Committee of experts appointed by the Government poses the introduction of a factor of sustainability of “third-generation” made up of two components: the Factor of Intergenerational Equity and Annual Revaluation Factor. This work make a very critical analysis of this proposal to understand that its not limited to consider a mechanism for adjustment of the system, but a change of model of Social Security to the extent that involves a large cut in the amount of public pension.

ÍNDICE:

1. UN ‘CUERPO EXTRAÑO’ EN LOS SISTEMAS PÚBLICOS DE PENSIONES: ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD
2. LA CONFIGURACIÓN DEL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL
3. UN ANÁLISIS CRÍTICO DEL INFORME DE LOS ‘EXPERTOS’ SOBRE EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD
 - 3.1 El “pecado original”: las discutibles premisas de partida del Informe
 - 3.2 El Factor de (in)equidad Intergeneracional
 - 3.3. El Factor de Revalorización Anual: la garantía de pérdida de poder adquisitivo
4. REFLEXIONES FINALES

Uno de los aspectos más novedosos –y trascendentes– de la reforma de 2011 fue la previsión de un factor de sostenibilidad de la Seguridad Social, un mecanismo de ajuste automático de los parámetros del sistema que pretende garantizar su adaptación a los cambios demográficos y, con ello, su equilibrio y viabilidad, evitando que el gasto en pensiones se convierta en una carga excesiva para las cuentas públicas¹. Cuál sea su configuración constituye un aspecto decisivo para el futuro de nuestro sistema público de pensiones, la pieza principal de nuestro Estado de Bienestar. De ahí el interés que suscita la propuesta de regulación contenida en el *Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones* que fue entregado al Gobierno, para su remisión al Pacto de Toledo, el pasado 7 de junio de 2013.

1. UN ‘CUERPO EXTRAÑO’ EN LOS SISTEMAS PÚBLICOS DE PENSIONES: ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD

El punto de partida para este análisis no puede ser otro que la preocupación por el futuro incremento del gasto público en pensiones como consecuencia de la jubilación de los *baby boomers* y el alargamiento de la esperanza de vida. La configuración de los sistemas de reparto de prestación definida “blindaba” –en parte, al menos– a los pensionistas: la población activa cargaba con el peso de las pensiones. Pero los cambios demográficos y tensiones de la tasa de dependencia que se avecinan llevan a cuestionar la efectividad / justicia de esa fórmula tradicional y a plantear la siguiente cuestión: ¿quién debe soportar el esfuerzo adicional que será necesario para financiar las pensiones en las próximas décadas? Se plantea, pues, como una cuestión de justicia intergeneracional, de búsqueda de un reparto equitativo de las cargas. Tal es la dimen-

¹ OECD, *Pensions Outlook 2012*, p. 46.

sión moral del instrumento diseñado por un creciente número de sistemas de Seguridad Social para hacer frente a estos retos: el factor de sostenibilidad.

Los rasgos específicos de cada uno de los *mecanismos de estabilización automáticos* –otra denominación para los factores de sostenibilidad– que la mayoría de países de la OCDE han introducido en los últimos años son el resultado de la combinación de diversos parámetros que, desde una perspectiva teórica pueden presentarse del siguiente modo². Antes debe advertirse que la atención principal se centra en los sistemas de reparto de prestación definida³ y que los efectos son muy dispares en función de cuáles sean las opciones elegidas.

Un primer criterio relevante en el diseño del mecanismo es el que define los parámetros de referencia en la aplicación del factor. Dado que la principal amenaza para los sistemas de pensiones en el largo plazo es el envejecimiento de la población, es lógico que el parámetro más habitualmente utilizado sea el que atiende a la evolución de la esperanza de vida. Pero hay que ser conscientes de que esta vinculación del factor de sostenibilidad a la esperanza de vida lleva asociados otro tipo de problemas que pueden generar distorsiones y desigualdades⁴. Menos frecuente, pero igualmente relevante en términos de envejecimiento de la población, es la reducción de la tasa de dependencia, esto es, la proporción del número de pensionistas respecto de la población en activo, un parámetro que está llamado a jugar un papel más destacado en la medida en que nos encontramos a las puertas de que accedan a la jubilación los “baby boomers”, la generación más numerosa de nuestra historia. En fin, de acuerdo con esta lógica de vinculación del factor al envejecimiento la introducción de otros elementos de referencia debería ser sólo complementaria. Es el caso de variables de carácter económico como la evolución del PIB o la de los ingresos de la Seguridad Social, que pueden ser particularmente relevantes a efectos de revalorización de las pensiones y que –debe tenerse presente– adolecen de un importante riesgo de volatilidad.

En segundo lugar, otro aspecto importante en la aplicación del factor es la identificación de la variable o variables afectadas(s). Es decir, una vez consta-

² Bosworth, B.P.–Weaver, R.K. “Social Security on Auto-Pilot: International Experience with Automatic Stabilizer Mechanisms”, Center for Retirement Research at Boston College Working Paper, N° 18, 2011, pp. 6 ss.

³ Los sistemas (nocionales) de contribución definida, como el de Suecia, Italia y Polonia, tienen algunas singularidades que aquí no interesan (OECD, *Pensions at glance*, 2011, p. 81).

⁴ Bosworth y Weaver apuntan a la incertidumbre de si la reducción de la mortalidad trae aparejada también una caída de la morbilidad con lo que ello implica en términos de necesidad de cuidados; o las diferentes tasas de mortalidad en función de la renta económica: ¿es justo reducirle la pensión a un trabajador manual cuya expectativa de vida es más reducida porque la esperanza de vida global se ha alargado? (“Social Security...”, *op. cit.*, p. 30).

tado el desequilibrio –o amenaza del mismo– para el sistema, hay que determinar qué aspectos de su configuración van a verse afectados, lo que es tanto como determinar cuáles son los colectivos que deben soportar el correspondiente ajuste paramétrico (pensionistas actuales o futuros) que resulta de la revisión⁵.

Cabría hacer una clasificación de las posibles fórmulas –variables– distinguiendo aquellas que se sitúan en la esfera de los ingresos (incrementándolos) de las que lo hacen en la correspondiente a los gastos (reduciéndolos). En verdad, en la práctica las soluciones se concentran en esta última área, lo que de por sí es muy revelador de la “filosofía” que inspira este tipo de mecanismo y su articulación. Así, la buscada reducción del gasto se puede producir elevando la edad de jubilación⁶, endureciendo otros requisitos necesarios para el acceso a la pensión –señaladamente, el número de años cotizados exigidos para alcanzar una pensión “completa”⁷– o, de manera más drástica –y, en principio, más regresiva–, reduciendo la cuantía de las pensiones, sea la cuantía inicial⁸ –tal es el caso del Factor de Equidad Intergeneracional propuesto por el grupo de ‘expertos’ en España– o la resultante de la revalorización posterior –por ejemplo, el Factor de Revalorización Anual–. Como criterio adicional, es muy relevante en términos de cohesión social y riesgo de pobreza si las rentas más bajas –de trabajadores y pensionistas– reciben algún tipo de protección ante las previsibles reducciones a la baja y el modo en el que tal respuesta se articula.

En todo caso, y aunque sean mucho menos frecuentes⁹, puede establecerse como mecanismo corrector de los desequilibrios el incremento de los ingresos vía mayor aportación del Estado –a través de impuestos generales o de alguno específicamente diseñado para ello– o vía aumento de las cotizaciones sociales¹⁰ del empleador o de los trabajadores; como variante también cabe

⁵ Véase en este sentido: Whitehouse, E. “Life-Expectancy Risk and Pensions: Who Bears the Burden?”, *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, No. 71, 2007.

⁶ Es el caso de Dinamarca, Grecia, Italia, Chequia (OECD, *Pensions Outlook 2012*, p. 65). Una evolución en paralelo de la edad de jubilación respecto de la esperanza de vida es, según la Comisión Europea, una fórmula muy efectiva de reforzar la sostenibilidad del sistema [*Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, 16 de febrero de 2012, COM(2012) 55 final, p. 11].

⁷ Paradigmático es el caso francés que persigue mantener constante la relación entre los años de actividad profesional y la esperanza de vida a partir de la jubilación (OECD, *Pensions Outlook 2012*, p. 65).

⁸ Es el caso de Finlandia y el de Portugal (OECD, *Pensions Outlook 2012*, pp. 55–56).

⁹ Aunque no excepcionales: véase el caso de Canadá (Bosworth, B.P.–Weaver, R.K. “Social Security...”, *op. cit.*, pp. 14 ss.).

¹⁰ Como singularidad, Alemania prevé –con limitaciones– el ajuste de las cotizaciones sociales (OECD, *Pensions Outlook 2012*, p. 66).

optar por el recurso automático al fondo de reserva o instrumentos equivalentes del sistema, o incluso por la emisión de deuda pública.

Como tercer criterio se ha de determinar si el ajuste se realiza de forma anticipada o es un ajuste corrector. En aquél, que responde a una lógica más preventiva, la modificación se produce a partir de previsiones en torno a la evolución del parámetro de referencia de que se trate –señaladamente, la esperanza de vida–, con el riesgo de desviación que ello puede implicar; pero, al tiempo, con la ventaja de poder modular los cambios en el tiempo. Frente a ello, el ajuste corrector es preciso, pues se aplica a partir de datos reales; sin embargo, puede dar lugar a cambios más bruscos que se agravan en los casos de utilización de variables con alto riesgo de volatilidad.

En cuarto lugar, otro criterio relevante es la periodicidad prevista para la aplicación del factor de sostenibilidad. Si es dilatada en el tiempo se corre el riesgo de dar lugar a cambios cuantitativamente importantes, con la frustración de expectativas que ello podría traer consigo y la consiguiente oposición –y coste político– que puede llevar aparejado¹¹. En este sentido, un periodo de referencia reducido –anual, por ejemplo– evita modificaciones abruptas de los parámetros del sistema del lado de los ingresos o de los gastos; pero tiene algo de “engañoso” en cuanto disimula, diluyéndolos en el tiempo, los efectos nocivos que esta formulación lleva aparejada.

Por último, un quinto criterio es el relativo al grado de automaticidad del factor de sostenibilidad. El arco de posibles soluciones abarca desde su diseño como un mecanismo de ajuste inmediato hasta su configuración como “alarma” del sistema (*alarm bell*)¹², pasando por fórmulas más sofisticadas que exijan la observancia de un determinado procedimiento, legislativo o no, que incluso podría condicionarse a la obtención de mayorías (cualificadas, por ejemplo).

Dado el prolongado desarrollo en el tiempo y la vocación de estabilidad de los sistemas de pensiones basados en el compromiso intergeneracional, puede resultar chocante en cierto sentido el carácter automático del mecanismo estabilizador en la medida en que supone constreñir –o suprimir– el margen de decisión política sobre un asunto tan político como la determinación de la cantidad de riqueza que se dedica a la financiación de las pensiones de nuestros mayores. La introducción del factor de sostenibilidad se explica, a mi juicio, desde una triple perspectiva.

¹¹ La OCDE se decanta claramente por una periodicidad frecuente como fórmula más efectiva para evitar la oposición (*Pensions Outlook 2012*, p. 71). Y recuerda la reducción de la cadencia desde los diez a los dos años en Italia, que se aplicará a partir de 2019 tras la “Reforma Fornero” (art. 24 del Decreto Legge 201/2011 del 6 diciembre 2011).

¹² BOSworth, B.P. – Weaver, R.K. “Social Security...”, *op. cit.*, p. 7.

Por un lado, se aprecia una clara desconfianza hacia los políticos como sujetos responsables de la adopción de decisiones. En concreto, la inacción política –derivada de la lejanía en el tiempo de los posibles réditos o del desgaste inmediato que llevan consigo otras decisiones– es un riesgo cierto, que se agrava por la falta de debate serio y riguroso sobre los retos del sistema de pensiones en la opinión pública¹³.

Por otro lado, es ingenuo no advertir que lo que plantea este tipo de mecanismos es una limitación de la solidaridad –¿impuesta por los mercados?– a través de la introducción de medidas más propias de la lógica del seguro que de un régimen de reparto de prestación definida. Cabe incluso ir más allá: la automaticidad como instrumento “técnico” constituye la vía más efectiva –y discreta– para promover una liberación del espacio de las pensiones privadas (planes de pensiones, contratos de seguro) por parte de poderosísimos intereses financieros. Algo que resulta particularmente propicio ante la previsión de que en las próximas décadas la evolución del sistema esté marcada por la jubilación de los “baby boomers” con la consiguiente intensificación de las tensiones financieras que favorecerán las medidas de reducción del gasto.

Y, en fin, este tipo de cambios se ven claramente favorecidos ahora en un contexto de gravísima crisis económica y de entronización de unas políticas de control a ultranza del déficit público; dicho en otras palabras, la actuales tensiones financieras de la Seguridad Social son utilizadas para reducir el gasto en pensiones –la partida más importante en términos numéricos– y con ello enviar un mensaje a los mercados de compromiso inquebrantable con la reducción del déficit público. Desde esta perspectiva, debe repararse en que la introducción de este mecanismo, y su misma configuración, podría resultar “irreversible” por cuanto su supresión (o “dulcificación”) sería interpretada como una falta de compromiso en el control del déficit público, al menos en el actual contexto político-económico¹⁴.

Pese a todo, no debe subestimarse la incidencia desde la esfera política. Paradójicamente el envejecimiento de la población también intensifica el prota-

¹³ Un ejemplo paradigmático es lo sucedido en España justo antes del estallido de la crisis económica. En 2007 se aprobó la Ley 40/2007 que plasmaba el contenido del acuerdo tripartito firmado con los interlocutores sociales en julio de 2006 y que contó con un amplio apoyo parlamentario. Visto con cierta perspectiva, es evidente que las medidas contenidas eran poco ambiciosas. Pero lo sorprendente es que sólo unos meses después el Gobierno español (entonces presidido por Rodríguez Zapatero) remitía a la Unión Europea un Informe (*Informe Nacional de Estrategias para la Protección Social y la Inclusión Social del Reino de España 2008-2010*, p. 76) en el que anticipaba un cercano (2023) desequilibrio del sistema –con el necesario recurso al Fondo de Reserva– que implícitamente venía a plantear cierta urgencia en la adopción de medidas de mayor calado.

¹⁴ Lo que de nuevo B.P. Bosworth y R.K. Weaver califican de “... era of nervous capital markets...” (“Social Security...”, *op. cit.*, p. 12).

gonismo de la población jubilada cuyo peso está llamado a ser decisivo en las elecciones. No hay que descartar, por tanto, los riesgos de insostenibilidad política de este tipo de mecanismos de ajuste automático¹⁵.

2. LA CONFIGURACIÓN DEL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Como pieza con la que se completaba el conjunto de cambios paramétricos introducidos por aquella reforma legal, el artículo 8 de la *Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social* incorporó –en los mismos términos que lo había hecho el Acuerdo Social y Económico (ASE)¹⁶– una nueva Disposición Adicional 59ª LGSS en la que se esboza –todavía– lo que viene a denominarse “Factor de sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social”, por el cual se prevé a partir de 2027 una revisión periódica de los parámetros de dicho sistema¹⁷ en función de la esperanza de vida para garantizar así su sostenibilidad, es decir, como respuesta en el medio y largo plazo al envejecimiento de la población.

Seguramente la lejanía temporal del momento inicial de aplicación de este mecanismo (2027) explica, siquiera en parte, su tan escueta regulación. Circunscribiéndonos de momento al tenor literal de la Disposición Adicional 59ª LGSS en los términos establecidos por la *Ley 27/2011*, cabe comenzar por subrayar que el aspecto más claro de su redacción es la referencia temporal de aplicación: de un lado, se fija el mencionado año 2027 como punto de partida para una evaluación periódica de la esperanza de vida a los 67 años; de otro, se precisa esa periodicidad: “... cada 5 años...”, es decir, que la primera revisión debería tener lugar en 2032. Una fecha que –no está de más recordar– no es caprichosa, sino que coincide con el momento en el que el incremento del gasto se intensifica por la jubilación de los “baby boomers”.

En cuanto al objeto de la revisión, nada dice aquella disposición sobre los citados parámetros fundamentales¹⁸. Pero dado que la disposición identifica

¹⁵ Acertadamente, llaman la atención sobre este punto: Bosworth, B.P.–Weaver, R.K. “Social Security...”, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶ Acuerdo firmado por el Gobierno, UGT, CCOO, CEOE y CEPYME el 2 de febrero de 2011.

¹⁷ El CES consideró que, en realidad, la referencia debería hacerse al sistema de pensiones más que al conjunto del mismo (CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen 2/2011, sobre el Anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*, p. 31).

¹⁸ Indirectamente, sí lo hace la Disposición Final 8ª de la *Ley 27/2011* que modifica a su vez la Disposición Adicional 8ª LGSS para precisar que la regulación sobre el factor de sostenibilidad se aplica a todos los regímenes que integran el sistema; algo, por otro lado, que ya podía deducirse de la alusión genérica al “sistema”.

como objetivo “... mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo...”, parece que el legislador –antes el Gobierno y los interlocutores sociales en el ASE– estaría pensando, desde una lógica de contención del gasto, que esas variables a modificar son principalmente la edad de acceso a la jubilación y el periodo de años de cotización exigido para acceder a una pensión “plena”¹⁹.

Eso sí, en principio, nada impediría que el énfasis se pusiera en el lado de los ingresos a través, por ejemplo, de un incremento de las cotizaciones sociales o –más plausible en el medio plazo– el recurso a fuentes alternativas de financiación complementaria a las que expresamente se refiere la Disposición Adicional 12ª de la Ley 27/2011. Y este matiz es importante para evitar el sesgo restrictivo del factor de sostenibilidad: éste parece concebirse –y diseñarse– como un mecanismo garante de la sostenibilidad del sistema en términos equivalentes al actual, lo que no prejuzgaría el tipo de medidas a adoptar pero sí limitaría la reducción de la cuantía de las pensiones. Cosa distinta es la orientación concreta que le haya querido dar el Gobierno del Partido Popular con ocasión de la aprobación de la *Ley Orgánica 2/2012, 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera* a la que enseguida se hará referencia.

La disposición legal no especifica tampoco quién debe ocuparse de la revisión de esos parámetros. Es evidente que, en última instancia, será el legislador el encargado de hacerlo en la medida en que esos ajustes implicarían en todo caso cambios legales. Ahora bien, dadas las características de la materia e incluso el origen consensuado de la reforma, convendría reforzar el procedimiento involucrando de manera expresa a los grupos parlamentarios a través del Pacto de Toledo y a los interlocutores sociales. Repárese en que cuanto más amplia sea la participación mayor será la legitimación de las medidas, algo decisivo especialmente si resultan impopulares.

Pero la pieza más importante del esbozo de factor de sostenibilidad es la determinación del elemento que sirve de referencia para la revisión. La Ley 27/2011 fue muy clara en este punto al ligar dicha revisión de los parámetros fundamentales del sistema a “... las diferencias entre la evolución de la espe-

¹⁹ También cabría interpretar que la relación entre estos dos conceptos parece tener una dimensión de globalidad en la que se tiene más presente la necesidad de preservar esa proporción, de manera que si se amplía el tiempo durante el cual se percibe la pensión habría también que extender el esfuerzo contributivo. Tal parece ser la finalidad principal de este instrumento; y desde esta perspectiva deben ser entendidas como aspectos “complementarios” las referencias a la intención de “... garantizar su sostenibilidad...” y a “...la evolución de la esperanza de vida a los 67 años...”.

ranza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027”. Es decir que la salvaguarda del equilibrio del sistema se vinculaba a la evolución de la esperanza de vida, no al simple equilibrio financiero de ingresos y gastos del sistema. Por tanto, hay que entender que el mecanismo no resultaría aplicable por la simple circunstancia de que los gastos del sistema superaran a los ingresos, sino que sólo ante la elevación de la esperanza de vida “a los 67 años” podría plantearse una revisión de los “parámetros fundamentales” del sistema.

No cabe duda de que tal previsión resultaba coherente con el planteamiento global de la reforma como una anticipación a los problemas de crecimiento del gasto en pensiones consecuencia de la jubilación de los *baby boomers* y del envejecimiento de la población. Lo cierto es que ya en la fase previa a la tramitación legislativa surgieron voces que reclamaban la extensión de los parámetros de referencia, en línea con otras experiencias de países de nuestro entorno. La opinión más significada en este sentido fue la del Consejo Económico y Social, el cual en su Dictamen sobre la que luego sería Ley 27/2011 aludía a la relevancia en términos de sostenibilidad del sistema de pensiones de otros aspectos como los relacionados con “... la actividad económica, la evolución del empleo, o la participación laboral”²⁰.

Sin embargo, el desarrollo legal del modificado artículo 135 CE, la citada Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, introduce un novedoso criterio sobre la aplicación del factor de sostenibilidad que, de un modo desconcertante y contradictorio, vino a cuestionar la –todavía hoy vigente– configuración del mismo contenida en la Ley 27/2011.

En concreto, desde un planteamiento –de dudosa constitucionalidad: ¿dónde queda el artículo 41 CE?– que consagra la obligación de equilibrio o superávit presupuestario de la Seguridad Social, el artículo 18.3 LO 2/2012 establece como mecanismo regulador “... en caso de proyectar un déficit en el largo plazo del sistema de pensiones...” la revisión de los parámetros de ese sistema a través de una aplicación “... automática [del] factor de sostenibilidad...” al que se refiere la Disposición Adicional 59ª LGSS introducida en 2011.

Ciertamente, esta previsión en torno a la aplicación del factor de sostenibilidad resulta imprecisa por al menos dos razones. De una parte, su diseño adolece de excesiva laxitud: cuando alude a una proyección del déficit del sistema de pensiones en el largo plazo, ¿a qué se refiere? Porque lo que ya dicen las proyecciones es que el gasto en pensiones va a incrementarse notablemente

²⁰ CES, *Dictamen 2/2011, sobre el Anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social, del Consejo Económico y Social* (aprobado por el Pleno el 23 de marzo de 2011), p. 31.

en las próximas décadas. Dada la previsión del carácter automático del factor de sostenibilidad, ¿significa ello que el Gobierno podría hacerlo en cualquier momento? Un temor que se agrava por la actual situación financiera de la Seguridad Social que ha cerrado el ejercicio de 2012 con un déficit de 10.131 millones de euros (aproximadamente un 1% del PIB).

De otra parte, no queda muy claro qué quiere decir el artículo 18.3 LO 2/2012 cuando contempla que esa aplicación del citado factor se producirá “... en los términos y condiciones previstos en la Ley 27/2011...”. Resulta confuso no sólo porque el citado artículo 8 sea algo abstruso y no especifique en qué circunstancias y con qué sentido se ha de producir la revisión, sino porque se vincula a la evolución de la esperanza de vida siendo así que los problemas de sostenibilidad del sistema de pensiones pueden aflorar incluso aunque esa variable permanezca estable.

3. UN ANÁLISIS CRÍTICO DEL INFORME DE LOS ‘EXPERTOS’ SOBRE EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD

Ni la Ley 27/2011 ni la Ley Orgánica 2/2012 establecieron ningún calendario de desarrollo de las genéricas previsiones sobre el factor de sostenibilidad. En cambio, la presión de las instituciones europeas en este sentido –seguramente con cierto “regocijo” del Gobierno español– ha sido intensa desde antes incluso de la entrada en vigor de la propia regulación²¹. Por eso no sorprendió que el *Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo*, incluyera previsiones una Disposición Adicional 9ª en la que el propio Gobierno se instaba a sí mismo a crear, en el plazo máximo de un mes, “... un Comité de Expertos independientes...” con el fin de elaborar un informe sobre el factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social “... en línea con lo previsto en la D.A. 59ª LGSS, introducida por la Ley 27/2011...”, para su posterior remisión a la Comisión parlamentaria del Pacto de Toledo.

²¹ La *Recomendación del Consejo Europeo sobre el Programa Nacional de Reforma de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2015*, de 6 de julio de 2012, aludiera expresamente a la regulación del factor de sostenibilidad entre las tareas pendientes para el periodo de 2012-2013. La misma *Recomendación* recientemente aprobada por el Consejo Europeo (21 de junio de 2013) en relación con el Programa Nacional de Reformas de 2013 y el Programa de Estabilidad para 2013-2016 precisa que la regulación de dicho factor debe producirse antes del final del presente año 2013.

Ese grupo de ‘expertos’ –con un claro sesgo profesional de sus integrantes– elaboró en un breve plazo de tiempo el citado *Informe*²² –más una propuesta de regulación– sobre el factor de sostenibilidad²³, que fue entregado al Gobierno el pasado 7 de junio de 2013. En él se plantea la creación de un factor de sostenibilidad que es ampulosamente presentado como de “tercera generación” por cuanto combina dos fórmulas (subfactores) de ajuste: el *Factor de Equidad Intergeneracional (FEI)*, que afecta a la cuantía de las pensiones inicialmente reconocidas; y el *Factor de Revalorización Anual (FRA)*, referida al mecanismo de actualización periódica de todas las pensiones. Tratándose de un cambio de tanto calado e impacto social y económico, un análisis crítico es pertinente.

3.1. El “pecado original”: las discutibles premisas de partida del Informe

Sin entrar todavía en la regulación concreta de los dos factores que plantea el Informe, es obligado hacer algunas consideraciones generales que ponen de relieve las debilidades e insuficiencias del planteamiento de partida de los ‘expertos’ y que en buena medida condicionan el resultado final.

Lo primero que sorprende es que el Informe ignore el contenido –casi la existencia– de la reforma de 2011. Los ‘expertos’ dan a entender que no se ha introducido ningún cambio relevante en el sistema de pensiones desde hace años²⁴, cuando lo cierto es que, de un lado, todos los análisis realizados sobre la Ley 27/2011 coinciden en reconocer que se trata de una reforma del sistema público de pensiones ambiciosa²⁵ –probablemente la más ambiciosa desde su creación– y que, de otro, las medidas allí contenidas apenas han comenzado a aplicarse este mismo año con un despliegue progresivo hasta 2027. Desde esta perspectiva no extraña –aunque es igualmente criticable– que el Informe no respete el mandato de actuación “... en línea con lo previsto...” por la Ley 27/2011; aunque, como se ha visto, la citada norma no hace más que un esbozo del nuevo factor sí perfila algunos rasgos importantes y, en este sentido, ningún

²² *Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones*

²³ El contraste con el encargo que recibe la *Commission pour l’avenir des retraites* en el caso francés es clamoroso. Sirva sólo como muestra que sus trabajos se desarrollan durante casi un año y que cuentan para ello con una “hoja de ruta”, un mandato claro y preciso sobre los aspectos a tratar en su informe.

²⁴ Ya en la presentación el Informe señala, en tono de reproche, que las reformas que se plantean “... debería(n) haberse abordado hace bastantes años...”.

²⁵ Véase, por todos: Cruz Villalón, J. “Líneas de tendencia de las reformas en materia de protección social”, *Temas Laborales*, nº 112, 2011, pp. 13 ss.

espacio hay, por ejemplo, para la regulación del componente de revalorización anual. En este punto la extralimitación del Informe respecto del mandato legal es indiscutible.

Igualmente criticable es, desde esta perspectiva general, que los ‘expertos’ den por supuesto los problemas de sostenibilidad del sistema público de pensiones –más allá de vagas referencias al envejecimiento de la población y al incremento de la tasa de dependencia–, cuando tanto la OCDE²⁶ como la Comisión Europea²⁷, e incluso el propio Gobierno español²⁸, señalan lo contrario: reconocen que gracias a la reforma de 2011 el gasto en pensiones contendría su crecimiento de aquí a mitad de siglo para situarse por debajo del 14% en 2060. Ese nivel de gasto es inferior al que hoy corresponde a otros países importantes, por lo que los ‘expertos’ deberían haber explicado por qué España no puede asumir en esta materia un esfuerzo equivalente al que realizan nuestros socios. En verdad, tal circunstancia lo que “certifica” es la sostenibilidad del nivel de gasto proyectado. Cosa muy distinta es que los ‘expertos’ consideren que es excesivo destinar tantos recursos públicos a las pensiones; pero entonces deberían haberlo planteado así para no incurrir en un riesgo de reproche por falta de honestidad intelectual al presentar como inevitable lo que no es más que una –legítima– opción ideológica.

Quizá el origen de esta debilidad del Informe reside en la concepción de la “sostenibilidad” de la que parten los ‘expertos’. Sea por convicción o sea por interés, identifican sostenibilidad con “... lo que el sistema puede pagar por sí mismo...”²⁹ que desde su perspectiva corresponde fundamentalmente a lo ingresado por cotizaciones sociales; cuando, en realidad, la clave estaría en que el gasto en pensiones no exceda de una proporción razonable de la renta generada por el conjunto de la sociedad.

Tampoco justifica el Informe las razones de la urgencia en el procedimiento y en la aplicación del nuevo mecanismo. Choca que una iniciativa de

²⁶ Véase: OECD (2011), *Pensions at a Glance 2011: Retirement-Income Systems ?in OECD and G20 Countries*.

²⁷ Véanse dos informes de la Comisión Europea: *2012 Ageing Report (Underlying Assumptions and Projection Methodologies)*, 2011; y *Pension Adequacy Report* (mayo 2012). España gastaba en 2010 un 10,1%, mientras que la media UE-27 era 11,3 y la de los países de la zona euro 12,2%. La previsión de gasto en España para 2030 es del 10,6% (lo que en 2010 gastaba Alemania, 10,5) y todavía en 2035 no pasaría del 11,3. A partir de ahí el crecimiento del gasto se intensificaría hasta alcanzar el 14% del PIB en 2050 (entonces baja por la progresiva desaparición de los “baby boomers”: 13,7% en 2050); un nivel de gasto inferior todavía al que hoy (dato de 2010) corresponde a Francia (14,6%), Italia (15,3%) o Austria (14,1%).

²⁸ La Ministra de Empleo y Seguridad Social así lo reconocía en el Congreso de los Diputados en el debate de convalidación del Real Decreto-ley 5/2013 celebrado el 11 de abril de 2013.

²⁹ *Informe, op. cit.*, p. 9.

este tipo con un impacto económico y, sobre todo, social tan importante se “despache” en pocas semanas sin tiempo real suficiente para un análisis detenido de la situación actual y de las implicaciones propuestas³⁰.

Y en cuanto a la aplicación temporal del factor diseñado –entre 2014 y 2019³¹–, no se explican las razones ni se entiende la premura. Genéricamente, sólo se hace referencia a que “... el desequilibrio actualmente existente entre ingresos y gastos del sistema se iría acumulando en el tiempo...”, como si la caída de la afiliación como consecuencia de la crisis económica no fuera a recuperarse ni el corto, ni el medio, ni el largo plazo. Bien al contrario, se apela a sus “bondades” y a “... la intensidad con que se envía la señal de determinación a la hora de enfrentarse con el problema de la sostenibilidad del sistema de pensiones...”. Incluso con cierto descaro se hace referencia a la reducción de “... las incertidumbres de los pensionistas actuales y futuros”, cuando más bien es justamente todo lo contrario³²: ¿hay algo que pueda generar más incertidumbre a los pensionistas que no saber si sus pensiones van a depreciarse año tras año?

A este respecto, cabe señalar que si lo que se pretende es dar respuesta a las actuales tensiones financieras del sistema –un “déficit” del 1% en 2012–, la solución propuesta es equivocada, porque el origen de esos problemas reside en la caída de la afiliación provocada por la crisis económica y la política “austericida” aplicada, y no en desequilibrios estructurales: con el nivel de afiliación previo a la crisis –por encima de 19 millones de trabajadores– hoy la situación financiera sería holgada. Por su parte, si de lo que se trata es de hacer frente a los retos del futuro, es exigible no actuar con precipitación y, en tal sentido, sería razonable esperar algunos años para comprobar el impacto de las medidas contenidas en la reforma de 2011.

En fin, desde esta perspectiva general cabe ya apuntar la idea central de este análisis que el examen particular del FEI y FRA corrobora. Lo que los ‘expertos’ plantean no es un ajuste del modelo de pensiones, sino un auténtico cambio sistémico cuyos dos rasgos fundamentales, estrechamente conectados, son la reformulación a la baja de la cuantía de las pensiones y cierta mercantilización de la conceptualización del derecho a la pensión.

3.2. El Factor de (in)equidad Intergeneracional

El *Factor de Equidad Intergeneracional* (FEI) se presenta como un meca-

³⁰ En ese sentido se expresa el voto particular del profesor J.L. Tortuero Plaza.

³¹ En el caso del FRA los dos escenarios contemplados son la aplicación inmediata en 2014 o la “... posiblemente graduada, no más tarde de 2019”.

³² De nuevo: *Informe, op. cit.*, p. 23.

nismo por el cual se aplica un descuento en la cuantía inicial de la pensión en función de la evolución de la esperanza de vida. En concreto, la fórmula consiste en multiplicar la cuantía de la pensión que teóricamente correspondería por el resultado de dividir la esperanza de vida a una determinada edad (65 años, por ejemplo) en un año concreto (2014, también por ejemplo) por la esperanza de vida a esa misma edad en el año que se produzca la jubilación. Si, como es previsible en principio, la expectativa de vida crece³³ el cociente resultante será inferior a 1, por lo que la cuantía inicial se verá reducida, de manera que el monto total de las pensiones recibidas será el mismo en un caso (mayor cuantía percibida durante menos tiempo) y en otro (menor cuantía percibida durante más años).

Para los ‘expertos’ la justificación de esta formulación concreta del mecanismo de ajuste es doble. De un lado, serviría para garantizar “... que las condiciones de las pensiones sean iguales para todos los jubilados [cuando se jubilan a igual edad y con misma base reguladora en un momento posterior, se entiende] con independencia de la cohorte demográfica a la que pertenezcan...”³⁴. Y, de otro, se alcanzaría así un “... objetivo redistributivo...” consistente en repartir entre las distintas generaciones el esfuerzo necesario para equilibrar el sistema ante el incremento de la tasa de dependencia derivado del envejecimiento de la población. En realidad, habría todavía una tercera justificación implícita: el convencimiento de que nuestro país no puede permitirse pagar unas pensiones públicas –este último rasgo no es baladí– tan “generosas” como las que las que reciben en la actualidad nuestros pensionistas.

La propuesta, y los argumentos, deben ser duramente criticados por las siguientes razones. En primer lugar, hay un problema de origen en la medida en que el Informe parte una concepción “singular” del equilibrio del sistema de pensiones que la aleja de la consagración de la pensión como un derecho. Como con acierto denuncia el voto particular de Santos Ruesga³⁵, en un sistema de reparto de prestación definida como el español es un error presentar el equilibrio en términos actuariales, es decir, exigiendo que las “primas” (cotizaciones) sean suficientes para el pago de las prestaciones contributivas (pensiones). El equilibrio debe ser presupuestario y ello tiene tres implicaciones principales.

³³ No debe pasarse por alto que en 2012 la expectativa de vida a los 65 años se ha reducido ligeramente (baja de 20,7 años a 20,5). Cabe la duda de si es algo excepcional (sucedió también en 2003 y en 2005) o si, como parecen apuntar organismos internacionales (Organización Mundial de la Salud) el impacto de la crisis se está reflejando en este indicador. En todo caso, no parece discutible que en el largo plazo la tendencia es creciente, con el consiguiente efecto reductor de las pensiones.

³⁴ *Informe, op. cit.*, p. 6.

³⁵ Véase el voto particular del citado experto, único que votó en contra del Informe (p. 5).

Ante todo, hay que tener presente que en un Estado social –además de democrático y de derecho– el acceso a una pensión en la vejez se configura como un derecho vinculado a la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE). Sin desconocer lógicamente la dimensión económica de las pensiones en términos de gasto, esta otra dimensión jurídico-constitucional es muy relevante, porque condiciona los términos del debate: se trata de determinar qué parte de la riqueza del país –expresada en porcentaje de PIB, como criterio habitual– estamos dispuestos a dedicar para financiar unas pensiones suficientes. Desde esta perspectiva, el equilibrio existirá siempre que el nivel de recursos requerido para ello sea razonable –lo que gastan los países de nuestro entorno europeo parece un buen criterio de referencia– y siempre que los poderes públicos cumplan su deber estableciendo las fuentes de financiación oportunas.

En cuanto a aquello –el gasto–, ya hemos constatado que España dedica a pensiones ahora una cantidad relativamente baja y que pese al crecimiento que experimentará en las próximas décadas se mantendrá siempre en unos niveles asequibles, por debajo de la media de los países de la zona euro. Por lo que se refiere a las fuentes de financiación, nada hay que objetar a la centralidad de las cotizaciones sociales, pero si lo recaudado a través de ellas no es suficiente parece lógico –hablamos de una “función del Estado” (STC 37/1994)– habrá que plantear nuevas vías de ingreso. De un modo retórico –a la vista de la orientación general del Informe– se alude a esas posibles alternativas: indirectas en un caso, incrementando la población activa y el número de cotizantes a través de la prolongación de la vida laboral, de la reducción del desempleo o los flujos migratorios, y directas en otro a través de medidas como “(a)umentar los tipos impositivos, incrementar el porcentaje de los salarios que constituye la base de cotización y aportar ingresos adicionales al sistema de pensiones”³⁶. Esta última fórmula podría resultar particularmente interesante –con algunas experiencias comparadas de referencia³⁷– teniendo en cuenta que el principal reto al que nos enfrentamos no es tanto el alargamiento de la esperanza de vida, cuanto la jubilación de la históricamente numerosa generación del baby boom; se trataría, por tanto, de hacer frente a un gasto adicional que sobre todo a partir de la década de los treinta se prolongará durante unos veinte años, pero con fecha de caducidad.

En segundo término, el Informe parece olvidar –sorprendentemente– que con el mismo fin de moderar el incremento del gasto que previsiblemente se va

³⁶ *Informe, op. cit.*, p. 21.

³⁷ Véase el caso francés, “contribution sociale généralisée” (Pellet, R. “La fiscalisation du financement des retraites”, *Droit Social*, n° 3, 2011, pp. 1 ss.

a producir en las próximas décadas y así salvaguardar el equilibrio del sistema de pensiones se llevó a cabo la ambiciosa reforma de 2011 (Ley 27/2011), cuyas medidas sólo han comenzado a aplicarse en 2013 con una perspectiva de despliegue gradual hasta 2027. Como antes se apuntaba, no se explica por qué no puede esperarse hasta esa fecha para comprobar los efectos. Téngase en cuenta que tales medidas planteaban la exigencia de un mayor esfuerzo contributivo como alternativa (parcial) al retraso de la edad de jubilación, lo que significa que la aplicación del FEI supondría un ajuste o penalización adicional alterando el equilibrio perseguido por la citada reforma de 2011.

En tercer lugar, el informe minimiza la magnitud de la reducción de la cuantía de las pensiones con una triple argumentación que debe ser rechazada. Por una parte, se escuda en la gradualidad propia de la aplicación del mecanismo: "... hace falta que pase mucho tiempo para que este factor de equidad intergeneracional tenga efectos sustantivos en el cálculo de la pensión inicial"³⁸, y lo ilustra señalando, con cierta frivolidad, que la reducción de la cuantía de las pensiones de los que se jubilen en 2034 sería del 12% aproximadamente y que los ajustes anuales serían "muy suaves" por lo que no supondrían un cambio brusco de expectativas. Invirtiendo el orden de los argumentos, lo cierto es que esa "suavidad" es engañosa: cada reducción es pequeña porque se aplica con periodicidad anual, pero sus efectos son notables en el medio plazo, y pueden ser devastadores en el largo plazo, un aspecto capital que podría minar la confianza con la que debe contar un régimen de reparto. Asimismo, cabe apreciar que esa reducción de aproximadamente un 6% cada diez años (0,6% anual) es mucho más relevante cuando reparamos –los "expertos" no parecen hacerlo– en que la pensión media de jubilación no alcanza los 980 euros mensuales o que el 40% de las pensiones de jubilación son inferiores al SMI.

Por otra parte, se apunta que la aplicación del FEI no implica que la pensión media inicial disminuya ni siquiera en términos reales. Ello seguramente es cierto, pues tal es la tendencia "natural" como consecuencia del crecimiento de las bases reguladoras, aunque es posible que se modere por la aplicación de los más estrictos requisitos establecidos por la Ley 27/2011. Pero ese efecto sustitución no puede ocultar el perjuicio que sufrirá de forma individual cada pensionista: recibirán pensiones de una cuantía menor de la que les hubiera correspondido de no haber aplicado el citado FEI.

Y también es rechazable que sean "... relativamente pocos los afectados cada año..." dado que el factor sólo se aplicaría a los pensionistas entrantes en

³⁸ *Informe, op. cit.*, p. 11.

el sistema (altas). Parece olvidarse que en 2012 las altas iniciales en pensiones de jubilación fueron 308.400, lo que significa que en apenas cinco años podría afectar a más de 1,5 millones de pensionistas.

En cuarto lugar, el mecanismo de ajuste resulta drástico y desproporcionado. Para empezar porque se plantea una aplicación (casi) inmediata, pues apuesta por hacerlo no más allá de 2019 (entre 2014 y ese año), sin aclarar por qué esa fecha ni cuáles son las “... razones de peso para que se haga lo antes posible...” a las que alude³⁹ pero que no precisa.

Tampoco es cierta la afirmación de que los futuros pensionistas vayan a “... percibir prestaciones del sistema de pensiones durante un número de años muy distinto”. Según el INE, esa diferencia en la esperanza de vida a partir de los 65 a lo largo de las próximas cuatro décadas no llegaría a cuatro años, pese a lo cual el mensaje que se transmite a los que hoy se incorporan al mercado de trabajo es que su pensión entonces va a ser una cuarta parte inferior a la que hoy le correspondería.

Además, la aplicación automática desprecia otros factores que deberían tomarse en consideración: se piensa en que las cohortes más numerosas que se jubilarán en las próximas tres décadas han contribuido de manera particular al crecimiento económico y que, en el mismo sentido, la sociedad en la que se jubilarán será previsiblemente mucho más rica. Difícilmente puede explicarse que un país más próspero, como será España dentro de veinte años, esté abocado a pagar pensiones cada vez más modestas a sus pensionistas no haciéndoles partícipes del progreso económico colectivo: ¿es esa la equidad intergeneracional?, cabría preguntarse.

3.3. El Factor de Revalorización Anual: la garantía de pérdida de poder adquisitivo

El segundo componente del factor de sostenibilidad es el denominado *Factor de Revalorización Anual* (FRA), que viene a sustituir el mecanismo de actualización automática de las pensiones conforme al incremento del IPC por una nueva previsión de la que resulta que su revalorización se producirá, en su caso, en función de la situación financiera del sistema. Así, los ‘expertos’ proponen una compleja fórmula matemática según la cual la actualización anual dependerá del crecimiento de los ingresos, de la evolución del número de pensiones y de la pensión media como consecuencia del “efecto sustitución”

³⁹ *Informe, op. cit.*, p. 22.

–diferencia de cuantías en altas y bajas–, modulándose la aplicación en función de cómo evolucionen ingresos y gastos a lo largo del ciclo económico⁴⁰.

De este modo se persigue hacer frente a los riesgos asociados a la tasa de dependencia –número de pensionistas respecto de los trabajadores ocupados– y a los riesgos económicos de carácter estructural del sistema, actuando sobre un elemento esencial del gasto: el crecimiento anual de la cuantía de las pensiones ya reconocidas. A juicio de los ‘expertos’, la aplicación del FRA es la solución adecuada porque evita la financiación de las pensiones con déficits estructurales garantizando así el principio de estabilidad presupuestaria; porque permite un ajuste suave que corrige las distorsiones del ciclo económico; y porque su formulación, al incorporar diversas variables y no constreñirse a la inflación, resulta mucho más amplia y completa.

Lo primero que llama la atención es el inesperado cambio de orientación en el modo en el que se articula el mecanismo de revalorización. En sintonía con lo previsto por el artículo 50 CE sobre el que enseguida volveremos, la *Ley 26/1985*⁴¹ introdujo el criterio de vinculación de la revalorización al IPC que, con las garantías reforzadas por la *Ley 24/1997*⁴², se ha venido aplicando hasta ahora. Y es una fórmula que ha desempeñado un papel muy importante en la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas lo que es tanto como decir que se ha convertido en un instrumento decisivo del bienestar de este colectivo y del combate contra la pobreza en ese tramo de edad. Pese a que el nivel de inflación en España se ha moderado sensiblemente desde el ingreso en el Euro, ese mecanismo de revalorización –que ha incorporado también mejoras por encima del IPC en las pensiones más modestas– representa un importantísimo porcentaje de la partida que se dedica a las mismas⁴³.

⁴⁰ El Informe considera que a medio y largo plazo el FRA garantiza que el saldo presupuestario del sistema (ingresos menos gastos) converge a 0. Sin entrar a discutir tal aspecto –ello dependerá, sobre todo, de la evolución de los ingresos lo que, en buena medida, constituye una decisión política–, la primera parte de la ecuación es suficiente para fundamentar una crítica dura a la regulación propuesta.

⁴¹ *De 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social* (artículo 4). Según la Exposición de Motivos, “... introduce la garantía de que las pensiones serán actualizadas cada año según la evolución del índice de precios al consumo, manteniendo así los pensionistas el poder adquisitivo de sus pensiones”.

⁴² *De 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social*, la cual incorpora la previsión de corrección, en su caso, de la desviación de la revalorización inicial.

⁴³ En diciembre de 2011, el 26,86% del importe de la nómina de pensiones correspondía a las revalorizaciones acumuladas que tienen las pensiones en vigor (*vid.* “Informe sobre el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas en los años 2007-2011”, p. 14).

Desde esta perspectiva, es evidente que el nuevo FRA está pensando antes en la estabilidad presupuestaria que en los pensionistas, pese a tratarse de un colectivo que como población inactiva resulta particularmente vulnerable. Así, las pensiones se revalorizarán en la medida en que existan recursos suficientes para hacerlo, sin ningún compromiso más. Tal planteamiento se ajusta perfectamente al mandato del artículo 135 CE que pretende situar la citada estabilidad presupuestaria por delante de cualquier otro deber o compromiso de los poderes públicos. El artículo 11.5 LO 2/2012 –en el que se establece que las “... Administraciones de Seguridad Social mantendrán una situación de equilibrio o superávit presupuestario”– parece resultar decisivo en este punto⁴⁴.

Lo cierto es que, de este modo, el FRA devalúa el derecho a la revalorización de las pensiones al someterlo a la disponibilidad presupuestaria. Más allá de la importancia cuantitativa que tiene la revalorización, hay que tener presente que ésta es –tal como reconoce el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁵– un aspecto integrado en el cálculo de las pensiones y constituye, en consecuencia, un elemento esencial del derecho a la protección de la vejez en cuanto garantía de disposición de los medios adecuados para cubrir sus necesidades como personas jubiladas; o, dicho de otra forma, los poderes públicos tienen el deber constitucional de proveer los recursos necesarios para garantizar la revalorización. De ahí que sea lógico concluir que cualquier formulación del mecanismo de revalorización debe observar el mandato del artículo 50 de nuestra Constitución por el que se garantiza a los ciudadanos durante la tercera edad la “... suficiencia económica...” a través de “... pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas”. Y aunque es cierto que esta actualización no tiene que ir necesariamente ligada a la evolución de la inflación, la idea de suficiencia y adecuación no resulta compatible con una fórmula que –como vemos de seguido– parece abocar a todos los pensionistas, futuros ¡y actuales! a una pérdida constante de poder adquisitivo. Cabría concluir, por tanto, que el FRA es inconstitucional⁴⁶.

La segunda crítica que merece el FRA es que, detrás de una formulación técnica compleja y aparentemente neutra y flexible, se esconde una apuesta decidida por la reducción de la cuantía de las pensiones en términos reales. Desde luego, si no existe equilibrio entre ingresos y gastos –algo que en una

⁴⁴ Así lo reconoce abiertamente el *Informe (op. cit., p. 17)*.

⁴⁵ Véase en este sentido la interesante STJUE 20 de octubre de 2011, asunto Brachner.

⁴⁶ Siguiendo la doctrina del STJUE 20 de octubre de 2011, asunto Brachner, el reproche de inconstitucionalidad se vería reforzado por la apreciación de discriminación indirecta por razón de género si se acredita que la misma afecta de forma significativamente más intensa a las mujeres en cuanto receptoras de las pensiones más bajas.

coyuntura como la actual es descartable durante algunos años— el ajuste de las cuantías sería, en principio, muy intenso sin perjuicio de los mecanismos de modulación temporal que el propio mecanismo establece. Por eso, quizá lo más llamativo es que incluso en las situaciones de equilibrio presupuestario del sistema el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones sólo se produciría en caso de que los ingresos experimenten un incremento muy importante o, por ser más preciso, cuando el crecimiento real de los ingresos sea al menos igual a la suma del incremento del número de pensiones y de la pensión media como consecuencia del efecto sustitución.

En teoría, el FRA “... es más amplio que la regla de revalorización actualmente vigente...”⁴⁷ en el sentido de que al incorporar diversos elementos para el cálculo del incremento pueden dar lugar a una actualización por debajo de la inflación, pero también a la ganancia de poder adquisitivo. Sin embargo, el planteamiento es algo tramposo por cuanto es posible anticipar con cierta seguridad que esos dos elementos cuyo crecimiento debe restarse al de los ingresos evolucionarán previsiblemente de un modo negativo —tal como reconoce el propio Informe— lastrando la revalorización.

Así, de un lado, el efecto sustitución se traduce —al menos en el corto y medio plazo— en un incremento de la pensión media real; pero es importante tener claro que eso se debe a que la cuantía de las altas en pensiones supera a la correspondiente a las bajas y, lo que ahora más importa, que esa evolución positiva debe restarse al crecimiento de los ingresos para determinar la revalorización. Y, de otro, más certeza aún tenemos acerca de la evolución del número de pensiones, puesto que, salvo catástrofe, los que a mitad de siglo serán mayores de 65 años ya están entre nosotros; y lo relevante es que se trata de la generación más numerosa de nuestra historia, la del “baby boom”: de 8 millones de mayores de 65 años pasaremos a 15,2 millones en 2052⁴⁸, un crecimiento espectacular que también deberá restarse al aumento de los ingresos para determinar la revalorización. En suma, a la vista de la previsible evolución de la pensión media por el efecto sustitución y del número de pensiones el crecimiento de los ingresos debería ser realmente importante para evitar una pérdida de poder adquisitivo.

El tercer comentario crítico tiene que ver con el ámbito subjetivo de aplicación de la medida. Si ya es cuestionable en términos jurídico-constitucionales el establecimiento de un mecanismo de revalorización que podría implicar una importante pérdida de poder adquisitivo a lo largo del tiempo de percepción de la pensión, el que tal medida pretenda aplicarse también a los ya pensionistas

⁴⁷ *Informe, op. cit.*, p. 18.

⁴⁸ INE, *Proyecciones de población 2012*.

resulta inaceptable, pues como el propio Informe señala –en un momento aislado de “lucidez” constitucional– la aplicación del factor de revalorización anual “... ha de estar sometida siempre a la siguiente restricción: tras aplicarlo, ninguna pensión puede dejar de ser suficiente”⁴⁹. Lo llamativo es que los “expertos” –que ciertamente no lo son en asuntos de dimensión constitucional– creen salvar esa exigencia garantizando la cuantía de la pensión en términos nominales, es decir, que la pensión nominal no podría disminuir tras la aplicación del FRA. Un par de apuntes son pertinentes a este respecto.

De un lado, es cierto que de la doctrina constitucional no puede inferirse que la revalorización de la pensión conforme al IPC sea, en todo caso, un derecho consolidado para aquellos pensionistas que accedieron a la pensión cuando tal era el mecanismo de actualización vigente⁵⁰. Sin embargo, no debe desconocerse tampoco que el mecanismo de revalorización constituye, como veíamos, un elemento esencial para el cálculo de la pensión; por ello, es razonable sostener que las modificaciones de la fórmula de actualización no pueden ser drásticas en el sentido de desvirtuar el contenido de la garantía constitucional –“... pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas...”–. Y aunque los ‘expertos’ consideran que el mantenimiento de la cuantía nominal es suficiente para salvaguardar la constitucionalidad, el riesgo de acumular en pocos años una importante pérdida de poder adquisitivo implica un cambio radical de las reglas de juego que resulta desproporcionado –no concurre ninguna razón extraordinaria para la modificación–, especialmente cuando se tienen en cuenta dos circunstancias: una, que se trata de personas que “... ya no tienen tiempo ni capacidad de reacción para adaptarse a las nuevas circunstancias”⁵¹; y otra, en estrecha conexión, que se pone en riesgo la suficiencia exigida por el artículo 50 CE más si cabe cuando es previsible una reducción significativa de la cuantía de las pensiones⁵².

De otro lado, la propuesta también plantea una solución similar para los pensionistas futuros que se encuentran próximos a acceder a la pensión –algo difícilmente aplicable contingencias tan imprevisibles como la incapacidad permanente o la viudedad– que debe ser atacado en la misma línea anterior. Lo insólito es que implícitamente se sugiera que la aplicación del FRA a los pensiones de los futuros –no inminentes– pensionistas podría ver reducida su cuantía no sólo en términos reales –casi se da por supuesto–, sino también en

⁴⁹ Informe, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁰ Véanse, por todas, las SsTC 134/1987, 97/1990 y 100/1990.

⁵¹ Informe, *op. cit.*, p. 23.

⁵² Resulta sorprendente que el Informe plantee que la “generosidad” de ese límite nominal debiera ser compensado con que “... a cambio...” en otras circunstancias las pensiones nunca aumentarán “... muy por encima de la inflación...” (Informe, *op. cit.*, p. 23).

términos nominales. La transgresión del contenido del artículo 50 CE, tan vinculado a la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE) y al deber de los poderes públicos de promocionar la igualdad (artículo 9.2 CE) resulta palmaria.

De forma más breve cabe señalar, en cuarto y último lugar, que la aplicación de este factor de revalorización con cadencia anual tiene la ventaja de que introduce unos cambios mínimos –previsiblemente– de año en año, modula pues sus consecuencias; pero adolece del inconveniente de que se hacen menos perceptibles sus efectos en el medio y largo plazo, reduciendo la posible oposición de los ciudadanos pese a que los efectos pueden resultar devastadores en términos de pobreza y de ruptura de la cohesión social.

4. REFLEXIONES FINALES

La aplicación conjunta de estos dos factores, FEI y FRA, configura eso que los “expertos” denominan factor de sostenibilidad de tercera generación, porque actúa de manera simultánea en el cálculo de la pensión inicial y en la revalorización periódica. El Informe los presenta como mecanismos que ejercen recíprocamente de contrapeso⁵³, de forma que cuanto mayor sea la reducción de la cuantía inicial de las pensiones por la aplicación del FEI más se reducirá el gasto favoreciendo una revalorización de las pensiones más generosa, y viceversa. Sin embargo, tal apreciación quizá trata de disimular lo que la acción combinada de ambos elementos realmente lleva consigo: “... una disminución significativa de la pensión media sobre el salario medio”⁵⁴. Hasta tal punto que el propio Informe llama la atención sobre un aspecto central de la propuesta que sirve para entender a qué responde su planteamiento.

Y es que pone de manifiesto que el objetivo planteado es garantizar la sostenibilidad de un sistema público de pensiones distinto, un sistema mucho menos generoso que, por tal razón, necesita de actuaciones complementarias. De ahí que las que los ‘expertos’ presentan como soluciones (alternativas) para hacer frente a la reducción de la cuantía de las pensiones no lo son en realidad, pues precisamente lo que se busca son pensiones públicas más bajas –menos costosas y, por tanto, más fácilmente sostenibles–. Así, a la vista de todo lo anterior, las “alternativas” consistentes en la ampliación de la población activa –incremento del número de cotizantes a través del alargamiento de la vida activa, de la reducción del desempleo y de los flujos migratorios– o en el incremento de los ingresos –mediante el aumento de los tipos impositivos, la amplia-

⁵³ Afirma: “... la aplicación de los dos factores tiende a compensar desequilibrios asociados a la aplicación de tan solo uno de ellos, atendiendo a sus características” (*Informe, op. cit.*, p. 16).

⁵⁴ *Informe, op. cit.*, p. 21.

ción de las bases de cotización o la aportación de ingresos adicionales al sistema— parecen más retóricas que otra cosa. La orientación del “Informe”, en su conjunto, conduce —de un modo aparentemente inexorable— a “(a)ceptar la disminución de la ratio de la pensión media sobre salario medio...” y apostar por completar las pensiones públicas con ingresos procedentes del ahorro privado; como apuntaba, un auténtico cambio de modelo en el que se asume que las pensiones del sistema público son de una cuantía limitada y requieren por ello el complemento de instrumentos de ahorro privado.

Naturalmente la propuesta es legítima. Pero sería bueno que no se ocultara a los ciudadanos que lo que el doble factor de sostenibilidad plantea es un recorte de las pensiones públicas que incrementaría el riesgo de pobreza y de desigualdad. En mi opinión, la regulación del factor de sostenibilidad exigiría que el componente de sostenibilidad financiera sea corregido o compensado por otro factor de sostenibilidad social vinculado a la garantía de la adecuación de las pensiones. A efectos prácticos, tan relevante es el aspecto financiero como el social; pero no debemos olvidar cuál es la función principal del sistema de pensiones, de la Seguridad Social en general: la atención de necesidades sociales y el reforzamiento de la cohesión social. Tal es el núcleo esencial del pacto esencial sobre el que se sustenta nuestro sistema democrático.

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO FRANCÉS DE LA “EXTENSIÓN” COMO MECANISMO DE ATRIBUCIÓN DE EFICACIA GENERAL AL CONVENIO COLECTIVO SECTORIAL

PIERRE-HENRI CIALTI

Doctor en Derecho del Trabajo

EXTRACTO

Palabras Clave: Convenios y acuerdos colectivos sectoriales, eficacia general, poder reglamentario, extensión

Este trabajo aborda el procedimiento administrativo francés de la “extensión” cuya finalidad es permitir a un convenio o acuerdo sectorial aplicarse a todos los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación. Relativo al ámbito personal del convenio o, dicho de otra manera, a su eficacia personal, el procedimiento de extensión se distingue de su homónimo español y constituye el paradigma del falso amigo, pues, en Francia, el ámbito territorial y/o funcional del convenio o acuerdo extendido no se ve afectado. En cualquier caso, resulta llamativa la intervención del poder reglamentario a lo largo del proceso que culmina por la publicación de la decisión ministerial favorable o no a la extensión. La eficacia general del acuerdo o convenio colectivo queda por lo tanto subordinada a un procedimiento administrativo a priori, cuyo ámbito de control es además amplio. En contraparte, el ministro queda sometido al control de los jueces administrativos. Para el jurista francés, el procedimiento de extensión puede representar un equilibrio razonable entre autonomía colectiva, intervencionismo estatal y control de los jueces. ¿Qué será del jurista español?

ABSTRACT

Key Words: Agreements and sectoral collective agreements, erga omnes efficiency, extension

This paper deals the French administrative procedure for “extension” whose purpose is to allow an agreement or sectorial agreement applies to all workers and employers included in its scope. The extension procedure is distinguished from its Spanish namesake and constitutes the paradigm of the false friend, as in France, the territorial scope of the agreement or extended arrangement I functional is not affected. In any case, the intervention of the regulatory power throughout the process that culminates by the publication of the ministerial decision about the extension. The overall effectiveness of the agreement or collective agreement is therefore subject to an administrative procedure, whose area of control is also broad. In counterpart, the Minister is subject to the control of administrative judges. For the French jurist, the extension procedure can represent a reasonable balance between collective autonomy, State intervention and control of judges. What about the Spanish jurist?

ÍNDICE

1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA “EXTENSIÓN”
 - 1.1. Definición
 - 1.2. Desarrollo de la negociación
 - 1.2.1. Constitución de la comisión paritaria de negociación
 - 1.2.2. El contenido obligatorio del convenio susceptible de “extensión”
 - 1.3. Papel y poder de la Administración
 - 1.3.1. El procedimiento de la demanda de “extensión”
 - 1.3.1.1. El alcance del control administrativo
2. EL CARÁCTER REGLAMENTARIO DEL CONVENIO COLECTIVO EXTENDIDO PUESTO EN ENTRE-DICHO POR LA EMANCIPACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN DE EMPRESA
 - 2.1. La concepción reglamentaria del convenio de sector extendido
 - 2.2. Las funciones del convenio de sector extendido
 - 2.3. Los ataques a la aplicación del convenio de sector extendido
 - 2.3.1. Las facultades de derogación directa en la ley de 2004
 - 2.3.2. La supletoriedad del convenio de sector extendido
3. CONCLUSIÓN

Según el artículo L. 2262-1 del Código del Trabajo (CT), « [...] *la aplicación de los convenios y acuerdos es obligatoria para todos los firmantes o miembros de las organizaciones o agrupaciones firmantes*»¹. Así, cabe afirmar que, en principio, el convenio o acuerdo colectivo contemplado legalmente, despliega una eficacia personal limitada, que se vincula con la capacidad de representación de las partes firmantes².

Pues bien, en la práctica, Francia presenta en 2011 una tasa de cobertura convencional de alrededor del 93% a pesar de una tasa de sindicalización de apenas el 8%. Dos mecanismos permiten entender la aparente contradicción entre el principio enunciado y estas dos cifras. En primer lugar, en la empresa, el artículo L. 2254-1 CT conduce a la aplicación de un convenio colectivo a todos los trabajadores de la misma en el momento en que el empresario esté vinculado a éste, por ser firmante o miembro de una organización firmante³. En

¹ En francés, « [...] *l'application des conventions et accords est obligatoire pour tous les signataires ou membres des organisations ou groupements signataires*» (Anc. art. L. 135-1 al. 1 CT).

Según el artículo L. 2221-2 CT, el convenio colectivo aborda las condiciones de empleo, de formación profesional y de trabajo así como de las garantías sociales de los trabajadores. El acuerdo profesional trata de uno de esos temas.

² Ph. Langlois, «Droit public et droit social en matière de négociation collective: le droit public au service du rayonnement de la négociation collective», *Dr. Soc.*, 1991, p. 934.

³ En este sentido, la doctrina se refiere a un «*pequeño efecto general*» (J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4º ed., Paris, Dalloz, 2008, p. 750).

Conviene resaltar que el alcance del principio de eficacia personal limitada del convenio cambia según se trate del empresario o de los trabajadores. Del lado empresarial, el principio de

segundo lugar, el ya citado artículo L. 2262-1 CT enuncia el principio de eficacia limitada, “*sin perjuicio de los efectos ligados a la extensión o a la ampliación*”⁴.

El propósito de este artículo se centra en el análisis del mecanismo de la “extensión” que resulta ser, sin duda alguna, una peculiaridad del dispositivo legal francés. Ante todo, parece ineludible insistir en que el procedimiento de la “extensión” en derecho francés se distingue del procedimiento español de la extensión contemplado en el artículo 92.2 ET⁵. En efecto, la extensión francesa corresponde a un procedimiento administrativo que permite, según el artículo L. 2261-15 CT, que «*las estipulaciones de un convenio sectorial⁶ o de un acuerdo profesional o interprofesional, [...], puedan convertirse, mediante resolución⁷ del ministro de trabajo, en obligatorias para todos los trabajadores y*

efecto relativo de los contratos permanece. Un empresario que no es miembro de una organización firmante, no ha de aplicar el convenio (Cass. Ass. Plén. 6 avril 1990, *RJS*, 1990, n° 490, p. 345). Conviene añadir que la dimisión del empresario de la organización firmante no tiene efecto si tiene lugar posteriormente a la conclusión del convenio (art. L. 2262-3 CT; por la jurisprudencia, Cass. Soc. 10 fév. 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 422, obs. G. Borenfreund). Del lado salarial, la afiliación sindical es inoperante. Según la jurisprudencia, el artículo L. 2254-1 CT permite aplicar el convenio «*de pleno derecho a todos los trabajadores y sindicatos, sin distinción*» (Cass. Soc. 20 nov. 1991, *Dr. soc.*, 1992, p. 52, rapp. Ph. Waquet). En este sentido, un sector doctrinal afirma que esta regla permite garantizar «*la unidad del estatuto colectivo de los trabajadores de la empresa, sea cuál sea su afiliación sindical*» (J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, 27° ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 1341).

⁴ En Francés, «*sans préjudice des effets attachés à l’extension ou à l’élargissement*».

⁵ El término extensión representa con perfecta claridad lo que es un falso amigo. En efecto, ambos dispositivos contemplan un procedimiento administrativo que permite a un convenio aplicarse en un ámbito distinto y más amplio que el inicialmente fijado por los firmantes, lo que implica, pues, una modificación del ámbito territorial y/o funcional del convenio inicial. Sin embargo, en España, se denomina “extensión” y en Francia “*élargissement*”, lo que podríamos traducir como “ampliación” (art. L. 2261-17 CT). Ver J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, op. cit., p. 1375.

⁶ En Francés, “convenio de rama”. La definición de la noción de “rama profesional” resulta ser una empresa compleja que necesitaría desarrollos que no nos podemos aquí permitir. En cualquier caso, debido al objetivo comparatista de este artículo, es necesario contemplar, aunque globalmente, el significado de esta noción que, como veremos, corresponde a la unidad de negociación sectorial en España. Consideramos, desde el enfoque del derecho del trabajo, que se trata de una unidad de negociación contemplada desde su ámbito funcional o profesional que no puede ser la empresa, el grupo o el ámbito interprofesional. No tiene ninguna definición legal o jurídica y es una construcción de la negociación colectiva. En este contexto, la existencia de un interés colectivo profesional (especialmente en el ámbito de la organización patronal) constituye el elemento fundador de la rama de actividad. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, el elemento que permite definir el ámbito profesional o funcional de un convenio es, según el artículo L. 2222-1 CT, la actividad económica.

⁷ En francés, “*arrêté*”

empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de dicho convenio o acuerdo»⁸. En otras palabras, la extensión permite al convenio o acuerdo desplegar eficacia personal general.

Pronto, la doctrina francesa ha puesto de relieve este aspecto reglamentario del convenio o acuerdo, digamos, “extendido”. Como contrapartida, resulta interesante subrayar que la ley establece exigencias específicas en cuanto al procedimiento de su negociación y a su contenido. Abordaremos especialmente la extensión de acuerdo o convenio de ámbito sectorial. Convendrá entonces destacar una tendencia actual que perjudica a la generalidad de la aplicación del convenio sectorial extendido en beneficio de los textos nacidos de la negociación en las empresas.

1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA “EXTENSIÓN”

1.1. Definición

En pocas palabras, el mecanismo de la extensión permite, mediante una intervención administrativa, aplicar un convenio o acuerdo sectorial o interprofesional a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación funcional y territorial, conduciendo por lo tanto al reconocimiento de su eficacia general o *erga omnes*.

Aparece por primera vez en la ley de 24 de junio 1936⁹ y ha sido objeto de varias reformas¹⁰. Desde su origen, la técnica de la extensión permite distinguir dos modelos de convenios: por un parte, un convenio simple u ordinario cuya eficacia personal es limitada y, por otra parte, un convenio determinado y legalmente regulado que, tras el cumplimiento de un procedimiento administrativo, despliega una eficacia personal general. Este último modelo recuerda con fuerza las condiciones de aplicación del convenio colectivo estatutario español. En cualquier caso, es importante subrayar el carácter dual del sistema legal

⁸ En francés, «*les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, [...], peuvent être rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord, par arrêté du ministre chargé du travail [...]*» (Anc. art. L. 133-8 al 1 CT).

⁹ Ver M.L. Morin, *Le Droit des salariés à la négociation collective, Principe Général du Droit*, Paris, LGDJ, 1994, p. 208.

¹⁰ Ley de 11 de febrero de 1950; Ley 19 de enero de 1978; Ley de 13 noviembre de 1982. Ver S. Nadal, «Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives», *Dr. ouv.*, 2002, p. 423. Cabe resaltar que, a lo largo de las distintas reformas, la ley ha flexibilizado sus exigencias.

francés de negociación colectiva que distingue dos modelos de convenios colectivos.

En la práctica, la extensión es un mecanismo común y frecuente, utilizado en la inmensa mayoría de los casos. Así, en 2011, mientras alrededor de 1250 textos a nivel sectorial han sido firmados¹¹, 1074 demandas de extensión han sido registradas¹².

1.2. Desarrollo de la negociación

1.2.1. La constitución de una comisión paritaria de negociación

Para ser susceptible de extensión, un convenio o acuerdo colectivo ha de haber sido negociado en una comisión paritaria¹³.

Conviene, pues, abordar las condiciones de constitución de dicha comisión.

En primer lugar, en cuanto a la iniciativa de negociación, está claro que los interlocutores sociales pueden de manera espontánea convocar una mesa de negociación en el marco de una comisión paritaria. En efecto, una organización profesional puede pedir la apertura de negociaciones en comisión paritaria. En este caso, el ministro tiene la facultad de convocar una reunión. Sin embargo, si al menos dos organizaciones intervienen, el ministro ha de convocar una reunión que permitirá constituir la comisión paritaria¹⁴. Observamos que el ministro puede convocar a las organizaciones interesadas por iniciativa propia¹⁵. En la práctica, la presencia habitual del representante del Estado convierte la comisión en tripartita o mixta¹⁶.

¹¹ Entre el 90 y el 95% son textos complementarios o modificativos de un convenio colectivo anterior (Fuente: DARES, *La négociation collective en 2011, Bilans et Rapports*, Paris, Ministère du Travail, 2012, p. 301-308).

¹² Fuente: DARES, op. cit., 2012, p. 237.

¹³ Según el artículo L. 2261-19 CT, «*para poder ser extendidos, el convenio sectorial o el acuerdo profesional o interprofesional, sus actos adicionales o anexos, deben haber sido negociados y firmados en comisión paritaria*». En francés, «*pour pouvoir être étendus, la convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel, leurs avenants ou annexes, doivent avoir été négociés et conclus en commission paritaire*».

¹⁴ Art. L. 2261-20 CT.

¹⁵ Art. L. 2261-24 CT.

¹⁶ En 2011, 85 sectores profesionales han sido negociados en el marco de una comisión mixta paritaria, lo que ha permitido la conclusión de 309 textos-2 convenios colectivos, 154 acuerdos colectivos y 153 actos adicionales (fuente: Dares, op. cit., 2012, p. 226-227). Puede ocurrir también que la administración, dadas las predisposiciones de negociación de las partes, se retire, convirtiendo la comisión en paritaria simple.

En segundo lugar, el término de “paritaria” recubre un sentido específico que permite operar, por un lado un acercamiento y, por otro lado, una distinción respecto al derecho español.

Según el artículo L. 2261-19 al. 2 CT, las organizaciones profesionales convocadas a la negociación de un acuerdo o convenio susceptible de extensión, deben ser representativas en el ámbito del convenio o acuerdo considerado¹⁷. Esta exigencia no llama la atención en cuanto a la representación salarial¹⁸. Sin embargo, resulta pertinente subrayar que, a diferencia de la negociación de un convenio ordinario, las organizaciones empresariales deben acreditar su representatividad en esta hipótesis¹⁹. Las dificultades para medir la representatividad patronal surgen aquí con fuerza²⁰. En todo caso, la exigencia

¹⁷ Art. L. 2261-19 CT «*Cette commission est composée de représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré*».

Si el convenio cubre varios sectores de actividad (perteneciente al ministro apreciar su existencia), la representatividad se aprecia en cada sector (Consejo de Estado, 15 de diciembre de 1978, *Chambre syndicale des industries de la désinfection, désinsectisation et dératissage*; Consejo de Estado de 3 abril de 1998, *Fédération de la plastrerie*).

¹⁸ Resulta interesante subrayar que la noción de «representatividad» se ha desarrollado en el marco del procedimiento de extensión. En efecto, es a partir de los criterios legales contemplados respecto a la extensión (anc. art. L.133-2 CT; establecidos por la ley de 11 de febrero de 1950) que los jueces han construido un régimen jurídico general a la noción de representatividad, aplicable sea cual sea la prerrogativa considerada (ver, S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, Paris, LGDJ, 1995, p. 162 s.; A. Arseguet, «Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale», in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 404; J.M. Verdier, «Sur les rapports entre la représentativité syndicale et la représentation élue du personnel dans l'entreprise: Réflexions relatives au «monopole» de présentation des candidats au premier tour des élections professionnelles dans les entreprises, reconnu aux syndicats représentatifs», in *Tendances du Droit Du Travail Français Contemporain, Etudes offertes à G.H. Camerlynck*, Paris, Dalloz, 1978, p. 267).

En todo caso, la exigencia de representatividad de los sindicatos de trabajadores se ha generalizado a todos los convenios o acuerdos, ordinarios o susceptibles de extensión, mediante la ley n° 71-561 de 13 de julio de 1971 (ver M. Despax, «La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n°71-561 du 13 juillet 1971», *Dr. soc.*, 1971, p. 534; M.L. Morin, op. cit., p. 331).

¹⁹ Resulta de la combinación de los artículos L. 2231-1 CT y L. 2261-19 al. 2 CT que la exigencia de representatividad de las asociaciones de empresarios se requiera únicamente cuando se trate de negociar un convenio o acuerdo susceptible de extensión.

²⁰ Ver CE 30 juin 2003, Medef et autres, *Dr. Soc.*, 2003, p. 1112, concl. Fombeur. Sobre la representación empresarial, ver nuestro trabajo, *Efficacités et fonctions de la convention collective de travail. Etude comparative de l'intervention légale en France et en Espagne*, Thèse, Toulouse-Valencia, 2013, n° 147 s.; J. Bunel, *La transformation de la représentation patronale*, Paris, La documentation Française, 1995 et également le document d'étude de la DARES rédigé par M. Barbier, *Organisations patronales en France et en Europe*, Paris, Documents d'études de la DARES, n° 130, 2007.

de representatividad aplicable a todas las organizaciones profesionales consideradas, incluso a las empresariales, garantiza al texto susceptible de “extensión” un plus de legitimidad respecto a los convenios ordinarios y conduce a un acercamiento indubitable al derecho español en el cual la representatividad, o mejor dicho, la legitimación de la parte empresarial constituye una exigencia ineludible de los convenios estatutarios. En este marco, y desde el punto de vista comparativo, resulta pertinente subrayar que la exigencia de representatividad es consustancial al reconocimiento de una eficacia general al convenio colectivo.

La puesta en marcha de un proceso de negociación de un texto susceptible de “extensión” implica, por otra parte, que el conjunto de las organizaciones profesionales representativas en el ámbito considerado participen en dicho proceso e integren la comisión paritaria²¹. Conviene precisar que el ministro puede proceder a la extensión aunque la totalidad de las organizaciones más representativas interesadas no hayan firmado el texto²². Punto de divergencia entre ambos derechos, el principio de proporcionalidad no influye en la constitución de la comisión, pues el conjunto de las organizaciones salariales y empresariales representativas integran la comisión de manera igualitaria al contrario que en el derecho español²³.

1.2.2. *El contenido obligatorio del convenio susceptible de extensión*

El artículo L. 2261-22 CT establece una lista exhaustiva de puntos referidos al convenio susceptible de extensión. En el párrafo I, el artículo estipula que “*para poder ser extendido, el convenio sectorial firmado a nivel nacional, contiene cláusulas*” relativas a su ámbito territorial y funcional, a las

²¹ De manera comparable al derecho español, se distingue dos grandes tipos de comisiones en materia de negociación colectiva. Por una parte, las comisiones dotadas de poder normativo, tales como la comisión de negociación española o la comisión paritaria francesa, implican la presencia de todos los sindicatos. Por otra parte, las comisiones creadas por los convenios o acuerdos cuyas funciones se limitan a la administración y/o interpretación del acuerdo o convenio considerado, se compone de los firmantes del convenio o acuerdo que las instituye (M. Moreau, «La portée des avis rendus par une commission paritaire d'interprétation», *Dr. soc.*, 1995, p. 360; del mismo autor, «Autorité des avis des commissions paritaires d'interprétation des conventions collectives», *D.*, 1996, chron., p. 70. Voir également, J.Y. Frouin, «L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail», *RJS*, 3/1996, p. 137).

²² Art. L. 2261-27 CT.

²³ Resulta, pues, interesante subrayar que la apreciación de la “especial” exigencia de mayoría francesa se aprecia respecto a los firmantes del convenio y no respecto a los negociadores (ver nuestro trabajo, *Efficacités et...*, n° 304 s.).

condiciones de revisión o denuncia y a las garantías previstas para los trabajadores que participan en la negociación²⁴.

En su párrafo II, enuncia que dicho convenio “contiene además cláusulas relativas” a 16 cuestiones de ámbitos muy variados y que abordan tanto aspectos de las relaciones individuales como aspectos de las relaciones colectivas de trabajo²⁵.

Sin embargo, varios aspectos conducen a poner en entredicho la obligatoriedad de este artículo, especialmente respecto a las consecuencias de la ausencia de algunas de estas cláusulas. De manera general, la posibilidad de concluir uno o varios acuerdos sobre materias concretas permite evitar las negociaciones sobre otras y así concluir textos que tratan sólo de algunas de las materias “obligatorias”. También es destacable el artículo L. 2261-27 CT, según el cual, en caso de recomendación favorable de la Comisión Nacional de Negociación Colectiva (en adelante, CNNC) y de ausencia de oposiciones de al menos dos organizaciones profesionales presentes en la comisión, el ministro puede proceder a la extensión aunque “*el convenio no contenga todas las cláusulas obligatorias previstas en el artículo L. 2261-22 CT*”²⁶. Más allá, el Consejo de Estado ha validado recientemente la extensión ministerial de un acuerdo que se limitaba a fijar su ámbito de aplicación y las condiciones de revisión de los acuerdos por venir, sin adoptar disposiciones de fondo²⁷. Es cierto que la definición del ámbito de aplicación del convenio o acuerdo es la cuestión crucial pues es respecto a éste que la extensión se contempla y se define. Ahora bien, más que al contenido material del convenio, este tipo de acuerdo, denominado acuerdo vacío o acuerdo de ámbito, se refiere al análisis del alcance del control ministerial y de su capacidad de intervención en la configuración de los sectores profesionales²⁸. Basta aquí recordar que la

²⁴ Conviene subrayar que el dispositivo legal no limita el ámbito del convenio susceptible de extensión al ámbito nacional, pues el artículo L. 2261-23 CT se refiere, en defecto de convenio nacional, a los convenios de ámbito territorial más reducido y las “*adaptaciones consecutivas a las condiciones propias de los sectores territoriales considerados*”.

²⁵ Sin ánimo de exhaustividad, citamos temas como el ejercicio del derecho sindical y de la libertad de opinión de los trabajadores, las instituciones representativas del personal, el salario mínimo, las vacaciones, la formación profesional, la igualdad profesional entre hombre y mujer, los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, etc.

²⁶ Ya hemos señalado que el ministro puede proceder a la extensión aunque todas las organizaciones representativas no hayan firmado el convenio. También la extensión puede realizarse “*cuando el convenio no se aplica al conjunto de las categorías profesionales de la rama, sino únicamente a una o a varias de ellas*”.

²⁷ CE 23 juill. 2010, *Ateliers et chantiers d’insertion*. Ver F. Champeaux, «La légalité de l’extension d’un accord “vide”», *SSL*, 6 sept. 2010, n° 1457, p. 12.

²⁸ En este sentido, los jueces se refieren al artículo L. 2261-15 CT para justificar la opción ministerial (ver infra 1.3.2).

presencia del contenido obligatorio es objeto de una interpretación amplia y que la definición del ámbito de aplicación se sitúa en el corazón de la extensión.

1.3. La intervención administrativa

A lo largo del procedimiento, el ministro de trabajo y el conjunto del aparato administrativo correspondiente desempeñan un papel muy importante. Sin embargo, lo más relevante es, sin lugar a dudas, la capacidad de control del ministro que puede obstaculizar la extensión y así limitar la eficacia personal del convenio. El alcance del control del Estado constituye, sin duda alguna, un instrumento de medición pertinente de la intensidad del reconocimiento de la autonomía colectiva.

1.3.1. El procedimiento de demanda de extensión

La resolución de extensión constituye un acto ministerial que, por lo tanto, implica una intervención del aparato administrativo a lo largo del procedimiento.

En primer lugar, durante el proceso de negociación, previo al depósito, el representante del Estado es presidente de la comisión de negociación, lo que le permite influir en el desarrollo de las negociaciones y jugar un papel mediador favorecedor de un acercamiento de las posiciones²⁹. En cualquier caso, los negociadores quedan sometidos a una obligación de medios y no de resultados para alcanzar un acuerdo. En efecto, en virtud del principio de libertad contractual, el ministro no puede obligar a la conclusión de un acuerdo.

En segundo lugar, los servicios administrativos intervienen en cuanto la demanda de extensión se realiza en los servicios correspondientes del ministerio³⁰. Según el artículo L. 2261-24 CT, el ministro tiene obligación de poner en marcha sin plazo el procedimiento de extensión cuando una de las organizaciones representativas así lo solicita.

Antes de tomar su decisión, el ministro ha de cumplir dos pasos.

²⁹ Para eso, el ministro cuenta además con la ayuda de disposiciones reglamentarias que prevén una obligación de presencia en las negociaciones, que recae sobre los sindicatos de trabajadores así como sobre las organizaciones empresariales (art. D. 2261-11 y D. 2261-12 CT), o que le permiten fijar el número máximo de representantes de las organizaciones en caso de desacuerdo (art. D. 2261-10 CT).

³⁰ El convenio se deposita en los servicios centrales del ministerio de trabajo, concretamente en la Dirección General del Trabajo (DGT). La demanda de extensión puede ser concomitante con el depósito del convenio.

Por una parte, el ministro ha de proceder a la consulta de la CNNC³¹. Dicha comisión se divide en sub-comisiones. En materia de extensión, se trata de la sub-comisión de convenios y acuerdos³². Dicha sub-comisión se compone del Director General de Trabajo, que la preside, de representantes de las confederaciones sindicales de trabajadores representativas a nivel nacional e interprofesional³³ y de representantes de las organizaciones empresariales³⁴. La consulta de esta sub-comisión desemboca a la emisión de una recomendación motivada, favorable o no, sobre el texto considerado³⁵. En caso de oposición de al menos dos organizaciones de trabajadores o de empresarios representadas en la sub-comisión, el ministro no puede proceder directamente a la extensión. Si quiere seguir adelante, ha de consultar una segunda vez a la sub-comisión antes de tomar su decisión. En todo caso, esta segunda recomendación de la comisión no vincula al ministro³⁶. La voluntad del ministro es soberana y las organizaciones profesionales afectadas no pueden oponerse a la extensión. Eso sí, el ministro ha de motivar su decisión.

Por otra parte, la normativa prevé condiciones de publicidad. Tras la consulta de la CNNC, el ministro ha de publicar en el “Journal Officiel” un “*avis relatif à la extension*”³⁷, que permite a cualquier organización o persona interesada formular observaciones u oponerse a la extensión³⁸. Las eventuales observaciones y oposiciones se transmiten a los servicios del ministerio y a la CNNC.

Al final de este proceso, el ministro publica en el “Journal Officiel” su decisión relativa a la extensión así como el texto de referencia³⁹. En conjunto,

³¹ Art. L. 2261-15 CT. Los artículos L. 2272-1 et R. 2272-1 CT regulan la composición de esta comisión. El conjunto de sus funciones se encuentra en el artículo L. 2271-1 CT.

³² Dicha comisión se reúne como media cada 5 semanas.

³³ En 2012, CGT, CFTC, CFDT, CGT-FO et CFE-CGC.

³⁴ En 2012, MEDEF, CGPME, UPA, UNAPL, FNSEA et CNMCCA.

³⁵ Para eso, debe disponer de un informe redactado por la administración en el cual se precisen las disposiciones puestas en cuestión y las consecuencias de una eventual extensión. En cualquier caso, si la comisión se opone a la extensión, la recomendación ha de ser escrita y motivada.

³⁶ Art. L. 2261-27 CT: «*En cas d'opposition dans les conditions prévues au premier alinéa (es decir, «sans opposition écrite et motivée soit de deux organisations d'employeurs, soit de deux organisations de salariés représentées à cette commission»), le ministre chargé du travail peut consulter à nouveau la commission sur la base d'un rapport précisant la portée des dispositions en cause ainsi que les conséquences d'une éventuelle extension. Le ministre chargé du travail peut décider l'extension, au vu du nouvel avis émis par la commission. Cette décision est motivée*».

³⁷ El texto del convenio o acuerdo se puede consultar en el “*Bulletin officiel des conventions collectives*” disponible en la página internet del “*Journal officiel*”.

³⁸ Art. D. 2261-3 CT. Disponen de un plazo de 15 días a partir de la publicación del aviso.

³⁹ Art. D. 2261-4 CT.

el proceso de extensión que se extiende desde la demanda hasta la resolución de extensión, se realiza en un plazo medio de 96 días en 2011⁴⁰.

1.3.2. *El alcance del control*

Como acabamos de ver, el proceso de extensión implica la intervención de varios actores de distintas naturalezas cuyos poderes de apreciación varían considerablemente. Sin embargo, el actor central es, sin lugar a dudas, el ministro de trabajo y su aparato administrativo, que disponen de un amplio margen de maniobra y de un gran poder de apreciación. En la concepción francesa del derecho a la negociación colectiva, la intervención de la Administración justifica las condiciones de aplicación de un convenio extendido que, a diferencia del convenio simple u ordinario, despliegue una eficacia general, comparable a la de las leyes y reglamentos. Es cierto que la exigencia de legitimidad (representatividad y mayoría) de ambas partes constituye una condición *sine qua non* a la atribución de eficacia general al convenio pero no es menos cierto que el dispositivo francés establece un control previo al reconocimiento de dicha eficacia.

Cuando se procede a la extensión del convenio o acuerdo, el ministro puede formular observaciones de intensidades variables. Conviene destacar que, en 2011, de las 1074 demandas de extensión ya registradas, alrededor de 200 textos han sido acompañados por observaciones⁴¹.

La observación de carácter más endeble corresponde a la llamada de atención. En esta hipótesis, se procede a la extensión pero la administración notifica a los actores sociales la existencia de dificultades consecutivas a la formulación poco clara de algunas cláusulas ambiguas o a la presencia de errores materiales que no afectan a la legalidad del texto considerado⁴².

Los siguientes tipos de observaciones despliegan, a diferencia de la llamada de atención, una fuerza vinculante que obliga a las partes y a los trabajadores y empresarios sometidos al convenio o acuerdo.

⁴⁰ Fuente: DARES, op. cit., 2012, p. 239. Observamos que la administración se ha puesto límites, pues el artículo R. 2261-08 CT establece un plazo máximo de 6 meses.

Conviene aquí subrayar la existencia de un procedimiento acelerado cuando se trata de un acuerdo relativo exclusivamente a la cuestión de los salarios (L. 2261-26 CT). En este caso, el plazo cae a 44 días de media, mientras el procedimiento normal se extiende a 160 días (141 días en 2010).

⁴¹ Fuente: DARES, op. cit., 2012, p. 241.

⁴² Alrededor de 50 textos han sido objeto de llamadas de atención en 2011 (Fuente: DARES, op. cit., 2012, p. 241).

El primer tipo de observación vinculante se refiere a la reserva⁴³. En caso de ambigüedad respecto a las leyes y reglamentos en vigor, el ministro formula en la resolución de extensión ciertas reservas o interpretaciones que permiten orientar la aplicación del convenio y salvaguardar su legalidad⁴⁴.

El segundo tipo corresponde a la exclusión⁴⁵. La ley contempla expresamente dos hipótesis en las cuales el ministro puede excluir determinadas cláusulas del convenio y, así, proceder a la extensión parcial del convenio. En realidad, hay que entender que la intervención de la ley justifica y limita el poder de apreciación del ministro para amputar el convenio colectivo o, dicho de otro modo, para afectar la libertad contractual y la autonomía colectiva. Por una parte, la exclusión se puede producir por motivos de legalidad⁴⁶. En este caso, los distintos controles revelan la presencia de cláusulas contrarias a las leyes y reglamentos en vigor⁴⁷. Más específicamente, se desprende de la jurisprudencia que el ministro ha de comprobar la ausencia de superposición entre las disposiciones del convenio objeto de examen y las de convenios colectivos de ámbitos de aplicación distintos⁴⁸. Si se trata de un acto complementario⁴⁹, los servicios técnicos del ministerio comprueban que el convenio o acuerdo base ha sido previamente extendido y que el acto complementario cuenta con, al menos, la firma de una de las organizaciones sindicales firmantes del texto base. Por otra parte, el ministro puede fundamentarse sobre motivos de oportunidad. Así, el ministro puede excluir las cláusulas que «no responden a la situación del sector o de los sectores en el ámbito de aplicación considerado»⁵⁰. Sin embargo, conviene subrayar que en ambos casos de exclusión, el ministro ha de realizar una apreciación de la economía general del acuerdo o convenio considerado⁵¹.

⁴³ Art. L 2261-25 al. 3 CT: El ministro puede «*extender, con reserva a la aplicación de las disposiciones legales, las cláusulas incompletas respecto a estas disposiciones*».

⁴⁴ Alrededor de 100 textos han sido objeto de reservas en 2011 (Fuente: DARES, op. cit., 2012, p. 242).

⁴⁵ Como la reserva, se publica en la resolución de extensión. Alrededor de 50 textos han sido objeto de exclusión en 2011 (Fuente: DARES, op. cit., 2012, p. 242).

⁴⁶ Art. L. 2261-25 CT: «*El ministro de trabajo puede excluir de la extensión, tras la recomendación motivada de la comisión nacional de la negociación colectiva, las cláusulas que estén en contradicción con las disposiciones legales*». Por la jurisprudencia, CE 8 déc. 2000, *Groupe-ment hippique national*, Dr. Soc. 2001, p. 518, concl. de Silva.

⁴⁷ A. Courrèges, «*Pouvoirs d'extension du Ministre du Travail et indemnité conventionnelle de licenciement*», Dr. Soc. 2009, p. 821.

⁴⁸ Si existe, el ministro debe, o bien excluir del ámbito de la extensión las actividades ya cubiertas por textos ya extendidos, o bien derogar las estipulaciones consideradas de las resoluciones anteriores (CE 6 nov. 2000, *Fédération nationale des travaux publics*).

⁴⁹ Un acto complementario viene a actualizar o desarrollar un convenio colectivo anterior, es decir, se corresponde con un acto adicional.

⁵⁰ Art. L. 2261-25 al. 2 CT

⁵¹ Art. L. 2261-25 al. 2 CT.

En la práctica, el ministro adopta una decisión favorable a la extensión en la inmensa mayoría de los casos⁵². Ahora bien, puede ocurrir que el ministro opte por rechazar la extensión de un convenio determinado. Podemos distinguir, como para la exclusión, los motivos sobre los cuales se fundamenta el ministro.

Cuando el rechazo se justifica por motivos de legalidad, especialmente en relación con los negociadores y firmantes del texto presentado⁵³, la extensión parcial es imposible y el ministro ha de rechazarla. Conviene aquí resaltar que el convenio sigue aplicándose como convenio ordinario, pues la contestación de la validez del convenio o acuerdo se mantiene como competencia del juez judicial⁵⁴.

Más discutida es la cuestión del alcance del poder de apreciación del ministro sobre la oportunidad de la extensión. El marco de actuación del ministro en la materia se define dentro de una aportación decisiva de la jurisprudencia en 2008. Además de la toma en consideración de la situación del sector, motivos legalmente establecidos para la exclusión, los jueces validan el argumento ministerial que se fundamenta sobre motivos de interés general, *especialmente relativos a los objetivos de la política económica y social o la protección de la situación de terceros*⁵⁵. Consideramos que el uso del término

⁵² En 2011, de las 1074 demandas de extensión que han sido registradas, 974 textos han sido extendidos (Fuente: DARES, op. cit., 2012, p. 237-238).

⁵³ La ilegalidad puede derivar de la falta de representatividad, de la violación de la libertad sindical o de las carencias en materia de mayoría en el momento de la conclusión. Por ejemplo, se comprueba que todas las organizaciones representativas en el ámbito considerado han sido invitadas a negociar en virtud del artículo L. 2231-1 CT. Se aprecia igualmente la representatividad de los firmantes (ver CE 30 de junio de 2003, ya citado). Es conveniente aquí mencionar que el ministro puede abrir una investigación para apreciar la representatividad de una organización (art. L. 2121-2 CT). Está investigación se refiere a las organizaciones sindicales pero también a las organizaciones empresariales. Se desarrolla bajo el control del juez administrativo, lo que explica en gran medida las aportaciones de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de representatividad.

⁵⁴ Ver infra, 2.1

⁵⁵ Los jueces administrativos han considerado que, en virtud del artículo L. 2261-15 CT, el ministro dispone de "*un poder de apreciación que le permite rechazar la extensión, bajo el control del juez del exceso de poder, por motivos de interés general especialmente relativos a los objetivos de la política económica y social o la protección de la situación de terceros*" (CE 21 nov. 2008, *Syndicat national des cabinets de recouvrement de créances et de renseignements commerciaux*). En este litigio, el ministro rechaza la extensión de un acuerdo que preveía, bajo condiciones, la jubilación antes de los 65 años. El ministro argumenta que dicho acuerdo contradice el objetivo de fomento del empleo de los señiores (ver A. Courrèges, "Le pouvoir d'appréciation du ministre pour refuser en opportunité l'extension", *SSL* 26 de enero de 2009, n° 1384, p. 6; S. Nadal, «Le droit à l'extension n'existe pas», *SSL* 26 de enero de 2009, n° 1384, p. 12). El uso del verbo "poder" en el artículo L. 2261-15 CT va en este sentido, pues no implica ninguna obligación para el ministro de proceder a la extensión.

“especialmente” deja entender que los jueces puedan admitir una interpretación amplia de la noción de interés general que vaya más allá de “*los objetivos de la política económica y social o la protección de la situación de terceros*”.⁵⁶

En todo caso, en todas estas hipótesis, el poder de apreciación del ministro queda sometido al control *a posteriori* del juez administrativo que, en virtud de la naturaleza reglamentaria del acta de extensión, puede proceder a su anulación por exceso de poder a petición de una organización firmante y así, controlar la actuación del ministro. Se trata pues, de un equilibrio a tres bandas en el cual, para la autonomía colectiva, el control ministerial es la contraparte de la aplicación general del convenio y, para el ministro de trabajo, el control del juez es la contraparte de su intromisión en la autonomía colectiva. Sin embargo, es relevante subrayar que el alcance del control de los jueces no es homogéneo. Cuando se trata de una extensión parcial por motivos de oportunidad, el juez opera un control limitado que se reduce al error manifiesto de apreciación, lo que deja un amplio poder de apreciación al ministro en cuanto a la oportunidad⁵⁶. Cuando el ministro rechaza la extensión por motivos ajenos a la legalidad del convenio, el control de los jueces es normal, es decir el ministro no dispone de un poder discrecional puro y ha de motivar su decisión sobre el interés general. Cuando el ministro procede a la extensión pero ésta es objeto de contestación ajeno a su legalidad, el juez administrativo no opera control, pues considera que se trata de un poder discrecional puro del ministro⁵⁷. Sin embargo, el derecho de la concurrencia ha irrumpido en la materia y ha permitido a los jueces anular parcialmente un acta de extensión considerando que determinadas cláusulas del convenio han sido establecidas para perjudicar a determinadas empresas del sector⁵⁸, lo que afecta a la libre competencia⁵⁹. En todo caso, es posible sostener que, en un futuro próximo, la jurisprudencia de 2008 se extienda y desemboque en limitar la capacidad de extensión del ministro por motivos de interés

⁵⁶ CE 5 de junio de 1996, *Fédération française des pompes funèbres*. El control del juez permanece en cuanto a la apreciación de la economía general del convenio y al carácter divisible o no de las cláusulas (Ph. Langlois, loc. cit., p. 936).

⁵⁷ CE 19 de marzo de 1997, *Société autocars Blanc*.

⁵⁸ Es oportuno señalar aquí que las organizaciones de empresarios no disponen de un derecho de oposición a la validez de un convenio de manera similar a las organizaciones de trabajadores. Así, es muy probable que la representación empresarial firmante sea representativa pero no legítima, lo que puede permitir la conclusión de un acuerdo cuya finalidad es perjudicar a otro sector empresarial.

⁵⁹ CE 30 de abril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement* ; P.H. Antonmattei et S. Destours, «Convention collective et droit de la concurrence: nouvelle rencontre», *Dr. soc.*, 2003, p. 999. Ver también, CE de 16 de enero de 2002, *Syndicat national des entreprises d'esthétique et de coiffure à domicile et autres*.

general⁶⁰, sin recurrir al derecho de la competencia y a las libertades económicas⁶¹.

A la vista de estas consideraciones, es posible afirmar que el ministro dispone de un poder de apreciación considerable. Así, el Estado desempeña un papel de control que permite evitar la parcelación y la inflación de ramas profesionales⁶², o fomentar su recomposición o su creación⁶³. En definitiva, el ministro participa en la configuración del paisaje convencional, atribuyendo a determinados ámbitos un elemento decisivo, la eficacia general del convenio o acuerdo aplicable⁶⁴.

2. EL CARÁCTER REGLAMENTARIO DEL CONVENIO COLECTIVO EXTENDIDO PUESTO EN ENTREDICHO POR LA EMANCIPACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN DE EMPRESA

2.1. La concepción reglamentaria del convenio extendido

En la concepción francesa del derecho a la negociación colectiva, el convenio o acuerdo colectivo, aunque extendido, tiene naturaleza contractual. En efecto, el acta de extensión no modifica la naturaleza del convenio o acuerdo⁶⁵.

⁶⁰ CE 21 nov. 2008 ya citado. En este sentido, A. Courrèges, loc. cit., *SSL*, p. 9.

⁶¹ En efecto, consideramos que el recurso a las libertades económicas ha de ser tomado con mucha cautela. En este sentido, la jurisprudencia de la CJUE en las decisiones Viking y Laval, ha demostrado que el encuentro entre derecho social y libertades económicas se hace en detrimento de las partes salariales.

⁶² En una resolución de 2011, el ministro rechaza la demanda de extensión de un acuerdo por motivo de interés general considerando el tamaño muy reducido del sector de actividad y el número menor de trabajadores afectados. Concretamente, contaba con 500 trabajadores (DARES, op. cit., 2012, p. 244).

⁶³ En este sentido, ya hemos mencionado un caso en el cual el ministro procede a la extensión de un acuerdo vacío (CE 23 de julio de 2010, *cit. supra* 1.2.2). Sin lugar a dudas, el acta de extensión consolida la nueva unidad de negociación respecto a unidades anteriores con las cuales se puede superponer.

⁶⁴ En 2008, los servicios ministeriales han contabilizado 687 sectores de tamaños muy variables (hay que añadir que no se computan los convenios firmados en el sector agrícola, que cuenta con 255 convenios). 426 de estos convenios afectan a sectores que cuentan con menos de 5000 trabajadores (ver J.F. Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, Rapport au Premier Ministre, Paris, La documentation française, 2009, p. 42).

⁶⁵ Una jurisprudencia asentada considera que el convenio, aunque extendido, sigue siendo un contrato de derecho privado (CE, 4 de marzo de 1960). Para la doctrina, P. Durand, «Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives», *Dr. soc.*, 1956, p. 24 ; A. Brun, «L'extension des conventions collectives en jurisprudence», *Dr. soc.*, 1960, p. 644 ; M. Despax,

Coexisten el convenio y el acta de extensión⁶⁶. En este sentido, conviene subrayar que el acta de extensión no presume la validez del convenio o acuerdo, cuestión que sigue siendo una competencia exclusiva del juez judicial⁶⁷.

Respecto a su eficacia jurídica, la doctrina autorizada habla de contratos dotados de efecto normativo que, fundamentalmente, garantiza su aplicación imperativa y automática a los contratos individuales de trabajo incluidos en su ámbito de aplicación territorial y funcional⁶⁸. La celebrada definición de Carne-lutti permite diferenciar en Francia las condiciones de elaboración del convenio-contrato y las condiciones de aplicación del convenio-norma.

Refiriéndonos al ámbito personal del convenio considerado o, dicho de otro modo, a su eficacia personal, resulta patente que su aplicación a todos los trabajadores y, sobre todo, a todos los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación funcional y territorial⁶⁹, depende del éxito del procedimiento de extensión. En cualquier caso, podemos afirmar que un convenio o acuerdo extendido presenta una dimensión suplementaria respecto al convenio ordinario, por lo que se refiere a su eficacia personal. En este marco, el Profesor Despax se ha referido a la dimensión reglamentaria del convenio extendido⁷⁰.

Dos aspectos complementarios permiten también referirse a la dimensión reglamentaria del convenio colectivo y, especialmente, del convenio extendido.

Négociations, conventions et accords collectifs de travail, Traité de droit du travail, 2^o ed., Tome VII, Paris, Dalloz, 1989, p. 79 ; S. Nadal, loc. cit., 2002, p. 423 ; C. Fourcade, L'autonomie collective des partenaires sociaux, Paris, LGDJ, 2006, p. 83 s.

⁶⁶ Dicha coexistencia tiene varias consecuencias. Por una parte, la llegada a término de un convenio o acuerdo, o su denuncia, implica la desaparición simultánea del acta de extensión (art. L. 2261-28 CT). En caso de revisión, las nuevas disposiciones deben ser objeto de un nuevo procedimiento de extensión para aplicarse a todos los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación (art. L. 2261-16 CT). Por otra parte, el ministro puede derogar el acta de extensión si estima que el acuerdo no responde a las actuales necesidades del sector de actividad (Art. D. 2261-13). Precisamos que la intervención del ministro puede ocurrir a la demanda de una organización representativa interesada.

⁶⁷ En caso de litigio relativo a un acta de extensión y en caso de cuestiones relativas a la legalidad del acuerdo, el juez administrativo paraliza el proceso y reenvía al juez judicial la apreciación previa de la legalidad del acuerdo o convenio (CE 7 de marzo de 1986, Dalloz, 1988, Somm., p. 78, obs. D. Chelle et X. Prétot).

⁶⁸ J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockés, op. cit., p. 1238.

⁶⁹ Resulta importante insistir en que cuando se trata de un convenio o acuerdo de empresa, actúa el "pequeño efecto *erga omnes*" (ver supra).

⁷⁰ M. Despax, op. cit., 1989, p. 45.

CE de 30 de junio de 2003, J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockés, op. cit., p. 781. Ver igualmente M.L. Morin, op. cit., p. 210 et p. 504.

En primer lugar, permite poner de relieve que es mediante intervención administrativa que un convenio considerado puede aplicarse a todos los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación funcional y territorial. Al margen de la cuestión de la representatividad de las organizaciones empresariales⁷¹, el fundamento de la eficacia general del convenio se encuentra en un acto reglamentario e, *in fine*, en el poder reglamentario del ministro. Esta idea es conforme con el papel paternalista desempeñado por los poderes públicos a la hora de abordar las manifestaciones de la autonomía colectiva y, especialmente, la función de la negociación colectiva, entendida como derecho de los trabajadores y como modalidad del principio de participación de los trabajadores.

En segundo lugar, la concepción reglamentaria del convenio tiene otro sentido, más amplio, podríamos decir sistemático, pues permite entender las relaciones ley/convenio. No conviene aquí extenderse sobre esta compleja cuestión. Bastará con traer a colación algunos elementos claves.

Por una parte, según una interpretación de los artículos 34 y 37 de la Constitución, compete a la ley fijar los principios fundamentales del derecho del trabajo, del derecho sindical y de la seguridad social. A partir de ahí, se admite la superioridad de la ley sobre el convenio, lo que permite entender el dispositivo francés desde una concepción vertical en la cual dos bloques independientes están jerarquizados⁷².

Por otra parte, la intervención de la autonomía colectiva y la integración en el orden jurídico del poder normativo correspondiente, no planteaba mayores dificultades a nivel legal y se abordaba mediante el principio de favor, declinado por la noción de "*orden público social*"⁷³. Sin embargo, la evolución de las funciones de la negociación colectiva, que ya no se ciñen únicamente a una

⁷¹ Voir supra, 1.2.1.

⁷² M. Bonnechère, «La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail: quelques repères», *Dr. Ouv.*, 2001, p. 415 ; G. Lyon-Caen, «Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail», in *Hommage à P. Horion*, Faculté de Droit de Liège, 1972, p. 173 ; del mismo autor, «L'état des sources du Droit du Travail (agitations et menaces)», *Dr. soc.*, 2001, p. 1031 ; C. Fourcade, op. cit., p. 35-55-85; S. Yannakourou, op. cit., p. 38.

Conviene subrayar que frente a la hegemonía de la ley, una decisión relativamente reciente del Consejo constitucional da una inusual relevancia al principio de libertad contractual, pues limita la intervención legal que perjudica dicho principio, a la existencia "*de motivos de interés general suficiente*" (DC nº 2002-465 de 13 de enero de 2003; X. Prétot, «Le Conseil Constitutionnel et les sources du droit du travail», *Dr. soc.*, 2003, p. 260).

⁷³ En Francés, "*Ordre public social*". En España, la doctrina se refiere a la modalidad de relación de suplementariedad para contemplar la facultad por los convenios de mejorar los mínimos legales.

función de mejora, ha implicado reconocer un poder normativo propio a los interlocutores sociales. Pues bien, en 1989, con base en el artículo 34 de la Constitución y en el principio de participación reconocido en el Preámbulo de la Constitución de 1946⁷⁴, el Consejo constitucional afirma, entre otras cosas, que la ley puede dejar a los interlocutores sociales la capacidad de precisar las modalidades concretas de aplicación de los derechos y obligaciones relativos a las condiciones y relaciones de trabajo elaborados por ella⁷⁵. En esta hipótesis⁷⁶, las funciones de la negociación colectiva se confunden con las del reglamento, el acuerdo se transforma en “*decreto de aplicación de la ley*”⁷⁷. La doctrina considera así que las normas colectivas se fundamentan en “*una especie de delegación implícita de los poderes públicos*”, concretamente de la ley⁷⁸. Así, la función reglamentaria del convenio colectivo ha constituido la vía por la cual se ha reconocido en derecho francés el poder normativo de los interlocutores sociales actuando al margen de la lógica de suplementariedad.

2.2. Las funciones del convenio extendido

El procedimiento de la extensión tiene como consecuencia fundamental garantizar la aplicación de un convenio o acuerdo a todos los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación. Así, según la doctrina, el

⁷⁴ Preámbulo de la Constitución de 1946, § 8: «*Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises*».

⁷⁵ En francés, «*il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés ou à leurs organisations représentatives le soin de préciser, après concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte*» (DC n° 89-257 du 25 juill. 1989, *Dr. soc.*, 1989, p. 627; X. Prétot, «La conformité à la Constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion», *Dr. soc.*, 1989, p. 704).

⁷⁶ Sobre las distintas modalidades de relaciones entre la ley y el convenio, ver nuestro trabajo, *Efficacités et ...*, n° 401 s.

⁷⁷ M. Bonnechère, loc. cit., p. 415. El convenio colectivo sectorial extendido permite adaptar las leyes a las peculiaridades del sector considerado.

⁷⁸ El legislador es totalmente libre de optar por la intervención del reglamento o de los interlocutores sociales (X. Prétot, «Les Sources du droit du travail au regard du droit public», in *Les sources du Droit du Travail*, Dir. B. Teyssié, Paris, PUF, 1998, p. 153). En cualquier caso, la jurisprudencia constitucional presta una atención especial al alcance de las delegaciones que han de respetar el reparto de competencias entre la ley y el reglamento efectuado por los artículos 34 y 37 CE. Así, si el legislador es libre de solicitar los interlocutores sociales, no se puede exonerar de definir los principios fundamentales, tarea encomendada, tal como lo prevé el artículo 34 CE, a la ley (DC n° 96-383 du 6 nov. 1996. Voir également X. Prétot, «Les bases constitutionnelles de la négociation collective», *Travail et protection sociale*, 1997, p. 4). Más recientemente, DC n° 2008-568 de 7 de agosto de 2008.

convenio de sector extendido se convierte en “ley de la profesión”⁷⁹. Es por lo tanto natural que numerosos aspectos sean abordados en estos textos.

Nos proponemos a continuación contemplar el contenido material típico de un convenio o acuerdo colectivo extendido. Anteriormente al acta de extensión, el acuerdo o convenio de sector se elabora como tal, lo que implica ampliar el enfoque y contemplar las funciones encomendadas a la negociación sectorial que sólo pueden entenderse mediante la garantía de una aplicación general generada por el acta de extensión.

Los convenios o acuerdos colectivos desempeñan sus misiones clásicas⁸⁰, entre las cuales es destacable la fijación de condiciones mínimas de trabajo⁸¹. A partir de 2004, el dispositivo legal atribuye una nueva función al convenio sectorial relativa a la regulación de la actividad convencional en el sector⁸². Dicha función se materializa mediante varias actuaciones. Por una parte, el convenio sectorial fija el ámbito del principio de favor como mecanismo de articulación entre convenios. Así, puesto que la ley se autocalifica de supletoria, incumbe a la negociación sectorial fijar las reglas de concurrencia entre convenios⁸³. Por otra parte, los convenios sectoriales deben prever disposiciones que establezcan varios organismos de control, de organización y de vigilancia de la actividad convencional en el sector⁸⁴, entre las cuales resulta interesante resaltar la comisión paritaria nacional de rama⁸⁵.

⁷⁹ M. Despax, op. cit., 1989, p. 45.

⁸⁰ Ver J. Saglio, «La régulation de branche dans le système français de relations professionnelles», *Travail et emploi*, 1991- I, n° 47, p. 26.

⁸¹ Se abordan los temas clásicos del salario y de la primas, de la formación profesional y de la pensión complementaria. Otros temas se están tratado en la actualidad, como elementos del contrato de trabajo, la igualdad profesional entre hombres y mujeres, las clasificaciones, el empleo, el tiempo de trabajo (ver DARES, op. cit., 2012, p. 309).

⁸² S. Nadal, «Le destin de la négociation de branche», in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, 2005, p. 60 ; de la misma autora, «Les transformations du rôle de la négociation des conventions et accords de branche», *SSL*, 2004, n° 1183, p. 50.

⁸³ Volveremos más adelante sobre el alcance de esta reforma (ver 2.3.2).

⁸⁴ Por ejemplo, los observatorios paritarios de la negociación colectiva (art. L. 2232- 10 CT); las comisiones paritarias locales, provinciales o regionales (art. L. 2234-1 CT, art. L. 2234-2 CT). Ver B. Teyssié, «Les commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles», *JCP E*, 2004, n° 43, p. 1670 ; S. Nadal, loc. cit., 2004, p. 50 et loc. cit., Dalloz, 2005, p. 76.

⁸⁵ Desde la ley de 2008, según el artículo 2232-22, al. 1 CT, se subordina la validez de un acuerdo firmado por los representantes elegidos a una exigencia de mayoría apreciada según sus firmantes y, por lo que nos interesa, a su “aprobación por la comisión paritaria de rama”. Dicha comisión, compuesta por organizaciones sindicales y empresariales, permite otorgar al texto un sello sindical y así, reconocerle la cualificación de acuerdo colectivo. Por lo tanto, valida un acuerdo dotado de eficacia normativa, lo que justifica la presencia del conjunto de los sindicatos representativos en el ámbito de referencia, sin aplicación del principio de proporcionalidad (art. L. 2232-22, al.3 CT). Para profundizar, ver A. Mazeaud, «La négociation des accords d'entre-

Respecto al convenio susceptible de extensión, el dispositivo legal establece la obligación para los negociadores de prever cláusulas de vocación procedimental, cuyo objeto es la regulación de los procesos de negociación en las unidades de negociación incluidas en el ámbito del convenio⁸⁶.

Es obvio que el convenio de sector, y con más fuerza el acuerdo o convenio de sector extendido, cumple un papel fundamental en el sistema de negociación colectiva francés. Dado el amplio abanico de materias y funciones desempeñadas por el convenio de sector, la extensión, sinónima de eficacia general en su ámbito de aplicación, permite establecer reglas comunes a un sector, unificar las condiciones de trabajo en el seno de las ramas profesionales, evitar las distorsiones de competencia, especialmente mediante reducción de los costes salariales, y garantizar una base común de seguridad a todos los trabajadores de un mismo sector⁸⁷.

Conviene resaltar que dicho mecanismo permite la amplia tasa de cobertura convencional en Francia e impide a un empresario librarse de la aplicación de disposiciones convencionales, sea por el rechazo a firmar un acuerdo en su empresa, sea por no estar adherido a ninguna organización empresarial. Los beneficios a gran escala de un acuerdo legalmente válido no son intrínsecos a su firma, como en España, pero son consecuencia de un mecanismo administrativo. Esta consideración avala el carácter paternalista del Estado, quien interviene directamente para proteger los trabajadores.

2.3. Los ataques a la aplicación general del convenio o acuerdo extendido

La apreciación de los ataques a la aplicación general del convenio o acuerdo extendido no puede entenderse sin aportaciones, aunque breves, sobre las relaciones entre ley y convenio y entre convenios de ámbitos distintos.

Al igual que en el derecho español, la autonomía colectiva queda sometida a la ley, lo que implica que las disposiciones convencionales deben ajustarse a las disposiciones legales, que deben ser respetadas o pueden ser mejoradas⁸⁸.

prise en l'absence de délégué syndical», *Dr. soc.*, 2009, p. 675; DARES, *La négociation collective en 2010, Bilans et rapports*, Paris Ministère du Travail, 2011.

⁸⁶ Estas reglas procedimentales tienen como finalidad garantizar la buena fe en la negociación y definir una metodología común de negociación y de seguimiento de los convenios.

⁸⁷ J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *op. cit.*, p. 1374.

⁸⁸ Art. L. 2251-1 CT: «*Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public*».

Pues bien, a partir del año 1982, la ley permite que los negociadores adopten disposiciones distintas a las disposiciones legales que, por lo tanto, pierden una parte de su imperatividad. Se habla en este sentido de acuerdos derogatorios o de derogaciones a la ley⁸⁹.

Por lo que se refiere a las reglas de concurrencia entre convenios, el dispositivo francés ha optado tradicionalmente por una jerarquía funcional entre convenios según el principio de favor. Así, el convenio o acuerdo de ámbito más reducido ha de respetar las disposiciones del convenio de ámbito más amplio aunque puede, sin embargo, mejorarlas en un sentido más favorable para los trabajadores. Pues bien, tras una evolución legal, la reforma de 2004 realiza un giro de 180 grados y establece como principio la posibilidad, por un convenio o acuerdo de ámbito más reducido, de “derogar” a las disposiciones de un convenio o acuerdo de ámbito más amplio, es decir, de no aplicar sus disposiciones para fijar las suyas sin ningún límite convencional. Eso sí, la regla legal es dispositiva para los negociadores sectoriales, pues pueden establecer que los convenios o acuerdos de ámbitos más reducidos no puedan “derogar”, en totalidad o en parte, a las disposiciones del convenio de ámbito más amplio. Por último, ha de notarse que la última reforma de 2008 ha dado un paso suplementario y ha convertido el acuerdo de empresa en centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva. Se trata, no obstante, de una aplicación preferencial en un campo material específico, pues se refiere esencialmente a la organización del tiempo de trabajo.

Una vez fijado este marco legal, veamos a continuación en qué medida estas reglas han influido en el aumento de los ataques a la aplicación general del convenio o acuerdo colectivo extendido.

2.3.1 *Las facultades de derogar a las disposiciones legales en la ley de 2004*

En el diseño de la reforma de 1982, las facultades ofrecidas legalmente a la autonomía colectiva para “derogar” a las disposiciones legales, eran esen-

⁸⁹ Ha de subrayarse que se distingue de la noción de derogación del derecho español que implica la desaparición de una norma (en francés, “abroger”). En Francia, se acerca a las ideas de inaplicación o de descuelgue. Permite a un convenio o acuerdo adoptar disposiciones distintas a las disposiciones legales (Sobre la noción de derogación en Francia, ver F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, Paris, LGDJ, 2007, n° 664 s). En derecho español y en un sentido comparable, el profesor Ramírez se refiere a los acuerdos de descuelgue del artículo 82.3 ET como acuerdos de empresa de naturaleza derogatoria o modificativa (en *Derecho del Trabajo, Coord. L.M. Camps Ruiz y J.M. Ramírez Martínez*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 84). Aunque los textos considerados varían, es indudable que se trata de la misma lógica, que se ve reforzada, por otra parte, por el hecho de que la noción de derogación se vuelve a encontrar en derecho francés en materia de concurrencia entre convenios y acuerdos de ámbitos distintos.

cialmente reservadas al acuerdo sectorial extendido. En efecto, se consideraba que las derogaciones a las leyes constituían una excepción a la superioridad jerárquica de la ley, que se justificaba, entre otros elementos, por la intervención de un instrumento convencional específico sometido al control administrativo⁹⁰. Pues bien, la ley de 4 de mayo de 2004 amplía considerablemente las facultades de la empresa para “derogar” a las disposiciones legales⁹¹. En este marco y por lo que nos interesa, es razonable afirmar que las nuevas y ampliadas facultades de derogación reconocidas a la empresa afectan a la solemnidad del procedimiento de la extensión, en otros términos, le quitan prestigio e importancia⁹². En efecto, ya no justifica por sí mismo las derogaciones a las leyes. Además, si la derogación mediante acuerdo sectorial extendido implicaba un control de legalidad y de oportunidad, ha de subrayarse que la negociación empresarial se realiza fuera de todo tipo de control⁹³.

2.3.2. *La supletoriedad del convenio sectorial extendido*

Las reformas de 2004 y 2008 han optado, cada una según modalidades distintas, por fomentar la negociación en la empresa⁹⁴. Dicha política legal tiene una víctima colateral evidente, la negociación sectorial como tal. Sin embargo, considerando la extensión como un procedimiento común y frecuente, podemos deducir que el convenio o acuerdo colectivo extendido, dotado de eficacia normativa general, ve su dimensión reglamentaria atacada, pues el centro de gravedad del sistema de estructura de negociación colectiva se desplaza hacia la empresa, cuya aplicación se realiza con cada vez menos condicionantes procedentes del convenio o acuerdo extendido, considerado, insistimos, como la ley de la profesión.

Ahora bien, la ley de 2004 opera una modificación del espíritu de las reglas reguladoras de las concurrencias de convenios colectivos en un doble sentido,

⁹⁰ Convenimos que el motivo fundamental reside en el hecho de que es la propia ley la que establece las hipótesis de derogación. En definitiva, no hay excepción a la jerarquía entre ley y convenio, pues se trata de una de las posibilidades de autoconfiguración ofrecida a la ley.

⁹¹ Art. 43 de la ley n° 391-2004. La apertura de facultades de derogación se refiere esencialmente a dos materias, el tiempo de trabajo y los contratos precarios (M.A. Souriac, «L'articulation des niveaux de négociation», *Dr. soc.*, 2004, p. 586). Mencionamos también el procedimiento de despidos económicos (art. L. 1233-21 CT s.; Loi n° 2003-6 du 3 janv. 2003; F. Gaudu, «Les accords de méthode», *Dr. soc.*, 2008, p. 915).

⁹² S. Nadal, loc. cit., *Dalloz*, 2005, p. 72.

⁹³ H. Tissandier, «L'articulation des niveaux de négociation: des principes en mutation», *SSL*, 2004, n° 1183, p. 61.

⁹⁴ Aun así, aunque el fomento y la emancipación de la negociación empresarial es una realidad en Francia, su intensidad no es comparable con la opción legal española resultante de la reforma de 2012.

sin por ello desembocar, de forma automática, en colocar a la empresa en el centro de la estructura de la negociación. Por una parte, establece una regla legal según la cual el convenio o acuerdo de ámbito más reducido puede "derogar" a las disposiciones del acuerdo o convenio más amplio, salvo en algunas materias cuando se trata de un convenio o acuerdo de empresa⁹⁵. Por otra parte, auto-atribuyéndose un carácter supletorio, la ley deja a los negociadores de los acuerdos o convenios de ámbito más amplio, la posibilidad de (re)establecer el principio de favor o de fijar otras reglas para regular la concurrencia entre convenios⁹⁶. En definitiva, la fijación de las reglas de concurrencia entre convenios y acuerdos colectivos incumbe al convenio de sector, especialmente al convenio o acuerdo extendido que sigue, por lo tanto, gozando de un amplio margen de maniobra. Más que mediante una opción tajante y unívoca, es de manera difusa y latente que la reforma de 2004 afecta a la generalidad de la aplicación del convenio sectorial que, sin embargo, y si así lo decide, sigue siendo el ámbito articulador de la estructura de la negociación colectiva⁹⁷.

La perspectiva de la ley de 20 de agosto de 2008 relativa a la renovación de la democracia social y a la reforma del tiempo de trabajo, es radicalmente distinta y da un paso suplementario hacia la centralidad de la negociación de empresa en la estructura de la negociación colectiva. En efecto establece, en

⁹⁵ Art. L. 2253-3 CT (ver nota siguiente).

⁹⁶ Para la concurrencia entre convenios de ámbitos sectoriales o interprofesionales, art. L. 2252-1 §1 CT: « *Une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel peut comporter des stipulations moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord stipule expressément qu'on ne peut y déroger en tout ou partie* ».

Para la concurrencia en presencia de un acuerdo o convenio de empresa, hay que subrayar que la ley recurre además a un reparto material. Art. L. 2253-3 CT: « *En matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels.*

Dans les autres matières, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement ».

⁹⁷ En la práctica, muchos convenios sectoriales bloquean las negociaciones en la empresa (ver J.Y. KERBOURC'H, «Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large», *Dr. soc.*, 2008, p. 834).

⁹⁸ A modo de ejemplo, reproducimos el artículo L. 3122-2 CT cuya redacción se reproduce

materia de ordenación del tiempo de trabajo⁹⁸, de horas extraordinarias⁹⁹ y de modalidades de cómputo de horas de trabajo sobre el mes o el año¹⁰⁰, una preferencia aplicativa al acuerdo de empresa¹⁰¹. Así, el convenio de sector ordinario o extendido pierde su carácter imperativo, aplicándose únicamente en defecto de texto en la empresa¹⁰². En este marco, el acuerdo de sector, extendido o no, tiende a limitar su aplicación a las empresas desprovistas de interlocutores salariales¹⁰³. En efecto, el empresario tiene interés en fomentar la negociación y adoptar, fuera de cualquier marco convencional sectorial, medidas propias a su empresa y esto, en detrimento de la negociación sectorial que sufre un ataque frontal, al menos, en las materias consideradas¹⁰⁴. En todo caso, la preferencia aplicativa del acuerdo de empresa constituye un nuevo ataque al significado y al alcance del procedimiento de extensión. Recuerda a las observaciones anteriores relativas al sentido de la extensión como mecanismo garantizador de un marco seguro a la emancipación de la negociación colectiva del cuadro legal.

en los otros artículos citados infra: «*Un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut définir les modalités d'aménagement du temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année*». Ver también, art. L. 3152-1 CT.

⁹⁹ Art. L. 3121-11 CT ; art. L. 3121-24 CT.

¹⁰⁰ En francés «*Forfaits sur le mois ou sur l'année*»; art. L. 3121-39 CT.

¹⁰¹ Sobre esta reforma, ver F. Canut, «Temps de travail: le nouvel ordonnancement juridique», *Dr. soc.*, 2010, p. 385.

¹⁰² Para un panorama de las distintas opiniones doctrinales, ver M.A. Souriac, «Les réformes de la négociation collective», *RDT*, 2009, p. 16 ; P. Morvan, «L'articulation des normes sociales à travers les branches», *Dr. soc.*, 2009, p. 680; J. Barthélémy, «Evitez les mauvais procès», Controverse, «Etendre le rôle de la négociation d'entreprise en matière de durée du travail ?», *RDT*, 2008, p. 426.

¹⁰³ F. Favennec-Héry, «Le droit de la durée du travail, fin d'une époque», *Dr. soc.*, 2009, p. 255.

¹⁰⁴ Por otra parte, varios autores han puesto de relieve que esta situación perjudica el interés de las pequeñas empresas, en las cuales resulta difícil o imposible negociar un acuerdo propio, y favorece a las empresas de tamaño más grande, en las cuales se puede negociar un acuerdo propio, sinónimo de ventaja económica (G. Vachet, «L'articulation accord d'entreprise, accord de branche: concurrence, complémentarité ou primauté?», *Dr. soc.*, 2009, p. 888, quien cita, como limitaciones de la pequeñas empresas, la imposibilidad, sin acuerdo en la empresa, de organizar el tiempo de trabajo sobre un periodo superior a 4 semanas. Ver también, P.H. Antonmattei, «Quelques propos sur la promotion de l'accord d'entreprise», *Dr. soc.*, 2009, p. 883).

3. CONCLUSIÓN

Varios aspectos pueden ser señalados.

En primer lugar, conviene insistir en que el derecho francés mantiene la naturaleza contractual del convenio colectivo que despliega, por lo tanto y en principio, una eficacia personal limitada.

En segundo lugar, dos excepciones, que acaban por neutralizar el principio, permiten al convenio o acuerdo colectivo disponer de eficacia general. En particular, el procedimiento administrativo de la extensión de convenio o acuerdo colectivo que, recordamos, no es similar al procedimiento español de la extensión del artículo 92.2 ET, permite al ministro garantizar la aplicación del convenio o acuerdo a todos los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación. Lejos de referirse a la autonomía colectiva, la aplicación general del convenio sectorial o interprofesional se fundamenta sobre una intervención administrativa.

En tercer lugar, la dimensión reglamentaria del convenio extendido justifica, por una parte, las exigencias legales relativas al contenido pero sobre todo a la representatividad de los firmantes, especialmente de los representantes empresariales. Por otra parte, es notable el alcance del control del ministro. En efecto aunque no pueda influir en el reparto de fuerzas durante las negociaciones, vigila la legalidad del acuerdo y aprecia la oportunidad de la extensión. A partir de ahí, conviene resaltar que el ministro no se pronuncia sobre la legalidad del convenio o acuerdo, cuestión que incumbe al juez judicial debido a la naturaleza contractual del convenio, y que su poder de apreciación en cuanto a la oportunidad de la extensión queda sometido al control del juez administrativo, debido al carácter reglamentario del acta de extensión, que aprecia especialmente la existencia de motivos de interés general.

En todo caso, dicho mecanismo constituye un instrumento de medición pertinente del equilibrio entre intervencionismo estatal y libertad contractual, o dicho de otra forma, del grado de reconocimiento de la autonomía colectiva por el orden jurídico estatal. A la vista de este desarrollo y desde el enfoque español, parece pues notable el grado de intervención del Estado en las relaciones profesionales y, especialmente en la negociación colectiva cuyos productos deben pasar por un filtro estatal sustancial antes de aplicarse a todos los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito.

APLICACIÓN DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL EN LA DELIMITACIÓN DE LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

CRISTINA BLASCO RASERO

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

Palabras Clave: Régimen matrimonial, pensión de viudedad, beneficiarios

El derecho a la pensión de viudedad (que, en el modelo tradicional, centra su protección en el cónyuge superviviente) ha estado condicionado al cumplimiento de los requisitos que la legislación civil exige para la validez del matrimonio. Esta conexión ha permitido cuestionarse, en el orden social, el eventual reconocimiento del derecho en aquellos supuestos en los que se duda de la validez del vínculo. Sin embargo, en todos estos casos, existen dudas razonables acerca de la aplicación de unos requisitos, de índole civil, cuya estricta exigencia puede colisionar con el fundamento y la finalidad de prestaciones que deben basarse en la atención de la necesidad.

Pese a las múltiples reformas operadas ha de partirse de la idea de que los cambios efectuados hasta ahora son sólo puntuales en un proceso que, necesariamente, ha de continuar hasta alcanzar una reforma integral del régimen jurídico de la pensión de viudedad o, incluso, configurar un modelo nuevo de protección de la supervivencia.

ABSTRACT

Key Words: Matrimonial property regime, widow, beneficiary's pension

The right to the widowhood pension (which, in the traditional model, focus its protection on the surviving spouse) has been conditioned to the fulfillment of the civil legislation requirements for the validity of the marriage. This connection allowed to question, in the social order, the eventual recognition of the pension in those cases where it is doubted the validity of the link. However, in all these cases, there are reasonable doubts about the application of requirements, of a civil nature, whose strict requirement can collide with the basis and the purpose of benefits that are based on the need to care.

Despite many reforms operated has to start from the idea that the changes made so far are only point in a process that necessarily, must continue to achieve a comprehensive reform of the legal regime of the widow's pension or, even, set up a new model of protection of survival.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA IMPORTANCIA DEL DERECHO CIVIL EN EL PROCESO DE REFORMAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN POR VIUDEDAD
2. LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO COMO CONDICIÓN ESENCIAL PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD AL CÓNYUGE SUPERVIVIENTE
 - 2.1. El matrimonio como contrato privado con eficacia jurídica. Requisitos para la validez del matrimonio y, por extensión, para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad
 - 2.2. La falta de inscripción del matrimonio en el Registro Civil: relevancia del incumplimiento de un requisito formal sobre el acceso a la pensión
3. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD Y OTRAS FORMAS DE MATRIMONIO
 - 3.1. Consideración previa: formas de celebración del matrimonio reconocidas en el Derecho español
 - 3.2. El controvertido derecho a la pensión de viudedad del miembro superviviente de un matrimonio celebrado por el rito gitano
 - 3.3. Incidencia del matrimonio poligámico sobre el reconocimiento y, en su caso, distribución de la pensión de viudedad
4. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO A PERSONAS DEL MISMO SEXO: ATRIBUCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES
5. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN LOS SUPUESTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO: NUEVAS CONDICIONES RESTRICTIVAS DEL DERECHO
 - 5.1. El derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de nulidad matrimonial: exclusiva protección del matrimonio putativo
 - 5.2. El limitado reconocimiento del derecho, en los casos de separación y divorcio, al cónyuge beneficiario de una pensión compensatoria. ¿Idoneidad del nuevo criterio?
6. CONCLUSIONES

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA IMPORTANCIA DEL DERECHO CIVIL EN EL PROCESO DE REFORMAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN POR VIUDEDAD

En el conjunto de la acción protectora, las prestaciones por muerte y supervivencia constituyen, con seguridad, una de las fórmulas de protección más sensible a los cambios sociales. En los últimos cincuenta años se han producido tantas y tan profundas transformaciones en las formas de organización de la familia y en las relaciones entre los miembros del grupo, que resulta imprescindible un replanteamiento general del régimen de protección de la supervivencia en el que se considere tanto la necesaria cobertura de nuevas situaciones como, en su caso, la eventual exclusión de aquellos hechos o relaciones que han dejado de constituir una necesidad social. Un replanteamiento de la protección que se ha efectuado y, en un futuro próximo debe continuar realizándose, a mi juicio, atendiendo a las normas y principios que rigen las relaciones entre particulares.

Porque si ya el legislador social está obligado, en el diseño del sistema de protección de las situaciones de necesidad social y en la regulación del régimen jurídico concreto de cada prestación, a utilizar los conceptos y previsiones del Orden Civil (recuérdese su funcionamiento como Derecho común a todo el ordenamiento jurídico) resulta conveniente intensificar el recurso a los preceptos e instituciones civiles como instrumento esencial, de singular utilidad, no sólo para la interpretación y aplicación de las normas sociales, sino también, en el proceso de reformas que ya se ha llevado cabo y que en el futuro ha de seguirse en la ordenación y funcionamiento del Sistema español de Seguridad Social¹. Una intensificación que resulta en muchos aspectos necesaria para solventar ciertos problemas e incoherencias que, por tales motivos, se detectan en la acción protectora del Sistema (sobre todo, cuando en la definición del supuesto normativo no se tienen en cuenta los términos en que deben desenvolverse las relaciones entre particulares). Por tales motivos, resulta de suma importancia ahondar en el análisis de las prestaciones sociales desde los conceptos, reglas o principios propios del ordenamiento civil, para determinar la idoneidad o, en su caso, inoportunidad o incluso el mal uso que pueda haberse dado, en cada tema, a las disposiciones aplicables.

Pero el análisis de las relaciones existentes entre el Derecho civil y el Derecho social (incluso en el ámbito limitado de las prestaciones de supervivencia) constituye un estudio tan extenso que desborda ampliamente el objetivo de estas páginas. Por dicha razón, la obra que en estos párrafos se introduce ha de limitarse a una de las prestaciones en las que en mayor medida se manifiesta esa conexión con el orden civil y en la que resulta más evidente la necesidad de perfilar su régimen jurídico desde una adecuada conceptualización y aplicación de las normas privadas: la pensión de viudedad. A esta razón se suma su tradicional protagonismo como la prestación de supervivencia más afectada por las reformas normativas, y sobre todo, como aquella en la que con más insistencia se plantea la conveniencia de llevar a cabo una remodelación integral de su régimen jurídico.

Para efectuar este análisis es necesario recordar, como punto de partida, los cuatro elementos sobre los que se ha sustentado la protección por viudedad desde los orígenes del Sistema². Como elemento principal se ha de señalar el

¹ Ello sin perjuicio de que, en ciertos aspectos, deban mantenerse en el orden social ciertas reglas especiales y distintas a las previstas en el ordenamiento civil. Es lo que sucede, por ejemplo, con la norma dispuesta en el art. 172.3 de la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS), que permite reconocer el derecho a las prestaciones de muerte y supervivencia generadas por la desaparición del causante que ha sufrido un accidente en circunstancias que hagan presumible su muerte, una vez transcurridos 90 días de su desaparición y, por lo tanto, sin tener que esperar el cumplimiento de los plazos comunes, más extensos, previstos en el art. 193 del Código Civil (en adelante, CC).

² Sobre la delimitación de estos elementos, puede verse, con más extensión: BLASCO RASERO, C.: *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, 2003, págs. 115- 150, así como la bibliografía y la jurisprudencia que en estas páginas se cita.

diseño de una pensión dirigida, con meridiana claridad, a la protección del cónyuge superviviente. Precisamente por ello, se ha venido denegando con reiteración el beneficio al miembro superviviente de una pareja de hecho (esto es, de toda relación de convivencia análoga a la conyugal en la que las partes han optado por no formalizar el vínculo). Y sin embargo, a pesar de la primera condición y de la segunda limitación, también se ha reconocido tradicionalmente el derecho en los supuestos de separación, nulidad y divorcio, aunque en rigor, en los dos últimos casos, se haya atribuido a quien no ostentara ya la condición conyugal requerida (a estos efectos, baste recordar que el divorcio extingue el vínculo y la nulidad supone la invalidez del matrimonio).

Además, desde la reforma operada por la Ley 24/1972, de 21 de junio³, y posteriormente, desde la eliminación por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) de los preceptos de la LGSS que requerían condiciones singulares a los varones⁴, no se ha exigido a los beneficiarios la demostración de requisitos adicionales para acceder al derecho: la persona que hubiera contraído matrimonio con el causante ha venido detentando un derecho absoluto a la pensión de viudedad al margen de condiciones tales como la acreditación de una determinada edad o de una situación de incapacidad para el trabajo, la existencia de hijos comunes, la constatación de un período mínimo de convivencia entre las partes, la demostración de una relación de dependencia económica con el causante, la ausencia de recursos propios u otras circunstancias similares. Por todo ello se ha venido sustentando, como único fundamento de la protección, el resarcimiento del daño que sufre el cónyuge sobreviviente como consecuencia de la pérdida de los ingresos del trabajador o pensionista, causante del derecho.

Sin embargo, estas notas (esenciales en la definición) se han visto sustancialmente alteradas en la última década por un importante proceso de reformas que, de una parte, han permitido extender la protección tanto a los matrimonios constituidos entre personas del mismo sexo, como al miembro superviviente de una pareja de hecho; y, de otra, han restringido la cobertura tanto en los casos de muerte acaecida por una enfermedad común padecida con anterioridad a la celebración del matrimonio, como en los supuestos de nulidad, separación y divorcio. Por este motivo, es acertado hacer un análisis en profundidad del vínculo que, hoy por hoy, sigue constituyendo el presupuesto fundamental del

³ Con anterioridad a dicha Ley, para el acceso a la pensión de viudedad se exigía a las mujeres que fueran mayores de 40 años, estuvieran incapacitadas para el trabajo o tuvieran hijos a cargo del causante con derecho a pensión de orfandad.

⁴ Recuérdese cómo, en las SSTC 103/1983 de 22 de noviembre y 104/1983 del día 23, se declaró inconstitucional la norma que exigía al varón la acreditación de una relación de dependencia económica respecto a su esposa justificada por una incapacidad permanente y absoluta para el trabajo.

derecho a la protección, al menos, de la pensión básica del sistema: el matrimonio (el estudio de la pensión de viudedad en las uniones de hecho, especialmente por la singular delimitación del supuesto de hecho protegido, requiere un tratamiento particularizado y exhaustivo cuya extensión supera los límites de esta obra).

2. LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO COMO CONDICIÓN ESENCIAL PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD AL CÓNYUGE SUPERVIVIENTE

Como se ha recordado sucintamente en los párrafos anteriores, el reconocimiento y abono de la pensión de viudedad ha estado limitado, desde la configuración inicial del Sistema de Seguridad Social, al cónyuge superviviente, esto es, a la persona que hubiera contraído matrimonio con el causante en alguna de las formas reguladas y admitidas en el ordenamiento jurídico, sin exigírsele el cumplimiento de requisitos adicionales, lógicamente, restrictivos del derecho. Sin embargo, y frente al régimen tradicional de protección de la viudedad, cuando el legislador ha extendido el derecho a quienes hubieran mantenido con el causante una relación de convivencia sin haber contraído matrimonio, lo ha hecho imponiendo condiciones que alejan considerablemente los términos de la protección por viudedad del miembro superviviente de una pareja extramatrimonial respecto a los exigidos al cónyuge sobreviviente⁵. Diferencias que se explican, a mi juicio y entre otras razones, porque con la definición en la LGSS de lo que debe entenderse, a estos efectos, por “pareja de hecho” se suple la ausencia de un concepto común y de un régimen civil concreto de este tipo de relaciones (a diferencia de la expresa y completa regulación del matrimonio en el CC) y porque, posiblemente, constituya un primer paso o un campo propicio para probar el funcionamiento de nuevos requisitos que, en un futuro, podrían condicionar el acceso a la protección de supervivencia de todos sus beneficiarios.

Dejando de lado las condiciones exigidas para obtener la protección en los supuestos de parejas de hecho⁶, en los casos en los que se accede al derecho desde una relación matrimonial constituida, la existencia de un matrimonio y,

⁵ El legislador ha restringido la protección a quienes hayan constituido una “pareja de hecho” (conforme a la definición del art. 174. 3 de la LGSS) y hayan formalizado su relación, bien inscribiéndola en un Registro de Parejas de Hecho, bien haciéndola constar en un documento público, y siempre que acrediten una relación económica con el causante, bien en términos de dependencia, bien en términos de necesidad real.

⁶ Sobre los términos en los que actualmente se extiende el derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de una unión de hecho se puede consultar, entre otras obras, las

con éste, el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, se supedita al cumplimiento de los requisitos exigidos en los art. 44 a 48 del CC, así como a las condiciones dispuestas para su celebración en los art. 49 a 65 del mismo texto. En estos términos puede destacarse, en un primer acercamiento al tema, el carácter formal del matrimonio para cuya válida existencia es esencial el cumplimiento de los presupuestos, de carácter constitutivo, que el ordenamiento jurídico dispone. Por tal motivo, aunque los individuos pueden mantener las relaciones de afectividad y convivencia que deseen, sólo aquellas en las que se cumplen las condiciones exigidas merecen el reconocimiento del ordenamiento y la atribución de los efectos jurídicos que a favor del matrimonio se prevén. Otra cosa sería negarle al Derecho la función de ordenación de las relaciones humanas que inevitablemente ha de desempeñar.

2.1. El matrimonio como contrato privado con eficacia jurídica. Requisitos para la validez del matrimonio y, por extensión, para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad

El matrimonio, como todo acuerdo privado del que derivan consecuencias jurídicas sobre las personas y sus bienes, e incluso, como acto o negocio jurídico del que se deducen una pluralidad de efectos frente a terceros (sujetos públicos y privados) está sometido a ciertas condiciones determinantes de la validez del propio negocio. En el ámbito de la protección social, la identificación de una unidad matrimonial de la que deriva el acceso a la pensión de viudedad a favor del cónyuge superviviente depende igualmente de la existencia de un matrimonio válido, en el que concurren los requisitos exigidos en el ordenamiento civil para su reconocimiento. La relevancia de estos elementos exige empezar este estudio concretando los presupuestos esenciales para la válida constitución de un matrimonio. Se trata, lógicamente, de hacer una somera referencia a las condiciones dispuestas en el CC para la validez del vínculo⁷.

siguientes: Ballester Pastor, I.: “La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, n° 209, 2008 (monográfico sobre: *La pensión de viudedad: régimen vigente y perspectivas de futuro*); Martínez Abascal, V. A.: “Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?”, *Aranzadi Social*, n° 17, 2009; Moreno Gené, J.: “La “pensión especial” de viudedad en las parejas de hecho: la prueba de la convivencia estable”, *Aranzadi Social*, n° 17, 2009 y Viqueira Pérez, C.: “La situación protegida en la pensión de viudedad derivada de pareja de hecho (Ley 40/2007)”, *Actualidad Laboral*, n° 18, 2008.

⁷ Condiciones que se analizan con mucha mayor extensión en otras obras (entre ellas, Albadalejo García, M.: *Curso de Derecho Civil. IV Derecho de Familia*, Edisofes, 2013; Lacruz

En primer lugar, para la celebración de un matrimonio se exige a los contrayentes la acreditación de capacidad suficiente para entender y, en consecuencia, asumir conscientemente las consecuencias que derivan del vínculo conyugal, capacidad que se les presume a los mayores de edad y a los menores emancipados (en cualquier caso, no incapacitados judicialmente para este tipo de contrato). En conexión con la capacidad, la doctrina civilista sitúa otras prohibiciones dispuestas en los art. 46 y 47 del CC, tales como la de contraer matrimonio por personas que ya estén casadas (en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio es claramente monogámico, estando incluso tipificado como un ilícito penal el delito de bigamia) o las limitaciones a contraer matrimonio entre sí que se aplican a las personas vinculadas por ciertos grados de parentesco (como los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, o los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado) así como a los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. Con todo, se admite la dispensa del impedimento de edad a partir de los catorce años, del atinente al parentesco en las relaciones en tercer grado entre colaterales y del impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior (en los dos primeros casos por el Juez de Primera Instancia y en el último por el Ministro de Justicia, *ex art.* 48 del CC).

El segundo elemento esencial para la validez del contrato es la prestación del consentimiento matrimonial por parte de los contrayentes, consentimiento que, según el art. 45 del CC, no puede estar sometido a condición, término o modo. Igualmente conduce a la nulidad del matrimonio la concurrencia de alguno de los vicios del consentimiento que se indican en el art. 73 del CC, cuales son el error en la identidad del otro contrayente o en las cualidades personales que hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento, la coacción y el miedo grave.

El carácter formal del contrato matrimonial supone, como tercer requisito de validez, su necesaria celebración conforme al procedimiento establecido. A estos efectos, el CC admite tanto el matrimonio civil oficiado ante el Juez, Alcalde o funcionario competente (conforme a las normas dispuestas en los art. 51 a 58) como el celebrado en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o autorizados por la legislación estatal (art. 59 del CC). Además, se atribuye eficacia jurídica al matrimonio celebrado por españoles fuera del territorio nacional en la forma esta-

Berdejo, J. L. *Derecho de Familia: el matrimonio y su economía*, Civitas, 2011; Sánchez calero, F. J. y otros: *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, 2012; Ureña Martínez, M.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tecnos, 2013).

blecida por la Ley del lugar de celebración (art. 49 del CC *in fine*) y al constituido en España por extranjeros cumpliendo las formalidades dispuestas por la ley personal de cualquiera de ellos (art. 50 del CC). Obviamente también, se reconocen los efectos que el ordenamiento jurídico hace derivar del matrimonio al celebrado -válidamente- fuera de nuestras fronteras por personas de otras nacionalidades que se instalen en España.

En definitiva, constituyen éstos requisitos esenciales para la validez del matrimonio y, por ello, para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al cónyuge superviviente. La ausencia de alguno permite la declaración de nulidad del vínculo con las consecuencias que de dicha declaración se derivan⁸.

2.2. La falta de inscripción del matrimonio en el Registro Civil: relevancia del incumplimiento de un requisito formal sobre el acceso a la pensión

Dejando para un epígrafe posterior el análisis que, sobre el derecho a la pensión de viudedad genera la declaración de nulidad matrimonial (principal consecuencia de la falta de alguna de las condiciones señaladas) se han de tratar en éste los problemas que, sobre el reconocimiento del derecho, derivan de la ausencia de otros requisitos de forma. En este aspecto, el principal problema que se ha planteado ante los tribunales se ha referido al eventual reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de falta de inscripción en el Registro Civil de una relación matrimonial, por lo demás, válidamente constituida.

La cuestión fundamental que a estos efectos se plantea se refiere, básicamente, al carácter que debe atribuirse al requisito de inscripción registral. A este respecto es necesario dilucidar el sentido que ha de darse al art. 61 del CC, cuando diferencia los efectos civiles del matrimonio que, según señala, se producen desde su celebración, y “*el pleno reconocimiento de los mismos*” para cuya consecución, también se indica, resulta necesaria su inscripción en el Registro Civil. Se trata, fundamentalmente, de una cuestión de legalidad ordinaria, de orden civil, en cuyo ámbito es esencial determinar el carácter constitutivo o meramente probatorio del requisito de inscripción registral (es decir, si para la existencia de una relación matrimonial válida es o no imprescindible su inscripción en el Registro Civil).

⁸ Conforme al art. 73 del CC procede la declaración de nulidad del matrimonio cuando falta el consentimiento o concurre alguno de los vicios que lo invalidan, cuando se contrae por las personas o entre quienes se ven afectados por alguno de los impedimentos dispuestos en los arts. 46 y 47 CC y no se ha producido dispensa, o cuando, con incumplimiento de los trámites preceptivos, se celebra sin la intervención del juez, alcalde o funcionario competente o sin la concurrencia de testigos.

Sobre esta cuestión, y aunque cabe defender ambas posibilidades, se encuentra en la doctrina civilista opiniones cualificadas contrarias al carácter constitutivo de la inscripción registral que, desde esta perspectiva, ni se considera determinante del estado conyugal, ni de los efectos civiles del matrimonio⁹. No obstante, algunos de estos autores distinguen los efectos que derivan de la falta de inscripción en el Registro Civil según los sujetos implicados¹⁰: mientras que, entre los cónyuges, la falta de inscripción no impide que se desenvuelvan todos los efectos personales y patrimoniales que derivan del matrimonio, frente a terceros rige la regla del art. 61 del CC *in fine*, que prohíbe que la falta de inscripción pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por personas ajenas a la relación. En el mismo sentido, los tribunales vienen negando carácter constitutivo a la inscripción registral y consideran esta exigencia como un requisito formal y garantista frente a terceros que no impide la producción de los efectos civiles que del matrimonio se derivan sobre los hijos y los cónyuges. Por lo demás, existe coincidencia en los tribunales y en la doctrina consultada en su consideración como un medio de prueba cualificado, así como en un título idóneo para acreditar, frente a cualquiera, la existencia de un matrimonio.

Pero la cuestión, en el ámbito concreto de esta obra, no es ya el carácter de la inscripción (lo que constituye un asunto de legalidad ordinaria, en el que cabe remitirse al estudio que, sobre la materia, ha realizado la doctrina civilista especializada y los tribunales del orden civil) y la eficacia del matrimonio no inscrito entre las partes o entre otros sujetos privados, sino el reconocimiento que pueda y deba hacer el Estado de las relaciones matrimoniales no inscritas en el Registro Civil, en este aspecto, en orden a la atribución al cónyuge superviviente del derecho a la pensión de viudedad. Sobre este particular se pueden encontrar en la jurisprudencia reciente posiciones enfrentadas.

Así, el TC (en la STC 199/2005, de 15 de noviembre) ha analizado este tema desde la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, considerando contraria a la CE la actuación de los tribunales de instancia que, en el caso concreto, denegaron el derecho al demandante (miembro superviviente de un matrimonio canónico no inscrito por razones de conciencia) por equiparar

⁹ Vid. por ejemplo, Lacruz Berdejo, J. L. op. cit., págs. 83 y 84; Díez-Picazo, L. y Gullón, A. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, págs. 89-92. En este sentido, tanto la mayoría de la doctrina civilista como la Dirección General de los Registros y del Notariado consideran que la falta de inscripción registral no supone la invalidez o ineficacia del matrimonio, pero sí una ausencia formal que dificulta significativamente su prueba.

¹⁰ En este sentido se pronuncian, entre otros autores, Díez-Picazo, L. y Gullón, A. *Sistema de Derecho...* cit. pág. 91.

su situación a las uniones de hecho. Por el contrario, en su opinión, la denegación del derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de una unión conyugal no inscrita supone una diferencia de trato injustificada y desproporcionada frente a la normal atribución del derecho al resto de matrimonios canónicos inscritos, y por lo tanto considera que, aunque la falta de inscripción en el Registro Civil puede generar otras consecuencias, no es motivo suficiente para denegar el derecho a la pensión de viudedad al cónyuge sobreviviente.

Pero esta interpretación jurisdiccional no es, lógicamente, la única posible. En este sentido, se encuentran otros argumentos de peso en los votos particulares presentados frente a la opinión de la mayoría en los que, en esencia, se defiende la función de la institución registral como “*conditio iuris*”¹¹ a la que la Ley civil supedita la eficacia del matrimonio. En el primer voto particular porque se considera que, con este requisito, se unifica en el ordenamiento jurídico la eficacia de las diversas formas de contraer matrimonio, constituyendo la inscripción en el Registro Civil un elemento objetivo y razonable al que condicionarse la satisfacción, por parte del Estado, de sus obligaciones prestacionales. En el segundo, se insiste en el carácter esencial de la inscripción registral y se añade que, aunque las partes pueden legítimamente incumplir los requisitos impuestos por el legislador y negarse a la inscripción, no pueden después exigir la satisfacción de los derechos que la legislación prevé, precisamente, a favor de quienes cumplen las disposiciones legales.

Por su parte, para el TS la inscripción registral no es un requisito constitutivo que impida, en todo caso, el acceso a la pensión: mientras que, en los supuestos en los que existe alguna duda acerca de la constitución del vínculo o de su validez, la efectiva inscripción del matrimonio en el Registro Civil es requisito imprescindible para obtener la prestación porque constituye el único media categórico de prueba, en aquellos en los que haya medios documentales claramente acreditativos de la celebración del matrimonio y nadie dude del mantenimiento de la convivencia, aunque la falta de inscripción registral impide que de tal relación se deriven plenos efectos civiles, “*sí que puede producir los efectos propios de todo matrimonio en relación con el derecho a causar prestaciones de la Seguridad Social*” (STS de 15 de diciembre de 2004).

Sobre este tema se pueden hacer varias observaciones. Como punto de partida inexcusable, se ha de entender aplicable un único criterio común a todas las formas de matrimonio: si para los celebrados en el extranjero o para los constituidos siguiendo las reglas o ritos de cualquier congregación religiosa se

¹¹ Sobre la interpretación, a estos efectos, de la “*conditio iuris*” véase López Cumbre, L.: “Los nuevos pensionistas de viudedad”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 209, 2008, págs. 38-40.

exige la inscripción de la relación en el Registro Civil, debe condicionarse el derecho a la pensión de viudedad al cumplimiento de este requisito, también, en los matrimonios celebrados conforme al Derecho Canónico (u otra confesión religiosa) sin que razones de conciencia u otras semejantes puedan eximir a ningún particular del cumplimiento de un requisito general, exigido al común de los ciudadanos, fundamentalmente, por razones de seguridad jurídica. Si se excepciona esta condición en algunos supuestos, debe extenderse la misma excepción a todos y de esta forma atribuir el derecho a la pensión de viudedad en cualquier caso en el que se constate la validez del matrimonio aunque no haya sido convenientemente registrado¹².

También cabe, como segunda opción, proteger las relaciones matrimoniales válidas, obviando cualquier requisito puramente formal o “*ad probationem*”. Desde esta perspectiva, se podría entender que la inscripción en el Registro Civil no constituye condición alguna de eficacia de un matrimonio válidamente constituido, sino solamente un medio de prueba de su efectiva celebración; en ese caso, se tendría que reconocer el derecho a la pensión de viudedad a todo aquel que acreditara, por cualquier otro medio, la existencia de un matrimonio válido. Sin embargo, en mi opinión, esta interpretación olvida la función que corresponde al Registro Civil en orden a la constatación de las circunstancias personales y, en concreto, del estado civil de los individuos¹³. Por ello, parece conveniente el mantenimiento de la inscripción registral como forma específica de demostrar la existencia del vínculo, en tanto constituye un medio cualificado para el conocimiento y reconocimiento inmediato por parte del Estado de las relaciones conyugales constituidas. El cumplimiento de esta condición es esencial, por otra parte, cuando confluye un elemento de incertidumbre como sucede en los casos de matrimonios celebrados en el extranjero u oficiados conforme a cualquier rito o práctica propia de una confesión religiosa (especialmente, cuando es poco común en nuestro país) y, por ello, el matrimonio contraído es ajeno (esto es, desconocido) por la administración estatal.

¹² Precisamente por ello, los tribunales ordinarios han utilizado esta doctrina para concluir afirmando el debido reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a los españoles que, habiendo celebrado un matrimonio –válido– en el extranjero, no lo hubieran inscrito en el Registro Civil español (vid. las SSTSJ de Cataluña de 2 de abril de 2009 –AS 2009/2069– y de 4 de octubre de 2011 –JUR 2011/405052–, así como la STSJ de Asturias de 10 de febrero de 2012 –JUR 2012/70488–).

¹³ Según el art. 2 de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil éste “*constituye la prueba de los hechos inscritos*”, no siendo admisible en los casos de falta de inscripción otras pruebas sin que “*previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida*”.

Además, la excusa en el caso controvertido del requisito de inscripción registral permite argumentar una diferencia de trato, quizá insuficientemente justificada, entre las condiciones a las que se supedita el reconocimiento del derecho en los casos de uniones matrimoniales y extramatrimoniales. No se puede exceptuar el cumplimiento de un requisito puramente formal como la inscripción en el Registro Civil, previsto en la regulación civil del matrimonio con claridad, y exigirlo de forma inflexible, sin excepciones, cuando se trata de una pareja de hecho (en la que la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho o la formalización en un documento público en el que conste la constitución de la pareja, constituye una condición esencial de acceso al derecho). Ello aunque se entienda, como es el caso, que la unión protegida no es la unión libre de dos personas que quieren mantener una relación de convivencia análoga a la conyugal sin contraer matrimonio, sino la unión formalizada en alguna de las formas que la LGSS prescribe. Si no fuera así, se podría admitir cualquier otro medio de prueba que se considerara suficiente para acreditar la certeza de la relación fáctica.

En fin, también cabría sostener una interpretación distinta de este tema si se optara por un modelo de protección puramente asistencial en el que se primara la atención de las relaciones reales de dependencia entre dos sujetos o la situación efectiva de necesidad económica de cada individuo, en cuyo caso todos estos requisitos (y principalmente, los que tienen un exclusivo carácter formal) habrían de pasar a un segundo plano para hacer pivotar la protección sobre aquellas condiciones que demostraran las circunstancias reales de cada beneficiario. En ese modelo, aunque la plena eficacia del matrimonio continuara supeditada al cumplimiento del requisito de inscripción registral, en el orden social, centrado en la protección de las situaciones reales de dependencia o precariedad económica, sería ésta una condición superflua que habría de ser irrelevante para el acceso al derecho¹⁴.

3. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD Y OTRAS FORMAS DE MATRIMONIO

Conforme al ordenamiento actual, la existencia de un matrimonio (como institución diferenciada, con una regulación propia que la hace acreedora de un estatuto jurídico determinado) requiere la concurrencia de una pluralidad de

¹⁴ Sobre este mismo tema pueden consultarse las siguiente obras: Barber Cárcamo, R.: “La incidencia del principio de igualdad ante la ley sobre el matrimonio no inscrito (Consideraciones en torno a la STC 199/2004, de 15 de noviembre)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 4, 2005, págs. 20-46; Rivas Vallejo, M. P.: “Efectos del matrimonio no inscrito en el ámbito de las pensiones de viudedad”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2001, págs. 45-67.

requisitos de carácter constitutivo, entre los que se encuentra su celebración en alguna de las formas admitidas en Derecho. En este aspecto, se plantea la eventual eficacia de aquellas relaciones constituidas siguiendo un procedimiento no reconocido por el ordenamiento jurídico, y de otro, de quienes, incluso habiéndolo celebrado en forma, constituyen una relación extraña (cuanto no, contraria) a la regulación española. Antes, sin embargo, se ha de hacer una sucinta referencia a las formas de celebración del matrimonio admitidas en el Derecho español, así como a las posibilidades reconocidas de utilizar otros ritos o procedimientos cuando existe algún elemento de extranjería.

3.1. Consideración previa: formas de celebración del matrimonio reconocidas en el Derecho español

Como ya se ha señalado en un epígrafe anterior, el CC admite, de un lado, el derecho de los españoles a contraer matrimonio dentro de España ante el Juez, Alcalde o funcionario competente, siguiendo las normas establecidas en los art. 51 a 58 del mismo Texto; y de otro, la prestación del consentimiento matrimonial en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita en los términos acordados por el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste (art. 59 CC).

En este último aspecto, hay que tener en cuenta que en el ordenamiento actual existen varios acuerdos por los que se les da validez al matrimonio celebrado en España conforme a las normas y ritos de otras tantas confesiones religiosas: el 3 de enero de 1979 se firmó un Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español por el que se reconocía efectos civiles al matrimonio contraído según las normas de Derecho Canónico, y con las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, las tres de 10 de noviembre, se aprobaron, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Entidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España. Ello permite que el matrimonio constituido con arreglo a las normas de estas confesiones religiosas esté expresamente reconocido en el ordenamiento interno y produzca efectos civiles desde su celebración; para el pleno reconocimiento de los mismos es condición necesaria su inscripción en el Registro Civil (art. 60 y 61 del CC).

Pero aparte de éstas, también se reconoce el derecho de los españoles a contraer matrimonio fuera de España en la forma establecida por la Ley del lugar de celebración (art. 49 del CC) y el derecho de los extranjeros a contraer matrimonio en España con arreglo a las normas aplicables a los españoles o cumpliendo las condiciones establecidas por la Ley personal de cualquiera de ellos (art. 50 del CC). Igualmente, es posible la residencia en España de personas de otras nacionalidades que hayan contraído un matrimonio válido en el extranjero y que pretendan

su plena eficacia dentro de nuestras fronteras. En definitiva, por cualquiera de estas razones, es perfectamente posible que vivan en España personas casadas de acuerdo a otras normas o reglas de procedimiento, de carácter civil o religioso (por ejemplo, por el rito hindú u ortodoxo) y que dicho matrimonio sea válido y eficaz a todos los efectos.

Los problemas se plantean cuando no se cumplen cualquiera de las condiciones señaladas en este epígrafe (así, cuando un español se casa en España conforme a los ritos propios de confesiones religiosas con las que el Estado no tiene acuerdo o cuando se utiliza una forma que no resulta válida según la *Lex Loci* o la *Lex Personae* de los contrayentes). En cualquiera de estos casos, se trata de una relación carente de uno de los requisitos esenciales de validez del matrimonio y por ello, aunque puede existir otro tipo de vínculo (en lo personal, en los términos que las partes decidan) no se constituye una relación matrimonial acreedora del conjunto de derechos y obligaciones que el ordenamiento interno atribuye al matrimonio.

3.2. El controvertido derecho a la pensión de viudedad del miembro superviviente de un matrimonio celebrado por el rito gitano

De las anteriores consideraciones se deduce fácilmente la invalidez e ineficacia de los matrimonios celebrados al margen de lo dispuesto en los preceptos reproducidos. Por ello, en principio, la lógica consecuencia de este régimen civil es la negativa de las instancias públicas al reconocimiento de efectos jurídicos al matrimonio celebrado conforme a otras reglas de procedimiento, entre las que destaca, en territorio español, el matrimonio celebrado por el rito gitano. Ello no ha sido obstáculo al planteamiento de distintos recursos ante los tribunales de justicia que se han basado, principalmente, en la eventual infracción del principio de igualdad y no discriminación. Sobre el particular, existe una notable disparidad de soluciones judiciales, particularmente, entre la alcanzada por el TC en la STC 69/2007, de 16 de abril, en la que se niega la existencia de un motivo discriminatorio, y la STEDH de 8 de diciembre de 2009 (caso Muñoz Díaz contra España) que ha considerado discriminatoria la denegación del derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de un matrimonio celebrado por el rito gitano. Los razonamientos utilizados por ambos tribunales para sustentar sus respectivas decisiones pueden resumirse en los siguientes términos.

El TC, partiendo de la doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad y no discriminación¹⁵ y considerando el amplio margen de libertad del que

¹⁵ A este respecto, utiliza el TC la doctrina contenida en las resoluciones que han venido denegando el derecho a la pensión de viudedad en los casos de convivencia extramatrimonial (véase, por todas, la STC 13/2001, de 29 de enero -RTC 2001/13-).

dispone el legislador en la configuración del Sistema y en la administración de unos recursos limitados, entiende que no supone discriminación alguna la limitación de la pensión de viudedad a las relaciones matrimoniales y la exclusión de otras formas de convivencia¹⁶. En opinión del TC, como la unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas de contraer matrimonio, no supone un trato discriminatorio basado en motivos raciales o étnicos la denegación de la pensión a la recurrente, fundamentalmente, porque las partes han tenido la posibilidad de contraer matrimonio en alguna de las formas admitidas en Derecho y, por supuesto, no excluidas para los sujetos pertenecientes a una determinada raza o etnia (como no lo está para cualquier persona independientemente de su creencia, fe, convicción moral, etc.) y porque el que no lo haya hecho así deriva de una decisión personal que, en este sentido, no ha de condicionar el diseño realizado por el legislador de una prestación social vinculada a la existencia de un matrimonio válidamente celebrado. Tampoco prospera en el recurso la solicitud de las partes de aplicar la doctrina de la “discriminación por indiferenciación”¹⁷ porque considera el TC que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual “*al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni amparar la falta de distinción entre supuestos desiguales*”¹⁸.

Por ambas razones, concluye el TC señalando que, si bien es posible que el legislador dicte una regulación legal en la que se establezcan aquellas condiciones materiales y formales exigibles para que las uniones celebradas conforme al rito gitano cuenten con plenos efectos, el hecho de que actualmente no se le reconozca eficacia civil (ni por extensión, en orden a la atribución de derechos prestaciones) no supone un trato discriminatorio, ni por motivos sociales ni por razones étnicas o raciales, contrario a los principios constitucionales.

Frente a la opinión de la mayoría, se emite un voto particular basado en el debido cumplimiento por parte de España del Convenio-marco para la Protección de las Minorías Nacionales, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995. En opinión del magistrado disidente, la satisfacción de este principio exige la aplicación de medidas de discriminación positiva a favor de la etnia gitana, así como el respeto a sus tradiciones y señas de identidad cultural, y por ello considera desproporcionada la denegación del derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de una relación constituida en la buena fe de las partes, conforme a

¹⁶ Véase la STC 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990/184) y todas las que la siguen.

¹⁷ En este sentido, la parte recurrente alega que la existencia de una tradición propia permite a los miembros de la comunidad gitana acceder a la prestación social en condiciones distintas al resto de los ciudadanos.

¹⁸ Sobre esta doctrina procede remitirse a lo señalado por el TC en otras resoluciones, como la STC 117/2006, de 24 de abril (RTC 2006/117).

las normas ancestrales de su raza, más cuando el Estado había admitido la existencia de una familia (porque le había otorgado el libro de familia y atribuido la condición de familia numerosa), había reconocido la naturaleza del vínculo existente entre las partes (al atribuirle el derecho a la asistencia sanitaria a la recurrente y a sus hijos en concepto de familiares a cargo) y había percibido las cotizaciones satisfechas por el causante durante un amplio período de tiempo.

Por su parte, el TEDH resuelve el mismo supuesto en sentido contrario a la opinión de la mayoría del TC y por ello concluye condenando al Estado Español al reconocimiento de la pensión de viudedad a la parte recurrente. A pesar de ello, el TEDH no reconoce plenos efectos al matrimonio celebrado conforme al rito gitano, siendo así que resuelve en sentido diametralmente opuesto las dos cuestiones planteadas, la primera, sobre el derecho de la recurrente a la prestación social, y la segunda, sobre la eficacia civil de esta forma de matrimonio.

En el primer aspecto, se plantea el eventual derecho de la parte recurrente a la pensión de viudedad considerando la posible infracción del artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en combinación con el artículo 1 del Protocolo nº 1 del Convenio. A este respecto el TEDH entiende que, aunque los Estados tienen plena libertad para instaurar o no instaurar un régimen de protección social y para elegir el tipo o nivel de protección, en el momento en que se adopte una normativa previendo el pago de una prestación social, ésta tiene que cumplir los requerimientos de las normas internacionales. Desde esta perspectiva considera, de una parte, que el Convenio-marco para la Protección de los Minorías –citado- supone que, aunque la pertenencia a una determinada minoría no es excusa para excluir las leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicar esas leyes y por ello, en el supuesto controvertido, es necesario tener en cuenta la legítima expectativa de la recurrente a ser considerada esposa del causante, sobre todo, partiendo de la buena fe de las partes y de su confianza en la validez del vínculo (impresión reforzada con el reconocimiento que hacen las autoridades de la familia generada por la pareja y sus hijos, en las términos ya referidos).

Asimismo, considera el TEDH que la denegación del derecho a la pensión de viudedad supone una diferencia de trato injustificada y desproporcionada respecto a otras situaciones en las que legal o jurisprudencialmente se ha extendido el derecho a quienes incumplen alguno o algunos de los requisitos a los que la Ley supedita la validez del vínculo, como sucede cuando el legislador atribuye el derecho al cónyuge de buena fe en los supuestos de matrimonios declarados nulos o, como en el caso antes comentado y resuelto por la STC 199/2004, de un matrimonio celebrado con arreglo a las normas del Derecho Canónico en el que las partes no procedieron a su inscripción en el Registro Civil por razones ideológicas. Por todas estas razones, el Tribunal concluye reconociendo el derecho a la demandante.

Pero el recurso no termina ahí. En él también se pretende un pronunciamiento del TEDH a favor de la plena eficacia civil del matrimonio gitano alegando, como segunda causa de discriminación, la eventual infracción del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 12 del mismo texto y sin embargo, en este aspecto, el TEDH deniega la pretensión de las partes por considerar que la forma civil vigente en España constituye una vía de celebración del matrimonio abierta a todos y que, por tal motivo, no supone ninguna forma de discriminación o perjuicio para un colectivo concreto.

Todos estos razonamientos ponen en evidencia la complejidad del problema. Se trata, como se ha podido comprobar, de una cuestión discutible en la que se pueden encontrar argumentos a favor y en contra de cada una de las interpretaciones posibles, y en la que es muy difícil dejar de hacer una valoración personal del tema¹⁹. En este sentido, se puede concluir este apartado con unas reflexiones adicionales que, a su vez, plantean nuevos argumentos para la duda.

Para empezar, es necesario cuestionarse la eficacia que hayan de atribuir los poderes del Estado a las costumbres y tradiciones de una etnia que lleva viviendo unos 500 años en este país y que en la actualidad cuenta con más de medio millón de miembros. Como es sabido, la etnia gitana constituye un amplio colectivo cuyas actuaciones y relaciones se rigen en buena medida por costumbres y tradiciones propias que, fácilmente, pueden calificarse como normas de carácter consuetudinario aplicables al grupo social que las reconoce como tales. No obstante, una cosa es que los miembros de la comunidad gitana las consideren como normas exigibles, de obligado cumplimiento, y otra distinta la eficacia que el Estado pueda o deba concederles. En este aspecto se puede defender que, al igual que el Estado ha reconocido eficacia jurídica a los matrimonios contraídos conforme a los ritos de varias confesiones religiosas, sería posible atender a las costumbres de la etnia gitana y reconocer efectos civiles al matrimonio celebrado conforme a su propia tradición.

¹⁹ La mera lectura de las obras publicadas sobre el tema permiten constatar la disparidad de criterios y argumentos, unos a favor y otros en contra de cada postura, tanto en los trabajos publicados tras la STC de 2007, como en las obras posteriores a la resolución del TEDH. Entre los primeros, puede consultarse: Arias Domínguez, A.: “Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad: comentario a la STC 69/2007, de 16 de abril”, *Aranzadi Social*, nº 2, 2007; Gracia Alegría, G.: “Matrimonio celebrado por el rito gitano (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007)”, *Tribuna Social*, nº 205, 2007; Rodríguez Cardo, I. A.: “Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano (A propósito de la STC 69/2007, de 16 de abril)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 16, 2008. Entre las segundas se encuentran, entre otras: Rodríguez Cardo, I. A.: “El rito gitano como vínculo apto para disfrutar de la pensión de viudedad: comentario de urgencia a la STDEH Muñoz Díaz vs. España de 8 de diciembre de 2009”, *Actualidad Laboral*, nº 3, 2010; Domínguez Alonso, A. P. y Moreno Molina, J. A.: “Pensión de viudedad tras matrimonio celebrado por el rito gitano: Comentario a la STEDH de 8 de diciembre de 2009”, *Diario La Ley*, nº 7356, 2010.

Pero en el régimen actual, en el que no existe acuerdo alguno ni una decisión de los poderes competentes en este sentido, el reconocimiento y la atribución de efectos, civiles y sociales, al matrimonio celebrado por el rito gitano es más problemático. En parte porque, como ya se ha señalado, en el ordenamiento español el matrimonio es un contrato formal en el que el cumplimiento de las normas de celebración constituye una condición esencial para la validez del negocio. Y en este aspecto es claro que, en el sistema actual, ni se reconoce ni se atribuyen efectos civiles a este tipo de relaciones, ni cabe atribuir el derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de un matrimonio celebrado, únicamente, por el rito gitano. Es más, en un modelo de protección dirigido a la atención del cónyuge superviviente y en un sistema matrimonial en la que el cumplimiento de las condiciones de forma son determinantes de la validez del vínculo, podría incluso defenderse la forma civil de celebración del matrimonio (que constituye un procedimiento neutro, sin implicaciones ideológicas, abierto a todos los individuos independientemente de su raza, credo, ideología, etc.) como única forma válida de constitución del vínculo, al margen de la ulterior celebración de la relación ya constituida conforme a los ritos o creencias de cada grupo étnico, social o religioso.

Con todo, esta interpretación también puede cuestionarse si de nuevo se plantea cuál es el criterio que debe prevalecer para la adjudicación del derecho a la pensión de viudedad, si la existencia de un vínculo jurídico legalmente constituido o la acreditación de un estado real de dependencia o necesidad económica. En este sentido, un cambio en el modelo de protección que hiciera hincapié sobre las relaciones existentes al margen del cumplimiento de los trámites formales, alteraría las condiciones de acceso a la pensión para que, en un sistema de derechos derivados, ésta se reconociera a quienes demostraran una relación de dependencia económica respecto al causante o, en un modelo de protección individual, la cobertura se dispensara a quienes acreditaran una situación efectiva de necesidad económica.

3.3. Incidencia del matrimonio poligámico sobre el reconocimiento y, en su caso, distribución de la pensión de viudedad

La pluralidad de sistemas matrimoniales y la posibilidad de que en ordenamientos distintos se admitan otras formas de celebración y otros modelos de relaciones conyugales, plantean diferentes problemas de legalidad cuando se pretende el pleno reconocimiento en España de un matrimonio constituido en términos diferentes o, incluso, contrarios al Derecho interno. En este sentido, se analizan en este apartado los problemas que derivan del matrimonio plural, constituido por un varón y varias mujeres, o al contrario, por una mujer y varios hombres, válido en otras culturas y en algunas confesiones religiosas, y común en otros países.

Sobre este particular, el Derecho español es meridianamente claro al prohibir expresamente, conforme al art. 46.2 del CC, la celebración de un nuevo matrimonio a aquellas personas que ya estén ligadas a otras por un vínculo conyugal. Esta prohibición taxativa evidencia el carácter monogámico del matrimonio; en nuestro ordenamiento jurídico es condición inexcusable la disolución del primer matrimonio (por la muerte o declaración de fallecimiento del cónyuge anterior o por el divorcio, *ex art. 85 del CC*) para volver a contraer uno nuevo. Por ello, de forma complementaria a estas disposiciones, en el art. 217 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, reguladora del Código Penal vigente, se tipifica como delito y se sanciona con pena de prisión “*la conducta del que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior*”.

La cuestión en estos casos se plantea respecto a aquellos ciudadanos, españoles o extranjeros, residentes en España que, conforme a sus creencias y/o al régimen matrimonial vigente en el país en el que hayan celebrado la unión o cuya nacionalidad detenten, pueden contraer matrimonio simultáneamente con varias personas (así sucede en nuestro país, especialmente, con fieles de la religión musulmana). En estos supuestos se producen tres problemas fundamentales: uno, de carácter civil, sobre la eficacia de estos vínculos, tanto en las relaciones entre las partes como en sus relaciones con terceros; un segundo problema, de índole penal, sobre la excepcional inaplicación del delito de bigamia; y el tercero, que es el que en este estudio interesa, acerca de la eficacia de las relaciones poligámicas o poliándricas en el orden social y, concretamente, sobre el eventual derecho a la pensión de viudedad que pueda atribuirse a los diversos cónyuges (coetáneos) del causante.

En relación, exclusivamente, con este último tema hay que tener en cuenta, de un lado, la existencia de un Acuerdo entre el Estado español y la congregación musulmana por el que se reconoce efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley islámica (art. 7 de la Ley 26/1992) en la que se permite el matrimonio simultáneo de un varón con varias mujeres. También hay que tener en cuenta, de otro, el derecho que se les atribuye a los españoles a contraer matrimonio en el extranjero conforme a las normas del lugar de celebración (art. 49 del CC) o la posibilidad reconocida a los extranjeros de casarse en España con arreglo a las normas del país al que pertenece cualquiera de los contrayentes (art. 50 del CC), o incluso y aunque no esté expresamente prevista en ninguna de estas normas, la posibilidad de que residan en España personas de nacionalidad extranjera que han contraído matrimonio en otro país conforme a su propia Ley personal o a la aplicable en el lugar de celebración del mismo. Con tales autorizaciones, es perfectamente posible la residencia en nuestro país de españoles o extranjeros que, por haber contraído matrimonio conforme a un ordenamiento que admite las relaciones

plurales, mantienen una relación de esta índole dentro de nuestras fronteras. La existencia de tales vínculos, sin embargo, no prejuzga la validez en territorio español de los matrimonios así constituidos, ni la eventual atribución de los efectos jurídicos que el ordenamiento nacional vincula a una relación, en nuestro derecho interno, claramente monógama.

En este aspecto, de nuevo es fácil encontrarse con argumentos a favor y en contra del reconocimiento de efectos, civiles y prestacionales, a estas formas anómalas (en nuestro país) de matrimonio. En el primer orden, existen reiteradas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado denegando la inscripción en el Registro Civil de los matrimonios poligámicos, por entender inaplicable las normas que admiten la poligamia en razón de lo previsto en el artículo 12.3 del CC, que impide la aplicación de la ley extranjera cuando sea contraria al orden público, excepción que se considera aplicable al caso en tanto se entiende que dicha práctica “*atenta contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio*”²⁰.

Estos argumentos han sido utilizados por algunos tribunales del orden social para negar la validez del matrimonio contraído por quienes no han disuelto un vínculo anterior²¹. Así, fundamentalmente, por la pluralidad de preceptos del ordenamiento interno que corroboran al carácter monogámico del matrimonio en España, como la prohibición de contraer matrimonio aplicable a quienes ya estén casados (prevista en el art. 46. del CC) o la sanción de nulidad del matrimonio de quienes infrinjan esa prohibición (art. 73.2 del CC) o su tipificación como delito (art. 217 del CP). Estas disposiciones, más la configuración en la Constitución Española y en los Convenios de Derechos Humanos del “*ius connubis*” como un derecho de la persona, les hace rechazar la aplicación de la ley personal de cualquiera de los contrayentes en estos supuestos en los que, en su opinión, se infringe el orden público²², precisándose en este último sentido, que se considera infringido cuando en una cuestión general que afecte al común de los ciudadanos no pueda imponerse una regulación distinta, ni siquiera para los extranjeros, sin que ello genere una grave perturbación en la comunidad nacional.

²⁰ Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11/5/1994, de 8/3/1995, de 3/12/1996, de 14/5/2001 y de 30/9/2008.

²¹ En este sentido se pueden encontrar en distintas resoluciones judiciales, como la STSJ de Cataluña 5255/2003, de 30 de julio (AS 2003/3049) o la STSJ de la Comunidad Valenciana 1821/2005, de 6 de junio (AS 2005/2454), varios argumentos útiles para negar eficacia jurídica a este tipo de relaciones.

²² En virtud de lo dispuesto en el art. 12.3 del CC, citado, y de lo previsto en el art. 8.1. del mismo texto cuando señala que “*las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español*”.

Sin embargo, no parecen constituir éstos argumentos suficientes para una respuesta claramente negativa. Por ello precisamente, se pueden encontrar otras resoluciones en las que se reconoce eficacia jurídica a esta forma de matrimonio y se atribuye el derecho a la pensión de viudedad, en los supuestos enjuiciados, a las distintas esposas viudas del causante (como se ha advertido, en este país la mayoría de los problemas se dan en las relaciones poligámicas entre un varón y varias mujeres constituidas entre los fieles de la religión islámica). Así sucede, en la STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002 (AS 2002/899) en la que se acepta la validez de los dos matrimonios celebrados por el causante con sendas esposas, todos ellos extranjeros, en un país de mayoría musulmana, sin que en esta resolución se considere aplicable la excepción de orden público porque, aunque esta excepción impide la aplicación de la ley extranjera que está en contradicción manifiesta con los principios jurídicos fundamentales del Derecho interno, este principio, en opinión del Tribunal de instancia²³, permite matizaciones o flexibilizaciones aplicables al caso.

Pese a lo dicho, no ofrece el Tribunal argumentos que aclaren porqué en este supuesto procede flexibilizar la aplicación del principio de orden público cuando, ciertamente, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio es monógamo y cuando las relaciones interpersonales generadas en este tipo de matrimonios pueden ser manifiestamente contrario a los derechos fundamentales de las mujeres.

Se trata, en cualquier caso, de un claro supuesto de colisión de derechos esenciales que carece de una respuesta definitiva. Porque si bien es verdad que esta forma de matrimonio puede constituir una vía para perpetuar un trato discriminatorio en perjuicio del sexo femenino, también lo es que la libertad religiosa que se reconoce en la CE como un derecho fundamental y, en base a la misma, el debido respeto a las tradiciones y creencias de los ciudadanos de diferentes pueblos y culturas que residen en este país, pueden ser argumentos también suficientes para reconocer y atribuir efectos jurídicos, dentro del territorio español, a una relación válidamente constituida según la ley personal o la ley del lugar de celebración del matrimonio y que las partes, conforme a su propia conciencia y por lo tanto voluntariamente y de buena fe, consideran legítima. Especialmente, cuando constituyen formas de matrimonio reconocidas jurídicamente en normas internacionales, como sucede en el Convenio de Seguridad Social suscrito entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 8 de noviembre de 1979 ó en el celebrado con la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001.

²³ Conforme a una jurisprudencia antigua del TS (S de 22 de noviembre de 1977- RJ 1977/4284-).

A pesar de la entidad y consistencia de los argumentos que permiten apoyar ambas posturas, la consideración y el respeto a otras creencias, fundamental en sociedades multiculturales para garantizar la convivencia, permite apoyar, al menos en materia de Seguridad Social, esta interpretación normativa. Desde esta perspectiva se reconocería eficacia jurídica a este tipo de matrimonio y se atribuiría a las/os esposas/os del causante el derecho a la pensión de viudedad, en primer lugar, porque constituyen relaciones que los contrayentes consideran válidas y legítimas, y en segundo lugar, porque en el ámbito de la protección social se trata de no dejar sin cobertura a la/al segunda/o o ulterior esposa/o del causante. La respuesta afirmativa puede ser terminante si éstas/os dependían económicamente del causante y carecen de medios propios de subsistencia²⁴.

A su vez, en estas resoluciones, en las que se reconoce el derecho a las distintas esposas –coetáneas– del causante (pretensión a la que, por otro lado, no se ha negado el INSS en ninguna de las resoluciones consultadas) se plantea una segunda cuestión sobrevenida, en este caso, atinente al contenido del derecho. En efecto, una vez atribuida la condición de beneficiario/a de la pensión a más de un sujeto, la cuestión se centra en determinar si les corresponde a cada uno/a de ellos/as la cuantía íntegra de la pensión o, por el contrario, procede aplicar algún criterio de reparto del importe de la única pensión de viudedad causada por la muerte del causante. En este aspecto, en las resoluciones citadas, aunque las demandantes pretenden el reconocimiento “*in integrum*” de la pensión de viudedad calculada, el INSS reconoce una sola prestación a repartir entre las distintas beneficiarias²⁵. En este sentido, cabe aplicar la doctrina contenida en resoluciones reiteradas del TC en las que señala la libertad del legislador para decidir el destino que ha de darse a recursos limitados; también ha de entenderse, especialmente en las actuales circunstancias, la falta de recursos suficientes para satisfacer tantas pensiones como cónyuges sobrevivientes queden tras la muerte del causante.

²⁴ En cualquier caso, pueden encontrarse otras opiniones acerca de la consideración del matrimonio poligámico en el Derecho social en las siguientes obras: Desdentado Daroca, E.: “Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución”, *Tribuna Social*, nº 228, 2009; Val De Tena, A. L.: “Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la Extensión del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002”, *Actualidad laboral*, nº 3, 2003; Martín Jiménez, R.: “Reparto de la pensión de viudedad en supuestos de poligamia”, *Aranzadi Social*, nº 19, 2002.

²⁵ Sobre este particular, el TSJ de Galicia aplica esa misma excepción “de orden público” para entender que, conforme a nuestra legislación interna, un causante genera el derecho a una única pensión de viudedad, sin que exista norma alguna que permita la generación, en estos casos, de una pensión íntegra para cada beneficiario.

Una última cuestión se plantea en relación con cuál puede ser el criterio adecuado para proceder al reparto de la pensión causada entre las distintas beneficiarias. Sobre este particular, cabrían dos opciones: una, entender aplicable el criterio que en el art. 174.2 de la LGSS se dispone para los casos de divorcio y de esta forma distribuir la pensión en función del tiempo de convivencia matrimonial acreditado por cada cónyuge con el causante²⁶ (aunque sin que en estos casos se garantizara un 40% a favor del cónyuge actual porque tal condición puede corresponder a todas las beneficiarias); y otra, proceder al reparto de la pensión siempre por partes iguales²⁷. En este extremo, y ante la falta de doctrina jurisprudencial (ni siquiera hay criterios claros en las escasas resoluciones de los TSJ encontradas sobre el tema) no es fácil decantarse por uno u otro. El criterio que basa la distribución de la pensión en atención al tiempo de convivencia, por un lado, utiliza una perspectiva acusadamente contributiva en la que se beneficia a la esposa que durante más tiempo ha contribuido al Sistema (aunque no directamente, sí porque en su unidad familiar se ha dejado de ingresar durante un período superior de tiempo las cotizaciones satisfechas por el causante). El criterio de reparto de la pensión por partes iguales puede partir de la consideración de que todas las esposas actuales sufren un mismo daño (la misma pérdida de ingresos) cuando se produce la muerte del causante. Frente a tales fórmulas de distribución del importe de la pensión, se puede proponer un cambio hacia un nuevo modelo de protección centrado en las circunstancias reales de los beneficiarios, esto es, que ponderara los ingresos y la situación personal de cada uno de ellos para repartir proporcionalmente el importe de la pensión entre todos. En ese modelo, incluso podría ser necesario aplicar a todos los beneficiarios el complemento por mínimo para que la cuantía de la pensión que a cada una de ellos correspondiera fuera suficiente para garantizar su propia subsistencia²⁸.

²⁶ A favor de esta opción, por ejemplo: Molina Hermosilla, O.: “Poligamia de trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supérstites”, *Aranzadi Social*, nº 8/2001.

²⁷ Este es el criterio ordenado en el Convenio Hispano Marroquí y en el celebrado con la República de Túnez (ambos citados).

²⁸ Aunque en este caso sólo sería aplicable el complemento por mínimos a aquellos/as beneficiarios/as que residieran en territorio español (conforme al requisitos que, en este sentido, se ha añadido al artículo 50 de la LGSS por el art. 1.1. de la Ley 27/2011, de 1 de agosto).

4. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO A PERSONAS DEL MISMO SEXO: ATRIBUCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES

La existencia de una relación matrimonial válida (determinante, como se ha reiterado, del acceso a la pensión de viudedad) ha impedido durante años la extensión de la cobertura a las personas del mismo sexo que mantuvieran una relación de convivencia y afectividad análoga a la conyugal, sencillamente porque, conforme al ordenamiento durante años vigente, no podían constituir una relación matrimonial efectiva, en la forma establecida y con los efectos jurídicos atribuidos por el Derecho civil español al matrimonio.

En estas condiciones, se intentó el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a las parejas homosexuales desde la pretensión, común a las parejas de distinto sexo, de equiparación de las uniones de hecho al matrimonio. Esta pretensión, como la más general de la que formaba parte, obtuvo durante años la respuesta denegatoria referida en un epígrafe anterior²⁹. Ni siquiera se consideró a estos efectos aplicable la doctrina de la “discriminación por indiferenciación” y por ello se negó la posibilidad de dar un trato diferente a las parejas de hecho homosexuales frente a las heterosexuales³⁰.

Con el mismo fin (de reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja homosexual) se presentó, en una segunda fase, un nuevo argumento, ya específicamente esgrimido para solicitar la extensión del derecho a este tipo de relaciones: la posible aplicación de la regla segunda de la DA 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, sintéticamente conocida como Ley del divorcio, que permitía el reconocimiento de la pensión de viudedad a “*quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedirse la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tales...*”. Tampoco este argumento fue admitido por los tribunales que reiteraron la aplicación, excepcional y transitoria, de la mencionada norma a quienes no hubieran podido contraer matrimonio antes de la entrada en vigor de la Ley del 81, precisamente, por mantener una relación matrimonial previa con otra persona que no hubiera podido resolverse por no admitirse en Derecho, hasta esa fecha, el divorcio³¹. Los tribunales negaron la aplicación analógica de esta

²⁹ Véase, entre otras, las SSTC 184/1009, de 15 de noviembre (RTC 1990,184); 29/1991, 30/1991, 35/1991 t 38/1991, todas ellas de 15 de febrero (RTC 1991, 29,30, 35 y 39); 77/1991 (RTC 1991, 77) y 66/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 66).

³⁰ Auto del TC 222/1994, de 11 de julio (RTC 1994, 222).

³¹ Véase, por todas, la STC 260/1988, de 22 de diciembre (RTC 1988/260), en la que se precisan las condiciones que se deben cumplir para que resultara aplicable la citada DA.

regla a distintos supuestos en los que los particulares no habían podido contraer matrimonio por otros impedimentos legales como sucedía, en el caso que nos ocupa, respecto a los individuos de un mismo sexo.

La situación cambió radicalmente con la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó el CC para permitir, a partir de la fecha de entrada en vigor de la norma, la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo. Desde entonces, la Ley común ordena que el matrimonio contraído por personas del mismo sexo tenga los mismos requisitos y efectos que el matrimonio heterosexual (ex art. 44. párrafo 2º, del CC introducido por la Ley 13/2005-). Para la aplicación general de esta previsión al conjunto del ordenamiento español, concluye el legislador ordenando que, a partir de entonces, “*las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*” (DA 1ª de la Ley de 2005).

En consecuencia, desde el 3 de julio de 2005, las parejas homosexuales pueden contraer matrimonio civil con plenos efectos, de forma que, si con posterioridad a su celebración se produce el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el superviviente tendrá derecho a la pensión de viudedad del Sistema de Seguridad Social (lógicamente, si el causante es trabajador o pensionista y se cumplen los requisitos para causar el derecho). Se produce en este aspecto una equiparación plena del matrimonio homosexual al heterosexual, en tanto coinciden en ambos supuestos los requisitos de acceso al derecho y el contenido de la protección, sin salvedad alguna.

Desde entonces, los problemas judiciales se han planteado en aquellas relaciones que hubieran concluido por el fallecimiento de una de las partes antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley 13/2005, pretendiéndose la atribución de efectos retroactivos a la nueva disposición para que, conforme a la misma, se atribuyera el derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de aquellas parejas homosexuales que no hubieran podido formalizar su relación antes de esa fecha. En términos generales, los tribunales han rechazado la pretensión de las partes de atribuir eficacia retroactiva a la Ley 13/2005 y por ello los procesos han concluido, mayoritariamente, con una respuesta negativa³².

³² Aunque la mayoría de los tribunales se han pronunciado en contra de la aplicación retroactiva de la reforma (entre otras, véase, la STSJ de Madrid de 8 de septiembre de 2006 –AS 2006, 3427- o la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2008 –JUR 2008, 180188-) se puede encontrar alguna sentencia a favor del reconocimiento del derecho (STSJ de Asturias de 16 de noviembre de 2007 –JUR 2007, 45074-).

En cualquier caso, el TS ya se ha pronunciado sobre el tema señalando³³ que, ni la Ley 13/2005 contiene ninguna norma transitoria que permita sostener la aplicación de la nueva disposición a aquellos casos en los que el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja homosexual se hubiera producido antes de su entrada en vigor, ni se puede deducir tal efecto de lo dispuesto en la DA 1ª de la misma Ley, con la que únicamente se pretende extender los efectos del matrimonio entre contrayentes del mismo sexo al resto del ordenamiento jurídico. Se trata, en definitiva, y como continúa diciendo el TS, de aplicar la norma general del art. 3.2 del CC que dispone la irretroactividad de la ley, salvo disposición expresa en sentido contrario.

En los mismos supuestos, también se ha denegado la aplicación de la excepción dispuesta en la DA 10ª de la Ley 30/1981 al entender que ni existe laguna legal que sea necesario integrar ni identidad de razón entre ambos casos; se trata, simplemente, de que en la fecha del hecho causante (antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005) ni el matrimonio entre personas del mismo sexo era una institución jurídicamente regulada ni existía un derecho constitucional a su establecimiento, sin que ello, conforme a la doctrina reiterada del TC, pudiera considerarse un supuesto de discriminación prohibida³⁴. Con la nueva Ley se construye, en palabras del TS, un nuevo marco de derechos y deberes que antes no se les reconocía a las parejas homosexuales, y que tiene efectos, exclusivamente, hacia el futuro. Con este cambio, se pretende atender a la demanda de una parte de la sociedad y ello se lleva a efectos en el momento y a partir de la fecha en la que el legislador considera oportuno (cuando, se dice, se dan las condiciones propicias para introducir tales cambios). De esta forma, y con un criterio razonable, no se admite fórmula alguna para extender el derecho a las relaciones concluidas por el fallecimiento de una de las partes antes de la reforma.

³³ En la STS de 29 de abril de 2009 –RJ 2009/4165–, dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina, que, no obstante, cuenta con un voto particular favorable a la aplicación analógica de la DA 10ª. 2 de la Ley 30/1981, ante la falta de una regulación transitoria en la Ley 13/2005.

³⁴ A tal efecto, véase, entre otras resoluciones, el Auto del TC 222/1994, de 11 de julio, o las Sentencias del TEDH por el caso Rees, de 17 de octubre de 1986 –TEDH 1986, 11– y el caso Cossey, de 27 de septiembre de 1990 –TEDH 1990, 22–. En la misma línea, también se ha analizado el tema desde la aplicación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación en: Desdentado Daroca, E.: “Homosexualidad y pensión de viudedad. Una reflexión crítica sobre los problemas de Derecho Transitorio”, *Aranzadi Social*, nº 10, 2009.

5. LA PENSIÓN DE VIUEDAD EN LOS SUPUESTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO: NUEVAS CONDICIONES RESTRICTIVAS DEL DERECHO

Durante años, el derecho a la pensión de viudedad también se ha atribuido, sin condiciones, al miembro superviviente de una relación matrimonial declarada nula por resolución judicial, disuelta por el divorcio de las partes o cuyos integrantes hubieran dejado de vivir juntos (tanto en los casos de separación de hecho como si se producía con intervención judicial). Sólo en el supuesto de nulidad matrimonial, se ha restringido el derecho al cónyuge de buena fe; por el contrario, en los casos de separación y divorcio se ha reconocido a la parte sobreviviente un derecho incondicionado a la pensión de viudedad.

En estos términos, se ha venido produciendo una cierta contradicción entre los fundamentos tradicionales de la protección social y los efectos derivados de los distintos supuestos de crisis matrimonial conforme a las normas reguladoras del Derecho de Familia (como ha venido señalándose con reiteración por la doctrina que ha tratado el tema)³⁵. Actualmente, y aunque las condiciones en las que se extiende el derecho a las prestaciones de supervivencia en los distintos supuestos de crisis matrimonial tras la reforma de 2007 han contribuido a solventar algunos de esos efectos, siguen produciéndose, como se expone en los siguientes párrafos, ciertas disfunciones en la ordenación sustantiva que requieren nuevos ajustes normativos.

En este tema, y al margen de consideraciones comunes a los diversos supuestos de crisis matrimonial, procede realizar un análisis por separado de las singularidades que presenta la pensión de viudedad en los supuestos de nulidad, separación y divorcio, en tanto constituyen instituciones jurídicas diferenciadas, con distintos regímenes civiles y sociales (en tanto que en la LGSS se define, en distinto sentido, el derecho de los beneficiarios a la pensión de viudedad en cada uno de estos casos).

³⁵ En este aspecto se ha puesto en duda el sentido de una regulación que ha permitido el reconocimiento del derecho en cualquier caso: igual se concedía cuando, tras la separación o divorcio, desaparecía todo vínculo entre las partes, como en los supuestos en los que se establecía alguna obligación económica entre ellas, tanto si se trataba de una pensión alimenticia como de una pensión compensatoria, y tanto a favor del cónyuge beneficiario como del deudor de las mismas. Dicho de otra forma, se reconocía la pensión de viudedad tanto a quienes dependían o mantenían alguna relación económica con el causante como a los que satisfacían tales pensiones privadas y por ello, lógicamente, no dependían del otro. Sobre este particular puede consultarse, entre otras obras: Blasco Rasero, C.: *La familia...*, op. cit. pág. 130-131; Gala Durán, C.: "El derecho a la pensión de viudedad en los casos de nulidad, separación y divorcio: la nueva redacción del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social", *Aranzadi Social*, Tomo V, 1998, págs. 586.587; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "Pensión de viudedad y divorcio", *Relaciones Laborales*, nº 11, 1995, págs. 101-102.

5.1. El derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de nulidad matrimonial: exclusiva protección del matrimonio putativo.

Antes del análisis conceptual y, tras éste, de la determinación de las consecuencias jurídicas que la nulidad matrimonial provoca sobre el reconocimiento del derecho a la prestación social, es necesario reseñar, si quiera sea sucintamente, el momento en el que se extiende la pensión de viudedad a este supuesto. Como ya se ha insinuado, uno de los hitos fundamentales en la evolución normativa de las prestaciones de supervivencia en este país lo constituye la Ley 30/1981, de 7 de julio, que tras legalizar el divorcio procedió, en la DA 10^a, a extender el derecho a la pensión de viudedad a los supuestos tradicionales de separación judicial y a los nuevos casos de divorcio. Con anterioridad a esa fecha también se reconocía el derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación judicial (no, lógicamente, en los de divorcio) si bien sólo a favor del cónyuge inocente al que, conforme a la regulación civil, se le atribuyera el derecho de alimentos. En estas condiciones, se producía una relación de complementariedad entre las normas civiles y sociales, en tanto que la pensión de viudedad se dirigía a paliar la situación de precariedad económica en la que quedaba el beneficiario de la pensión alimenticia cuando dejaba de cobrarla, precisamente, por el fallecimiento del deudor.

Sin embargo, la citada DA 10^a de la Ley 30/81 no hacía expresa referencia a la nulidad del matrimonio, surgiendo así la duda sobre la posible extensión del derecho a estos supuestos. Para colmar esta laguna se procedió, en los años siguientes, a la aplicación analógica de la regulación del divorcio a los casos de nulidad matrimonial, primero, por decisión de los Tribunales³⁶ y después, por disposición administrativa³⁷. En última instancia intervino el legislador que, con la DA 13^a de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, reformó el art. 174.2 de la LGSS para añadir un nuevo apartado en el que expresamente se atribuía el derecho a la pensión de viudedad, en los casos de nulidad matrimonial, al contrayente de buena fe que no hubiera contraído nuevas nupcias (si bien en cuantía proporcional al período de convivencia con el causante).

En estos términos se ha venido reconociendo la pensión de viudedad al miembro superviviente de una relación matrimonial declarada nula hasta la reforma operada por la Ley 40/2007 en la que, aunque se mantiene el derecho,

³⁶ En este sentido se pronunció, en estos primeros años, la Sala de lo Social del TS en la sentencia de 11 de febrero de 1985, manteniéndose este criterio en resoluciones posteriores, como la sentencia dictada en unificación de doctrina de 11 de febrero de 1994.

³⁷ El criterio jurisprudencial fue recogido en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 3 de abril de 1995.

se alteran las condiciones de acceso a la pensión al exigirle al cónyuge de buena fe, además, que hubiera sido beneficiario de la indemnización prevista en el art. 98 del CC. Siendo éstas las condiciones actuales de acceso a la pensión de viudedad es necesario analizar, conforme a la regulación vigente, la situación protegida y el fundamento de la protección en los casos de nulidad matrimonial.

El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de declaración de nulidad del matrimonio (como ya se ha señalado, por incumplimiento de alguno de los presupuestos esenciales de validez del vínculo) presenta un primer problema conceptual, de contradicción con la ordenación y el fundamento general de la pensión de viudedad. En un primer acercamiento al tema, puede decirse que el reconocimiento del derecho al miembro superviviente de un matrimonio nulo supone la concesión del beneficio a una relación inválida y, por lo tanto, a una persona que no reviste la condición conyugal que se exige en la regulación social, de forma taxativa, para acceder a la protección.

Sin embargo, la exigencia de buena fe, al menos, en uno de los contrayentes, permite restringir la protección a lo que se denomina “matrimonio putativo”, esto es, un matrimonio que, en opinión de la doctrina civilista, se considera inválido pero eficaz (aunque se trate de una eficacia limitada) porque se ha generado una apariencia de matrimonio dada la buena fe de uno o de los dos contrayentes³⁸. Ello supone, en el tema que nos ocupa, la aplicación de la regla dispuesta en el art. 79 del CC (del que la doctrina deduce el concepto de “matrimonio putativo”) por la que se mantienen los efectos producidos desde la celebración del matrimonio hasta la fecha de la sentencia firme de nulidad respecto a los hijos y al contrayente/s de buena fe, regla que se extiende a la situación personal de las partes que, durante ese período, habrían detentado el estado civil de casados.

De esta forma, no se puede decir que en el ordenamiento vigente se produzca un reconocimiento generalizado del derecho a la pensión de viudedad en los casos de nulidad matrimonial, porque hay matrimonios nulos totalmente ineficaces en los que no se detenta derecho alguno a la prestación social (lo que sucede cuando concurre mala fe en ambos cónyuges, por ejemplo, porque ambas partes hayan simulado un matrimonio que sabían inválido con una intención defraudatoria). Por el contrario, el legislador sólo atribuye el derecho a los matrimonios putativos, inválidos pero eficaces, porque, como ya se ha seña-

³⁸ Lacruz Berdejo, op.cit., págs. 118 y ss. Ya hace años Jordano Barea (“El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial”, *ADC*, 1961, pág. 344) lo definió como “un matrimonio aparente o de hecho, contraído o celebrado en forma, revelador de una apariencia jurídica matrimonial a la que la ley, *utilita publica et privata suadente* y mirando muy especialmente al *favor prolis*, hace producir efectos”.

lado, constituye la buena fe (y, como ahora se verá, la creación de una apariencia de matrimonio) condición esencial para la atribución del beneficio.

Esta interpretación se confirma con una de las últimas reformas introducidas por el legislador en la materia, concretamente, cuando la Ley 40/2007 da nueva redacción al último párrafo del art. 174.2 de la LGSS para decir que, en los casos de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el art. 98 del CC, indemnización que, precisamente, se abona al contrayente de buena fe y sólo cuando haya existido convivencia conyugal (es esta relación de convivencia la que permite crear la apariencia de matrimonio consustancial al matrimonio putativo). En la misma línea se puede entender la fijación de una pensión de viudedad siempre en cuantía proporcional al período de convivencia, en tanto que la eficacia de este tipo de matrimonio se limita al tiempo transcurrido entre la fecha de celebración y la de la sentencia en la que se declare la nulidad del vínculo, eventualmente igual al período de convivencia.

No obstante, y aunque la remisión al art. 98 del CC permite confirmar esta teoría sobre la limitada aplicación del derecho a la pensión de viudedad al matrimonio putativo, las condiciones en las que actualmente se reconoce el derecho a la pensión en los supuestos de nulidad matrimonial y, en concreto, la exigencia de que el eventual beneficiario haya recibido del causante la indemnización referida “*atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97*” del mismo texto, genera importantes dudas e incoherencias.

En efecto, como se analizará con más extensión en el epígrafe siguiente, en el art. 97 del CC se regula el derecho a la pensión compensatoria que corresponde “*al cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio*”, estableciéndose en su segundo párrafo las circunstancias que ha de tener en cuenta el juez para determinar su importe cuando los cónyuges no hayan llegado a un acuerdo sobre este tema en el convenio regulador (como la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo, la dedicación a la familia, etc.). Pues bien, la primera cuestión que en este aspecto se plantea es si la remisión que en el art. 98 del CC se hace al art. 97 se refiere a la integridad del texto o sólo a las circunstancias referidas en éste para determinar la cuantía de la indemnización. Y ello porque, si la remisión se entendiera hecha al precepto en su conjunto, habría que entender que también en los supuestos de nulidad, sólo procedería el reconocimiento de la indemnización a favor del cónyuge que sufriera un desequilibrio económico respecto al otro y un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio.

Sin embargo, no parece que sea ésta la interpretación más adecuada del precepto y por ello no parece que proceda la remisión del art. 98 al art. 97 del CC para determinar las condiciones que delimitan el acceso al derecho. Fundamentalmente, porque ya aparecen en el primero de esos preceptos los términos en los que se ha de reconocer al cónyuge de buena fe el derecho a una indemnización económica en los supuestos de nulidad matrimonial: cuando haya existido convivencia conyugal. Por ello, debe entenderse que únicamente resulta de aplicación el art. 97 del CC en relación con las circunstancias que pueden tener en cuenta las partes o, en caso de desacuerdo, el juez, para determinar el importe de la misma³⁹.

Un segundo problema se refiere a quien puede ser acreedor de la indemnización prevista en el art. 98 del CC y, por lo tanto, posible beneficiario de la pensión de viudedad. Sobre este particular, considera la doctrina civilista⁴⁰ que el abono de la indemnización procede en los casos en los que concurra buena fe, exclusivamente, en una de las partes; de esta manera, el contrayente de buena fe tiene derecho a reclamar y recibir el importe de la indemnización fijada y el contrayente de mala fe la obligación de sufragarla. Si ambas partes han actuado de buena fe, ninguno de los contrayentes puede reclamar al otro el importe de la indemnización porque se produce una compensación de sus respectivas pretensiones conforme al art. 1.195 del CC. En los casos en que concurre mala fe en las dos partes, ninguno de ellos tendría derecho a la indemnización referida por incumplimiento del supuesto de hecho⁴¹.

Desde esta perspectiva, perfectamente coherente con los términos de la regulación civil, se determina también el fundamento o la finalidad de la indemnización referida: con su abono se pretende compensar los daños y perjuicios que por la celebración del matrimonio y, posteriormente, por la declaración de nulidad del mismo, ha sufrido el contrayente de buena fe y sancionar al que, de mala fe, haya causado tales daños. Por este motivo se entiende que el fundamento de dicha indemnización es la existencia de una actuación culpable o dolosa de uno de los contrayentes y no la necesidad de

³⁹ En el mismo sentido, entiende Díez-Picazo y Gullón, op. cit., pág. 139 que la remisión que hace el art. 98 del CC “no es más que a los parámetros del artículo 97 para fijar su contenido”.

⁴⁰ Sobre este particular, puede verse, entre otros, Serrano Gómez, E.: “La invalidez del matrimonio” en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M.: *Tratado de Derecho de Familia. Volumen II. Las crisis matrimoniales*, Aranzadi, 2011, págs. 112- 116.

⁴¹ En el mismo sentido se ha pronunciado el TS en la Sentencia de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992/2014).

proteger al cónyuge más desfavorecido (es decir, tendría una función sancionatoria más que compensatoria)⁴².

La aplicación de esta doctrina y, en general, del régimen jurídico de la indemnización fijada en el art. 98 del CC al ámbito de la protección social permite cuestionar la idoneidad de este criterio. En primer lugar porque, conforme a lo referido, en los casos en los que concurra buena fe en ambos contrayentes ninguno tiene derecho a la indemnización del art. 98 del CC y, por este motivo, tampoco se le podría atribuir al sobreviviente el derecho a la pensión de viudedad a la muerte del otro contrayente. Tal consecuencia constituye, a mi juicio, una diferencia de trato injustificada y desproporcionada entre dos relaciones cuando, en una de ellas, la buena fe existe en ambos contrayentes y en la otra, sólo en uno de sus miembros; y ello, entre otras razones, porque en los casos en los que concurra buena fe en las dos partes, sólo en el orden civil resulta coherente que se compensen entre sí las prestaciones debidas por ambos particulares. En el ámbito de la protección social, no parece lógico que esta circunstancia justifique la exoneración del pago de la prestación por parte de la Entidad Gestora, ni la pérdida de la pensión derivada del fallecimiento del causante por el contrayente de buena fe superviviente.

En segundo lugar porque, si en los términos anteriormente referidos, se entiende que la indemnización tiene una finalidad fundamentalmente sancionatoria, resulta inapropiado concebir el Sistema de Seguridad Social como instrumento de sustitución de obligaciones o responsabilidades que surgen en un ámbito puramente privado y que por ello han de ser asumidas, exclusivamente, por particulares. Ni tampoco, en aquellos casos en los que la indemnización haya sido satisfecha por el deudor antes de su fallecimiento, tiene sentido el reconocimiento de una prestación social que, al dar continuidad a la indemnización del art. 98 del CC, tendría por finalidad seguir compensando los daños y perjuicios que la celebración de un matrimonio nulo han causado sobre el contrayente de buena fe cuando, además, se entiende que esa compensación ya se ha producido con la indemnización abonada por el cónyuge de mala fe. La incoherencia de esta interpretación hace decantarnos por la ya señalada al principio de este apartado, esto es, como el matrimonio putativo, aunque inválido, ha producido efectos desde su celebración hasta la declaración de nulidad, se

⁴² No obstante, tampoco resulta una cuestión completamente resuelta. Mientras que algunos autores tienen clara su función sancionatoria (Serrano Gómez, op.cit. pág. 114) otros consideran que la finalidad de esta indemnización es resarcir “la situación de desamparo que puede provocar la nulidad en quien no allegó bienes para atender a su nueva situación personal, debido a las ocupaciones matrimoniales y familiares” (León González, M.: “La indemnización del artículo 98 del Código Civil”, *ADC*, 1992, pág. 964).

abona una prestación proporcional al período de convivencia y, por lo tanto, al período durante el cual el contrayente de buena fe ha tenido la condición civil de cónyuge del causante. Desde esta interpretación, coherente con el régimen actual de protección de la viudedad, resulta innecesaria y contraproducente la exigencia añadida en la reforma de 2007 porque, como ya se ha señalado en el apartado anterior, expulsa de la protección a quienes también de buena fe han ostentado la condición conyugal protegida.

En tercer lugar, y en relación con lo anterior, tampoco parece adecuado condicionar el reconocimiento de la pensión social a la previa atribución de la indemnización civil porque, a diferencia de lo que sucede en el régimen actual de la separación y el divorcio en el que la pensión de viudedad viene a sustituir una pensión compensatoria de tracto sucesivo que se pierde como consecuencia del fallecimiento de su deudor, en los casos de nulidad matrimonial la pensión no sustituye renta privada alguna (la indemnización es de pago único y, por lo tanto, se extingue la obligación con su inmediato cumplimiento). Por la misma razón, sólo en los supuestos de separación y divorcio la pensión de viudedad viene a cubrir la relación económica existente entre el acreedor de la pensión compensatoria y el deudor de la misma (y causante de la de viudedad). En los supuestos de nulidad matrimonial, una vez que el contrayente de mala fe abone la indemnización correspondiente y se liquiden los derechos y obligaciones derivados del matrimonio celebrado, no existe relación económica alguna que haya de ser sustituida con cargo a una prestación social.

En definitiva, con la condición añadida por la Ley 40/2007 ni se consigue atender una relación de dependencia económica entre las partes⁴³, ni tampoco a los sujetos que hayan vivido a cargo del causante y que por ello, tras su fallecimiento, se encuentren sin recursos suficientes para vivir. Como se ha puesto de manifiesto en los párrafos anteriores, no se trata de una indemnización a favor del contrayente que se encuentre en una situación de precariedad económica, ni tampoco en beneficio de quien haya resultado desfavorecido por la celebración o por la declaración de nulidad del matrimonio, ni siquiera a favor de quien haya sufrido un desequilibrio económico en relación con la otra parte; sólo constituye una cantidad a tanto alzado con la que se pretende sancionar al contrayente de mala fe y compensar los daños y perjuicios causados a quien creía válido su matrimonio y por ello ha convivido como tal durante cierto

⁴³ Desde la misma perspectiva, otros autores también han advertido la falta de idoneidad del criterio utilizado por el legislador al entender que la indemnización del art. 98 del CC no es un parámetro que sirva para constatar la existencia de una relación de dependencia económica entre los cónyuges. Vid. por ejemplo: Ureña Martínez, M.: *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad*, Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 123-125.

tiempo. Por tales motivos es claro que no se trata de una indemnización dirigida a compensar una situación real de necesidad del beneficiario que, ante la muerte del deudor, haya de ser paliada por una prestación de Seguridad Social.

5.2. El limitado reconocimiento del derecho, en los casos de separación y divorcio, al cónyuge beneficiario de una pensión compensatoria. ¿Idoneidad del nuevo criterio?

Como ya se ha señalado en el epígrafe anterior, más claridad ha habido en el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial y divorcio, dada su expresa regulación por el ordenamiento social, incluso los primeros, en las normas de Seguridad Social originaria. Así, en la propia la Ley de Bases de 1963 y en el Texto Articulado de 1967 se reconocía el derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial, a favor del cónyuge declarado inocente o, según el artículo 7 de la Orden de 13 de febrero de 1967, del beneficiario de la obligación civil de alimentos (que, en el caso de la mayoría de las mujeres de aquella época –en situación de inactividad– era consustancial a la declaración de inocencia porque, a pesar de la separación, el marido tenía la obligación de abonarle lo indispensable para su sostenimiento en función del deber de socorro mutuo del art. 68 del CC). En los mismos términos se reconocía el derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial en el Texto Refundido de la LGSS de 1974.

Con la Ley 30/1981, de 7 de julio, se introdujeron cambios sustanciales en el Derecho de Familia y, por extensión, en el régimen tradicional de protección por viudedad. Primero y básicamente, porque la autorización y regulación del divorcio supuso, a los efectos que interesan, el reconocimiento “*ex novo*” del derecho a la pensión de viudedad al cónyuge divorciado. En segundo lugar, porque se eliminó de la regulación civil toda referencia a la culpabilidad o inocencia de los cónyuges y por ello se atribuyó expresamente la pensión de viudedad al cónyuge separado y divorciado “*con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio*”. Por tal motivo, a partir de entonces, la pensión de viudedad no se limita al cónyuge declarado inocente y, en consecuencia, puede reconocerse el derecho a cualquiera de las dos partes (basta que el fallecido se considerara causante de la pensión para que el sobreviviente pudiera tener derecho al beneficio).

En los últimos años, sin embargo, y frente a una regulación que atribuía un derecho incondicionado a la pensión de viudedad al cónyuge separado o divorciado, la Ley 40/2007 ha vuelto a establecer condiciones restrictivas del derecho, ahora dependientes de la relación económica existente entre las partes. En este análisis del Derecho vigente, y siguiendo el “*modus operandi*” del apartado anterior, se procederá primero a analizar la situación protegida para

después estudiar las condiciones a las que actualmente se supedita el reconocimiento del derecho.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la situación protegida, se parte del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial y divorcio⁴⁴. Respecto a la primera, coincide la doctrina civilista en entender que a pesar de la separación de las partes se mantiene el estado civil de casados y por ello, tras la muerte del causante, la calificación del superviviente como viudo/a del fallecido. En estos casos, sin embargo, se suspenden otros derechos y obligaciones consustanciales al matrimonio, tales como la relación de convivencia entre los cónyuges, y se modifican los vínculos personales y económicos existentes entre los miembros de la unidad familiar⁴⁵. En opinión de la doctrina civilista, la mayoría de estos derechos y deberes (normalmente vinculados al mantenimiento de una relación matrimonial efectiva) queda también en suspenso cuando cesa “*de facto*” la relación de convivencia hasta entonces existente⁴⁶. No obstante, la pervivencia del vínculo permite el mantenimiento en los supuestos de separación de hecho del deber de alimentos entre los cónyuges previsto en el art. 142 del CC⁴⁷.

Frente a la separación, el divorcio constituye una de las tres causas de disolución del matrimonio dispuestas en el art. 85 del CC (junto a la muerte y a la declaración de fallecimiento de una de las partes). La sentencia judicial de divorcio, a diferencia de la nulidad, pone fin a un matrimonio válidamente constituido dejando las partes, desde ese momento, de ser cónyuge el uno del otro (para un sector doctrinal pasan a detentar el estado civil de “divorciado/a”, mientras que para otros se le vuelve a atribuir el estado de “soltero/a”). Por lo demás, el divorcio genera o, en su caso, mantiene las consecuencias derivadas de la resolución judicial de separación. En los tres supuestos, además, procede la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, en los casos de separación judicial y en los de divorcio, porque así lo dispone el art. 1.392 del CC y, en los

⁴⁴ El análisis que se efectúa en los siguientes párrafos de los distintos supuestos de crisis matrimonial se limita, lógicamente, a la exposición de aquellos rasgos fundamentales que resulten útiles a los efectos que aquí interesan. Existe en el mercado editorial un gran número de trabajos monográficos de estos temas a los que en estos aspectos me remito.

⁴⁵ De las consecuencias que aparecen dispersas en distintos preceptos del CC destacan las que se refieren a las condiciones de cuidado de los hijos, la forma de contribución de ambas partes al levantamiento de las cargas comunes, el uso de la vivienda y el ajuar familiar, el cese de la posibilidad de uno de los cónyuges de comprometer bienes del otro en el ejercicio de la potestad doméstica y el posible establecimiento de una pensión compensatoria a favor de uno de ellos.

⁴⁶ Castilla Barea, M.: “La separación”, en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M.: *Tratado de Derecho de Familia. Volumen II. Las crisis matrimoniales*, Aranzadi, 2011, pág. 153.

⁴⁷ STS de 25 de noviembre de 1982.

supuestos de separación de hecho porque, aunque el art. 1.393. 3 del CC limita estos efectos a quienes lleven separados más de un año, la jurisprudencia del TS viene entendiendo que la sociedad de gananciales se suspende durante el período de separación de hecho o incluso, considera que debe reputarse automáticamente extinguida con la cesación de la relación de convivencia entre los cónyuges⁴⁸.

Pero al margen del análisis de las distintas consecuencias de orden civil que generan los supuestos de separación y divorcio, cuyo estudio en profundidad no corresponde a esta obra, tanto en una como en otro faltan, por definición, la situación de convivencia y la relación económica (de formación de un fondo común con los ingresos de ambos cónyuges del que participan todos los miembros del grupo familiar) que constituyen, en el régimen general de la pensión de viudedad, el fundamento de la protección social (como ya se ha señalado, es común en la doctrina la consideración del resarcimiento del daño que sufre el cónyuge superviviente como fundamento de la pensión de viudedad). El primer elemento, porque normalmente se produce el cese de la convivencia cuando los cónyuges se separan o se divorcian. El segundo elemento, porque desde el momento en que se produce la separación o el divorcio dejan los cónyuges de poner en común los bienes e ingresos de cada uno de ellos y de participar en los recursos del otro; en ese momento, se ha de llegar a un acuerdo por el que se decida la forma de distribuirse, en el futuro, las cargas, gastos y responsabilidades comunes.

Sin embargo, y a pesar de estas consecuencias, en el régimen tradicional de protección por viudedad el derecho se ha venido atribuyendo de forma incondicionada al cónyuge sobreviviente, aún en los supuestos de crisis matrimonial e independientemente de que tras el acuerdo de separación o la sentencia de divorcio se mantuviera o no un relación económica entre las partes; es decir, al margen de que se hubiera fijado una pensión compensatoria, de quien fuera el acreedor o deudor de la misma y, en su caso, de la cuantía que hubiera podido fijarse. De esta forma, se venía reconociendo al cónyuge superviviente el derecho a la pensión de viudedad al fallecimiento del causante, aunque con anterioridad al óbito y tras la separación o el divorcio no compartieran bienes de ningún tipo, ni recibiera alguna contraprestación del causante o incluso aunque él mismo hubiera sido el deudor de una pensión civil a favor de la otra parte, e independientemente de la situación en la que quedara el sobreviviente después del fallecimiento (tanto si mantenía algún tipo de ingresos, de su importe y de su fuente de procedencia, como si carecía de ellos). La única limitación se refería al importe de la pensión y siempre exclusivamente, en atención al período de convivencia.

⁴⁸ STS de 11 de octubre de 1999, RJ 1999/7324; STS de 26 de abril de 2000, RJ 2000/3230 ó STS de 23 de febrero de 2007, RJ 2007/656.

El reconocimiento incondicionado de la pensión de viudedad al cónyuge superviviente de una relación matrimonial disuelta por el divorcio de las partes o en la que sus miembros habían dejado de convivir y de compartir ingresos y gastos, hicieron a la doctrina plantearse el fundamento de la protección. De un lado porque es claro que, especialmente en los supuestos de divorcio, no se protegía la condición civil de cónyuge del causante porque dicho matrimonio era ya inexistente. De otro, porque tampoco compensaba la pérdida de unos ingresos, los del causante, en los que tras la separación o el divorcio el antiguo cónyuge ya no tenía derecho a participar. Asimismo, porque en ningún caso se supeditaba el reconocimiento del derecho al mantenimiento de una relación económica entre las partes derivada del pago de una pensión privada, alimenticia o compensatoria. Y, en fin, porque tampoco se exigía la acreditación por el superviviente de una situación de precariedad económica que hubiera de ser atendida por una prestación del Sistema. Lo único que podía compensar era la existencia, durante un cierto tiempo, de una relación matrimonial válida y, en su caso, la contribución del causante al Sistema de Seguridad Social (y, por extensión, de su cónyuge) durante el período en el que la relación se había mantenido viva; por ello, era razonable que su cuantía se limitara a la duración de dicha convivencia.

Frente a este régimen, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre ha modificado la redacción del art. 174 de la LGSS alterando, con la reforma, la razón o el fundamento de la protección por viudedad en los supuestos de crisis matrimonial. En concreto, conforme a la redacción actual del art. 174.2 de la Ley, la pensión de viudedad se restringe en los supuestos de separación judicial y divorcio al cónyuge que hubiera sido beneficiario, en vida del causante, de la pensión compensatoria regulada en el art. 97 del CC. De esta forma, el legislador da un giro de ciento ochenta grados en el régimen de atribución del derecho en los supuestos de crisis matrimonial para, a partir de la reforma, limitar la pensión social al cónyuge acreedor de una pensión compensatoria que precisamente, haya quedado extinguida por el fallecimiento del causante. Tras la nueva redacción, es claro que la pensión de viudedad compensa la pérdida que sufre el cónyuge o excónyuge de la pensión compensatoria que hasta esa fecha viniera percibiendo; tanto es así, que en la redacción dada al precepto por la DF 3ª.10 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de PGE para el año 2010, el importe de la pensión de viudedad tiene como límite máximo la cuantía de la pensión compensatoria que se viniera percibiendo⁴⁹.

⁴⁹ Para hacer frente a las dificultades generadas por la aplicación, *ad futurum*, de un nuevo sistema que excluía de la protección a quienes, conforme al anterior, hubieran accedido al derecho, la citada Ley 26/2009 introdujo dos excepciones a la norma general. La primera, para

En este punto, la cuestión se plantea en torno al contenido y alcance de la pensión compensatoria⁵⁰, de carácter civil que, de acuerdo con el art. 97 del CC, ha de abonarse al cónyuge al que la separación o el divorcio le produzca un empeoramiento respecto a la situación económica que gozaba durante el matrimonio, colocándole en posición de inferioridad frente al otro cónyuge. La utilización de este parámetro suscita varias dudas conceptuales que pueden resumirse en los siguientes términos.

El primer problema se plantea porque en el primer párrafo del art. 97 del CC se admite tanto la posibilidad de que la compensación se haga efectiva a través de una pensión periódica, temporal o indefinida, como mediante el abono de una prestación única. La opción entre una u otra forma de compensación tiene importantes consecuencias jurídicas en el orden social porque, conforme a la actual redacción del art. 174 de la LGSS, sólo se generaría derecho a la pensión de viudedad en los casos en los que se hubiera reconocido una pensión periódica y no en los supuestos de pago a tanto alzado, y exclusivamente, cuando se trate de una pensión que se seguía abonando y que por ello se pierde como consecuencia del fallecimiento. La primera limitación, además, genera una diferencia de trato injustificada entre el régimen de atribución del derecho en los supuestos de nulidad frente a los de separación y divorcio porque, fijándose en todos los supuestos el pago de una indemnización a tanto alzado, sólo en los casos de nulidad matrimonial se generaría el derecho a la pensión de viudedad⁵¹. En términos similares, se denegaría el derecho al cónyuge beneficiario de una pensión compensatoria de carácter temporal que se hubiera extinguido antes del fallecimiento del causante.

establecer una excepción a este requisito a favor de las mujeres víctima de violencia de género que hubieran renunciado a la pensión compensatoria como forma de huir del agresor (sobre el tema también se ha pronunciado el TS en las sentencias de 21 de diciembre de 2010 –RJ 2011/59–, de 26 de enero de 2011 –RJ 2011/2116– y de 30 de mayo de 2011 –RJ 2011/5108). Y la segunda, para autorizar transitoriamente su inaplicación en los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008 en los que se cumplieran ciertas condiciones adicionales: a) que entre la fecha de la separación o el divorcio y el fallecimiento hubiera transcurrido menos de 10 años; b) que el vínculo matrimonial hubiese durado un mínimo de 10 años; y c) que existieran hijos comunes o que el beneficiario tuviera más de 50 años en la fecha del fallecimiento del causante.

⁵⁰ Sobre el tema, puede verse, entre otras obras: Castilla Barea, M. y Cabezuelo Arenas, A.L.: “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio” en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M.: *Tratado de Derecho de Familia. Volumen II. Las crisis matrimoniales*, Aranzadi, 2011, págs. 519-599; Lasarte Álvarez, C. y Valupesta Fernández, R.: “Comentario al art. 97 CC” en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil*, Cívitas, Madrid, 1994; Montero Aroca, J.: *La pensión compensatoria en la separación y divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código civil)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

⁵¹ Ureña Martínez, M.: *Crisis matrimoniales...* cit. pág. 124.

Pero el principal problema deriva de la cuestionable utilización de la pensión compensatoria como criterio determinante de la concesión del derecho a una prestación social. Porque si en los años inmediatamente posteriores a la aprobación del divorcio, la pensión compensatoria trataba de proteger al cónyuge más débil (normalmente a la mujer que se había dedicado al cuidado del hogar y de la familia) en las actuales circunstancias, han variado tanto el fundamento jurídico de la pensión civil como el perfil y las necesidades de sus beneficiarios, fundamentalmente, porque el aumento progresivo de los niveles de formación y empleo de la población femenina ha permitido situar hoy por hoy a las mujeres en una posición equiparable a la de los hombres (aunque la tasa de ocupación sigue siendo sensiblemente inferior entre las mujeres, se ha producido un incremento significativo que se evidencia, especialmente, en las cohortes más jóvenes). En consideración a estas nuevas realidades, desde la reforma al CC realizada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, la pensión compensatoria (hasta entonces, sólo de carácter indefinido) puede tener hoy una duración temporal (lo que parece ser la tónica general en el ámbito judicial).

Como consecuencia de tales cambios, se ha producido una evolución significativa en la interpretación del concepto de “desequilibrio económico” determinante del reconocimiento y abono de la pensión compensatoria. Resumidamente, porque de la aplicación de una tesis objetiva, que entendía producido el desequilibrio económico cuando se produjera un mero descenso en el nivel de vida respecto al disfrutado durante el matrimonio, se ha pasado a una tesis subjetiva en la que se exige, además, que éste derive del sacrificio soportado por uno de los cónyuges en beneficio del matrimonio y de la familia⁵². Conforme a esta interpretación pues, la pensión compensatoria sólo ha de abonarse a aquel cónyuge que ha sufrido algún perjuicio económico o profesional derivado del matrimonio (para ello, se pueden tener en cuenta las circunstancias previstas en el art. 97 del CC tales como la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades mercantiles o profesionales del otro cónyuge o las probabilidades de acceso a un empleo) y que, tras la separación o el divorcio, sufre un desequilibrio económico efectivo. De esta forma, la mera diferencia de ingresos entre ambos cónyuges, posterior a la ruptura, no justifica por sí sola el abono de la pensión compensatoria.

En las circunstancias actuales, la vinculación de la pensión de viudedad a la pensión compensatoria tiene diversas lecturas según el perfil de sus destinatarios. Porque efectivamente, en el caso de separación o divorcio de mujeres mayores, que llevan muchos años casadas, sin trabajo y con escasas posibili-

⁵² En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia más reciente, como la STS de 19 de enero de 2010, RJ 2010/417 ó la STS de 14 de abril de 2011, RJ 2011/184064.

dades de encontrar empleo tras la ruptura del vínculo, la pensión compensatoria (en estos casos, normalmente de carácter indefinido) atiende un estado de dependencia económica que, en caso de fallecimiento del deudor, produce sobre el cónyuge sobreviviente una situación de necesidad real que debe ser cubierta con cargo a la pensión de viudedad.

Sin embargo, no en todos los supuestos se produce esa misma vinculación entre pensión compensatoria, dependencia económica, situación de necesidad y pensión de viudedad. Así, puede darse el caso de sujetos que tras el divorcio se encuentran en estado de necesidad porque carecen de recursos suficientes para vivir y, sin embargo, no tienen derecho a pensión compensatoria porque no existe un desequilibrio económico entre su situación y la de su cónyuge, por ejemplo, porque éste también tiene un bajo nivel de ingresos. En estos casos aunque, ciertamente, uno de los cónyuges no dependiera económicamente del otro (no recibiera ayuda alguna de ésta) se encuentra en una situación de necesidad real que, injustificadamente, carece de cobertura en el sistema actual de protección de la viudedad.

También puede darse el caso opuesto. Puede suceder que en un caso concreto el juzgador de instancia o incluso las partes, voluntariamente, en el convenio regulador, fijen una pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges que, aunque tenga su propia fuente de ingresos (haya trabajado durante el matrimonio y siga haciéndolo después del mismo) haya sufrido algún perjuicio, por ejemplo, en su propia carrera profesional porque haya renunciado o se haya visto condicionado su derecho a la promoción por su especial dedicación a la familia. En estos casos y aunque este cónyuge tenga sus propios ingresos (e incluso, aunque éstos sean de cuantía suficiente para vivir) si existe un evidente desequilibrio en la situación económica de ambos cónyuges (porque el otro tenga unos ingresos notablemente superiores) se le puede reconocer una pensión compensatoria que, a su vez, le permita el acceso a una pensión de viudedad a la muerte del causante. Aunque en estos casos se produzca una relación de dependencia económica, porque efectivamente uno de los cónyuges recibe una renta periódica del causante que pierde como consecuencia de su fallecimiento, no existe una situación de necesidad real que requiera la protección del Sistema.

La variedad de circunstancias que pueden producirse en los casos de separación y divorcio demuestran la falta de idoneidad del criterio elegido por el legislador para condicionar el acceso a la prestación social⁵³. En este aspecto,

⁵³ Por similares razones, considera Ureña Martínez (op. cit.) que la pensión compensatoria no es un parámetro adecuado para medir la relación de dependencia económica existente entre ambos cónyuges (págs. 93 a 122).

quizá hubiera sido más adecuado configurar la pensión de viudedad como una renta sustitutiva de una pensión alimenticia (éste sería, con claridad, el requisito al que condicionar el acceso a la prestación si se optara por un modelo de protección de la viudedad de carácter asistencial). Así era, como se ha señalado al inicio de este epígrafe, cuando la pensión se limitaba al cónyuge declarado inocente o al beneficiario de la pensión civil de alimentos; entonces, la prestación de Seguridad Social sustituía la pensión privada que, como señala el art. 142 del CC, comprende “*lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*”. Por ello, normalmente, el fallecimiento del obligado a prestar alimentos dejaba al alimentista en una situación de penuria económica que, con una finalidad asistencial, venía a ser compensada por la pensión de viudedad⁵⁴.

6. CONCLUSIONES

Para finalizar este estudio sobre la aplicación del ordenamiento civil en la delimitación de los sujetos beneficiarios de la pensión de viudedad, se pueden subrayar varias ideas generales a modo de últimas conclusiones.

A fecha de hoy, el matrimonio sigue siendo el supuesto de hecho básico en la protección por viudedad del Sistema de Seguridad Social. Un matrimonio que si se ha constituido conforme a las previsiones del CC (a todos los preceptos que disponen los requisitos formales y materiales para la válida constitución del mismo), genera un derecho inmediato a la prestación social tras el fallecimiento del causante, sin mayores condicionamientos ni limitaciones. Por el contrario, y frente al régimen de protección de las relaciones conyugales, cuando el legislador ha considerado oportuno extender la protección por viudedad a las parejas de hecho, lo ha hecho en condiciones tales que se puede afirmar la limitada cobertura del Sistema, de un lado, a las relaciones estables y duraderas en las que ha quedado constatada la formalización del vínculo, y de otro, a las uniones en las que se acredita una relación económica entre las partes. Circunstancias que, en general, son irrelevantes para el acceso a la protección en los casos de matrimonio. Por ello se puede decir, como primera idea general, que mientras que todas las relaciones matrimoniales válidamente constituidas (incluso, las que presentan alguna causa de nulidad) pueden

⁵⁴ Entonces, el problema radicaría en la imposibilidad de utilizar este criterio en los supuestos de divorcio, ya que, en atención a los preceptos civiles aplicables, el deber de alimentos (que, para las partes de una relación matrimonial, deriva del deber de los cónyuges de socorrerse mutuamente) sólo opera constante el matrimonio; por este motivo, se puede seguir reclamando mientras los cónyuges permanezcan separados, pero no una vez producido el divorcio.

acceder a la protección del Sistema, la cobertura de las parejas de hecho aparece significativamente limitada por diversos requisitos, tanto de fondo como de forma, que restringen considerablemente la protección. Surge así una diferencia de trato evidente entre uno y otro tipo de relaciones, por más que se pueda justificar aludiendo a la libertad que se atribuye al legislador en la configuración del Sistema y en la administración de unos recursos limitados.

Por estos motivos puede decirse que la prestación social sigue teniendo, como presupuesto de hecho básico, al matrimonio. Pero el matrimonio es un acto formal cuya validez depende del cumplimiento de los requisitos dispuestos en el orden civil, unos esenciales para la validez de éste como de cualquier negocio jurídico (fundamentalmente, los que se refieren a la capacidad de las partes para contratar y a la voluntariedad del consentimiento) y otros que establecen las reglas de procedimiento exigidas para la constitución del vínculo o para su registro; normas que permiten al Estado llevar un cierto control, a priori y a posteriori, de un hecho con evidente relevancia jurídica. Pues bien, en el ámbito de la protección social, es en este último aspecto donde se han planteado mayores problemas, en gran medida, porque desde las reglas y principios fundamentales de un verdadero Sistema de Seguridad Social, no se entiende bien que el incumplimiento de meros requisitos de forma pueda impedir el acceso a las prestaciones sociales, especialmente si se acredita una situación de necesidad real que por tales motivos queden al margen del Sistema. Algo similar sucede respecto a los requisitos a los que actualmente se supedita la atribución del derecho en los supuestos de nulidad, separación y divorcio: tales condiciones generan tantas incoherencias o disfunciones en su aplicación efectiva, que necesariamente ha de cuestionarse la idoneidad de los nuevos criterios.

Como tercera reflexión cabe indicar la importante diversidad de problemas que durante años ha suscitado y que en la actualidad sigue suscitando la aplicación del régimen tradicional de protección por viudedad. Tanto la delimitación del supuesto protegido como su aplicación a la realidad social han generado tantas carencias o deficiencias en la protección, que ha sido en estos años una constante la conflictividad o el recurso de los particulares a las instancias judiciales en reclamación de sus derechos. En este aspecto, los temas que en este trabajo se han analizado sólo constituyen una parte de los asuntos que han sido cuestionados en sede judicial (junto a éstos, se encuentran todos los relacionados con las relaciones de convivencia extramatrimonial, el contenido de la protección –por ejemplo, sobre el reparto de la pensión entre varios beneficiarios, su cuantía, el complemento por mínimos, etc.- o los distintos aspectos de la dinámica del derecho –fundamentalmente, en relación con las causas de extinción-).

En relación con tales supuestos, también se ha podido apreciar una significativa divergencia de opiniones doctrinales y, lo que es más preocupante, judi-

ciales. Y aunque la pluralidad de ideas es fundamental en una sociedad verdaderamente libre, la seguridad jurídica e incluso la justicia reclaman el mantenimiento de un criterio normativo y jurisdiccional uniforme (al menos, durante un determinado período histórico). A mi juicio, contradice las reglas elementales de la equidad la aplicación de reglas contradictorias o el mantenimiento de opiniones opuestas en atención a la identidad del supuesto planteado, e incluso, a discrecionalidad de la instancia que ha de aplicar la norma. En otras palabras, y en relación con algunas de las decisiones analizadas, entiendo que no cabe mostrar flexibilidad en unos casos y ser rigurosos en otros al exigir la concurrencia de los requisitos previstos: ello genera arbitrariedad y, por lo tanto, conduce a un resultado injusto para el común de los ciudadanos.

En relación con la perspectiva que ha guiado este análisis, es necesario concluir recordando la idea fundamental con la que se empezaron estas páginas. Ciertamente, existe una relación ineludible entre el Derecho Social y el Derecho Civil que se hace más estrecha en el ámbito que aquí se trata: como se ha podido comprobar, existen numerosos puntos de conexión entre el régimen jurídico de la pensión de viudedad y las normas civiles que regulan el matrimonio. Pero como también se ha intentado demostrar, es necesario que cuando el legislador social utilice los conceptos del Derecho de Familia profundice en su significado y en sus consecuencias jurídicas para que no entren en contradicción con el fundamento de las prestaciones sociales o con los principios que rigen nuestro Sistema de Protección Social.

En fin, todas estas apreciaciones constituyen razones adicionales a favor del cambio normativo. Por supuesto, que es difícil (por no decir imposible) llegar a un resultado que satisfaga a todas las partes; también es complicado decidir qué modelo de protección resulta más aconsejable para el futuro próximo. Pero también resultan evidentes los perjuicios que derivan de la situación actual: las diferencias de trato, las situaciones carentes de protección, las contradicciones entre la regulación del Sistema de Seguridad Social y el régimen jurídico civil que ordena las relaciones entre particulares, los gastos que esta fórmula de protección suponen sobre los presupuestos generales, etc. Por ello, la última conclusión a este trabajo coincide con la que con reiteración ha manifestado el grueso de la doctrina: la necesidad de un estudio en profundidad de la materia, desde todos los ángulos posibles, que concluya con una reformulación integral del sistema de protección por viudedad.

LA MODIFICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 10ª DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES POR LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO. ANÁLISIS DE UNA NUEVA SITUACIÓN

JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ

Becario de Investigación (APIF)

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Barcelona

EXTRACTO

Palabras clave: Jubilación, convenios colectivos, extinción contrato de trabajo

La reciente Ley 3/2012, de 6 de julio, en su disposición final 4.2, modifica la DA 10ª del Estatuto de los Trabajadores con la finalidad de impedir que, como hasta ahora, los convenios colectivos puedan establecer las llamadas cláusulas de «jubilación forzosa» que posibiliten 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. A poco que se reflexiona sobre la nueva situación, surgen innumerables interrogantes que van a precisar de respuesta y que de bien seguro generarán numerosa doctrina tanto judicial como científica. Es importante, por tanto, ver las nuevas situaciones a las que deberemos enfrentarnos y prever las alternativas para dar solución a los problemas que surjan

ABSTRACT

Key words: Retirement pension, collective bargaining, termination employment contract

The recent Law 3/2012, of July 6, at his final disposal 4.2, amends DA 10th of the Statute of Workers to prevent, as heretofore, the calls clauses "retirement forced" established in collective agreements. These clauses provide the termination of the employment contract for the performance by the employee of the normal retirement age specified in Social Security law. Although too little that reflects on the new situation, soma innumerable questions arise that will require response and that are likely to generate numerous judicial, and scientific doctrine. It is important, the therefore, to see the new situations that we face and provide alternatives to solve the problems that arise.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. EVOLUCIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE PROLONGACIÓN DE LA VIDA ACTIVA VERSUS REPARTO DE EMPLEO
3. LAS POLÍTICAS QUE JUSTIFICARÍAN LA RECIENTE MODIFICACIÓN
4. LA NUEVA SITUACIÓN EN LA JUBILACIÓN FORZOSA TRAS LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO
 - 4.1. El futuro de la jubilación forzosa del personal laboral en el ámbito de la función pública.
 - 4.2. La jubilación forzosa del personal civil no funcionario al servicio de los establecimientos militares y de los estibadores.
 - 4.3. Las posibles alternativas de los empresarios a las cláusulas de jubilación forzosa.
 - 4.3.1. La posibilidad de extinguir los contratos vía artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores por ineptitud del trabajador.
 - 4.3.2. La posibilidad de pactar con el trabajador la inclusión de una cláusula de extinción por edad en el contrato de trabajo.
 - 4.3.3. La posibilidad de establecer cláusulas de jubilación forzosa en un convenio colectivo extraestatutario
5. ALGUNAS CUESTIONES FINALES EN RELACIÓN A LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA DECIMOQUINTA DE LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La primera norma en el Ordenamiento Jurídico Español que reguló condiciones para que los trabajadores tuvieran derecho a una pensión de jubilación se aprobó a finales del siglo XVIII¹, mientras que la que fijó por primera vez la jubilación forzosa tuvo lugar un siglo más tarde².

Desde entonces la fijación de una edad de jubilación a partir de la cual quien la alcance tendrá derecho a abandonar su actividad laboral y obtener la correspondiente prestación de jubilación ha sido recogida en multitud de normas y en diversos ámbitos.

Pero a su vez, junto a la regulación de la jubilación voluntaria se ha regulado también la jubilación forzosa con la finalidad de fomentar el reparto del empleo y la solidaridad intergeneracional³, primero en el ámbito de los funcio-

¹ Probablemente la primera norma que regula el derecho a la jubilación de los funcionarios fue la Real Orden de 23 de diciembre de 1776, la cual trató de atender al personal de resguardo de Madrid que, no pudiendo continuar desempeñando sus destinos por su edad, achaques u otros motivos calificados, solicitaban su jubilación. Posteriormente se ampliaría por Orden de 18 de febrero de 1803 a todas las clases de dependientes de la Real Hacienda.

² Real Decreto de 12 de Marzo de 1889, Gaceta de Madrid núm. 323, de 19/11/1890, páginas 582 a 583, que organizó el Cuerpo especial de empleados de Correos, y dispuso la jubilación forzosa de éstos a los sesenta y cinco años.

³ Vid. García Ninet, José Ignacio. Acerca de la jubilación. *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 2003, no. 152. pp. 5-6. p. 5.

narios, más tarde para el resto de trabajadores con carácter general⁴, y finalmente para determinados sectores en los cuales es aconsejable en atención a las peculiaridades⁵ o a la peligrosidad y penosidad de la actividad productiva⁶.

En relación a los trabajadores asalariados, esta institución jurídica se extendió inicialmente en las reglamentaciones de trabajo⁷, sin perjuicio que en 1953 se intentará evitar su generalización, sin llegar a conseguirlo⁸; contemplándose nuevamente en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, en cuya versión original de la Disposición adicional 5ª establecía la edad máxima de 69 años para la jubilación del trabajador, y la posibilidad de que el gobierno fijará una inferior, habilitando a las partes negociadoras para que en los convenios colectivos pudieran establecerse edades de jubilación forzosa.

⁴ En el ámbito de los trabajadores no funcionarios, las primeras manifestaciones de la jubilación forzosa las encontramos en algunas de las Reglamentaciones de trabajo en la década de los 40 del pasado siglo (cómo ejemplo: la Orden por la que se aprueba la Reglamentación nacional del trabajo en la industria resinera. Boletín Oficial del Estado núm. 77, de 18/03/1943, páginas 2464 a 2475), las cuales nacen al amparo del Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938, el cual dispuso las bases para que el Ministerio de Trabajo estableciera las condiciones mínimas en las relaciones laborales entre los empresarios y los trabajadores, aprobándose la Ley de 16 de octubre de 1942 por la que se regularían las reglamentaciones de Trabajo.

⁵ En la Reglamentación de trabajo de personal civil no funcionario, Decreto 2525/1967, de 20 de octubre, se regula por primera vez la jubilación forzosa del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares y posteriormente en el Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, por el que se regula las relaciones de trabajo del personal civil no funcionario. BOE 18 octubre 1980, núm. 251; rect. BOE 23 octubre 1980, núm. 255; BOE 17 noviembre 1980, núm. 276.

⁶ En la Disposición transitoria tercera del Real Decreto-Ley 2/1986, se establece la jubilación forzosa de los estibadores portuarios. Real Decreto-Ley 2/1986. Servicio público de estiba y desestiba de buques. BOE 27 mayo 1986, núm. 126, [pág. 18800]; rect. BOE 19 junio 1986, núm. 146, [pág. 22384].

⁷ Véase: el artículo 148 de la Orden de 15 de marzo de 1946 por la que se aprueba la Reglamentación Nacional del Trabajo en la Explotación de Ferrocarriles por el Estado. Boletín Oficial del Estado núm. 81, de 22/03/1946, páginas 2201 a 2222; artículo 51 de la Orden de 28 de junio de 1946 por la que se aprueba la Reglamentación Nacional del Trabajo en la Compañía “Tabacalera, S. A.”. Boletín Oficial del Estado núm. 185, de 04/07/1946, páginas 5360 a 5370; artículo 37 de la Orden de 20 de septiembre de 1946 por la que se aprueba la Reglamentación Nacional del Trabajo en la Banca Privada. Boletín Oficial del Estado núm. 270, de 27/09/1946, páginas 7255 a 7264; artículo 85 de la Orden de 30 de noviembre de 1946 por la que se aprueba la Reglamentación Nacional del Trabajo en las Fábricas de Azúcar y de Alcoholes de Melaza. Boletín Oficial del Estado núm. 336, de 02/12/1946, páginas 8539 a 8551; artículo 44 de la Orden de 28 de junio de 1947 por la que se aprueba la Reglamentación Nacional del Trabajo para las Empresas de Seguros. Boletín Oficial del Estado núm. 201, de 20/07/1947, páginas 4080 a 4090.

⁸ El Ministerio de Trabajo con el objeto de unificar los criterios dispares sobre la jubilación por edad de los trabajadores, contenidos en muchas de las reglamentaciones de trabajo, aprobó la Orden Ministerial de 1 de Julio de 1953, Boletín Oficial del Estado núm. 188, de 07/07/1953, página 4116, modificando las reglamentaciones laborales que se oponían a lo dispuesto en ésta; pero posteriormente la Orden de 18 de enero de 1955 por la que se aclara la Ley de 1 de julio de 1953. Boletín Oficial del Estado núm. 25, de 25/01/1955, página 520, enumera un conjunto de Reglamentos Nacionales a los que no era de aplicación la orden de 1 de julio de 1953.

El Tribunal Constitucional se pronunció en dos ocasiones sobre esta disposición. La sentencia 22/1981, de 2 de julio, declaró inconstitucional el establecimiento de forma directa e incondicionada de la extinción de la relación laboral a una determinada edad, por su directa afectación al derecho al trabajo. Sobre el segundo párrafo se pronunció en la sentencia 58/1985, de 30 de abril, admitiendo que la jubilación forzosa podía ser objeto de la negociación colectiva.

El Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1995 recuperó la regulación de la jubilación forzosa, en su Disposición adicional 10ª, modificando su redacción con la finalidad de adecuar su contenido a la doctrina del Tribunal Constitucional, para que posteriormente el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, la derogara, revitalizando la controversia sobre esta disposición⁹. Posteriormente se volvió a recuperar mediante la Ley 14/2005, de 1 de julio¹⁰.

Finalmente, la reciente Ley 3/2012, de 6 de julio, en su Disposición final 4.2, modifica la DA 10ª del Estatuto de los Trabajadores con la finalidad de impedir que, como hasta ahora, los convenios colectivos puedan establecer las llamadas cláusulas de «jubilación forzosa» que posibiliten 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, las declara nulas y sin efectos. Así, tras la declaración legal de nulidad de estas cláusulas de los convenios colectivos que regulan la llamada «jubilación forzosa», se plantean cuestiones, que van a precisar de respuesta¹¹ y que de bien seguro generarán numerosa doctrina tanto judicial como científica, como son: determinar la posibilidad de que el gobierno fije una edad legal de jubilación forzosa general para todos los trabajadores o en particular para algún colectivo con especificidades, cumpliendo los requisitos mantenidos por el Tribunal Constitucional; la posibilidad de jubilar forzosamente a los empleados públicos con una relación laboral, y en qué forma; la posibilidad de incluir la jubilación forzosa en el contrato de trabajo; la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida del trabajador por causa de su edad; determinar la calificación de un despido basado en la jubilación forzosa ilegal; la posible lesión del derecho de igualdad y no discriminación por edad; y otras muchas que seguro surgirán.

⁹ Vid. Tortuero Plaza, José Luis. La jubilación forzosa en las políticas de empleo. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2001, no. 33. pp. 251-262. p. 251.

¹⁰ Ley 14/2005, de 1 de julio. Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. BOE 2 julio 2005, núm. 157, [pág. 23634].

Por otro lado, se debiera plantear si con la modificación no se está eliminando uno de los instrumentos de política de empleo, o si acaso se está primando la política económica por encima de las políticas de mercado de trabajo; o si en cambio se trata de proteger el derecho individual al trabajo, ya que, sin duda, la negociación colectiva de los derechos individuales constituye una de las cuestiones más complejas y delicadas en el Derecho del Trabajo¹².

En los siguientes puntos se analizarán las políticas que justificarían la reciente modificación de la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, los conflictos que pueden surgir tras ella y las posibles alternativas.

2. EVOLUCIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE PROLONGACIÓN DE LA VIDA ACTIVA VERSUS REPARTO DE EMPLEO

La Jubilación del trabajador es un derecho de éste y no una obligación¹³, no obstante, sobre todo la figura de la jubilación forzosa, quiebra este principio. Además la jubilación anticipada, la parcial o las prejubilaciones, aunque en principio voluntarias, en la mayoría de ocasiones tienen su origen en un interés ajeno al propio trabajador al que se incentiva para que la acepte.

La jubilación del trabajador ha estado presente en las políticas públicas dirigidas a sustituir trabajadores de más edad por trabajadores jóvenes o parados con la pretendida finalidad de distribución del empleo, pero cargando el coste de ésta a la Seguridad Social¹⁴.

Pero también ha estado en el objetivo de las políticas empresariales como una medida de flexibilidad y reemplazo de los empleados de mayor edad por otros más jóvenes y con mayor formación, y porque no decirlo, con salarios menores, –aunque sólo sea por el ahorro en complementos de antigüedad–.

El Estatuto de los Trabajadores de 1980, en el marco de una importante

¹¹ Vid. Sempere Navarro, Antonio V. Interrogantes sobre jubilación forzosa. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 849/2012 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, S.A, Pamplona. 2012.

¹² García Viña, Jordi y Salido Banús, José Luis. ¿Es posible pactar en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa?: Análisis de las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre esta cuestión. *Actualidad Laboral*, 2003, no. 2. pp. 457-471.

¹³ En el Fj. 1º de la Sentencia Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 58/1985 de 30 abril (RTC 1985\58), dice que: «la jubilación se ha considerado siempre un derecho del trabajador que, al alcanzar la edad prefijada podía libremente cesar en el trabajo para pasar a percibir la pensión».

¹⁴ Vid. Tortuero Plaza, José Luis. La jubilación forzosa en las políticas de empleo. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2001, no. 33. pp. 251-262. p. 252.

crisis económica y de un incremento de las tasas de desempleo desde mediados de los 70¹⁵, introduce la jubilación forzosa en la Disposición adicional 5ª como un instrumento de solidaridad, el cual tenía como objetivo hacer frente al problema del desempleo a través de una medida de reparto del trabajo¹⁶ en el que se favoreciera el empleo de los desempleados, sobre todo jóvenes.

En 1995, en el contexto de un mercado de trabajo en la que se había alcanzado una tasa de desempleo del 24%, el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores acogería nuevamente la jubilación forzosa como instrumento de política de empleo. A su vez, nacerían un conjunto de políticas públicas dirigidas a la prolongación de la vida activa de los trabajadores con el fin de garantizar la viabilidad del sistema público de pensiones y evitar un mayor déficit público.

En dicho contexto se crearía una Ponencia que elaboró el informe conocido como Pacto de Toledo que supuso la reafirmación por las fuerzas políticas españolas de la apuesta por un sistema de Seguridad Social solidario y de reparto, basado en las contribuciones de sus beneficiarios y en la separación de las prestaciones de naturaleza contributiva y no contributiva, y la sostenibilidad del sistema, compatible con el reforzamiento de la acción protectora. Señalándose en el informe que resultaría muy aconsejable, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen. Tras el Pacto de Toledo, el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas suscribieron el Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social el 9 de octubre de 1996, materializándose en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social.

Cabe destacar, para lo que aquí interesa, que mediante esta ley se incorpora en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social una nueva disposición adicional, la vigésima sexta, mediante la cual se autorizaba al Gobierno para que, previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, pueda otorgar desgravaciones, o deducciones de cotizaciones sociales, en aquellos supuestos en que el trabajador opte por permanecer en activo, una vez alcanzada la edad de sesenta y cinco años, con suspensión proporcional del percibo de la pensión.

Posteriormente, en el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 marzo, convalidado después por la Ley 12/2001, de 9 de julio, se señalaba que la jubilación forzosa,

¹⁵ En 1980 la tasa de desempleo se situó en el 11,1 %, a partir de ese año la tasa de desempleo subió hasta alcanzar un 21% en 1985, un 23,9 en 1994 y un 25% en 2012. Desde 1980 España sólo se ha situado en una tasa inferior al 11% entre 2004 y 2008.

¹⁶ Esteve Segarra, María A. *La Jubilación Forzosa*. 1st ed. Tirant lo Blanch, 1999. p. 20.

configurada originalmente como estímulo instrumento de política de empleo, estaba «inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales», y por tanto, reconociéndose que en el contexto de 2001 no concurren las mismas circunstancias que la justifiquen, se deroga la DA 10ª del ET.

Mediante el Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre –derogado y sustituido por la Ley 35/2002, de 12 de julio–, se procedió a la modificación de la pensión de jubilación, en el sentido de que la misma no viniera a impedir una presencia social activa de los ciudadanos, reformándose la regulación de la jubilación parcial, de manera que se posibilitara la compatibilidad entre el percibo de una pensión de jubilación y el desarrollo de actividades laborales desde el momento en el que se comience a percibir una pensión de dicha naturaleza a cargo del sistema de la Seguridad Social; se exoneraba del pago de cotizaciones sociales, por contingencias comunes, salvo en lo que se refiere a la incapacidad temporal, correspondientes a los trabajadores de sesenta y cinco o más años, que acrediten 35 años efectivos de cotización y que decidan voluntariamente la continuación o la reiniciación de su actividad laboral; se introduce las previsiones para posibilitar que el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación pueda superar el 100 por 100, respecto de aquellos trabajadores que permanezcan en activo más allá de los sesenta y cinco años de edad y acrediten un mínimo de treinta y cinco años de cotización; y se añadió un nuevo apartado tres a la disposición adicional cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, para bonificar las cuotas de Seguridad Social para los trabajadores con 60 o más años.

En cumplimiento de la previsión contenida en la recomendación 15ª del Pacto de Toledo, el gobierno presentó ante el Congreso de los Diputados un Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo en el que se analizaban las medidas adoptadas en desarrollo del mismo. En este informe, aprobado por el Congreso de los Diputados el 3 de octubre de 2003, se valoraban las recomendaciones iniciales y se incorporan algunas nuevas, con el fin de adaptarla a la nueva realidad social del momento.

En concreto, en relación a la edad de jubilación, la recomendación décimo primera reconoce los efectos beneficiosos que se derivan de la permanencia en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad, para ellos, su entorno y el conjunto de la sociedad, teniendo además efectos positivos para el sistema de pensiones, por lo que señala conveniente fomentar la prolongación de la actividad laboral de aquellos que opten por mantenerse en el mercado de trabajo una vez alcanzada la edad a la que pueden acceder a la pensión de jubilación y, por otro, se impida cualquier tipo de discriminación por razón de edad que tenga por consecuencia la expulsión prematura del mercado de trabajo de trabajadores con plenas facultades físicas y psíquicas para continuar desarrollando su labor.

En desarrollo de la recomendación décimo primera, y en concreto sobre prolongación de la vida activa, la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, en su artículo 26.4 prevé que los poderes públicos promoverán políticas que incentiven la continuidad en el ejercicio de la profesión, trabajo o actividad económica de los trabajadores por cuenta propia, una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación.

Posteriormente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en su artículo 3 estableció nuevos incentivos que favorecen la demora voluntaria en el acceso la jubilación más allá de los 65 años, reconociendo un porcentaje adicional, consistente en el 2 ó 3% por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante.

De la misma manera, en el marco del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, para 2004, las organizaciones empresariales y sindicales firmantes se dirigieron al Gobierno para expresar su preocupación por los efectos que pudiera tener en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, en la negociación colectiva, la doctrina judicial de jubilación forzosa, que tras el RD-Ley 5/2001 declaraba nulas las cláusulas de los convenios colectivos que las incluyeran, solicitado al Gobierno que promoviera la oportuna reforma normativa que dotara de la necesaria seguridad jurídica a la negociación colectiva.

Estos mismos agentes sociales suscribieron el 8 de julio de 2004 la Declaración para el diálogo social 2004 «Competitividad, empleo estable y cohesión social», en la que se comprometían a abordar en el diálogo social, entre otras, favoreciendo el empleo de los trabajadores de edad avanzada y la mejora de su empleabilidad.

Sin embargo, en sentido contrario, se adoptaron también medidas que limitaban la prolongación de la vida activa de los trabajadores, como fue la Ley 14/2005, de 1 de julio, que reincorpora al Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la Disposición adicional 10ª en la que se habilita a los convenios colectivos para que puedan establecer cláusulas que posibiliten, en determinados supuestos y bajo ciertos requisitos, la extinción del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación.

En el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 25 de enero de 2011, se aprobó el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2011, el cual contenía una recomendación décima segunda relativa a la edad de jubilación, en la que la Comisión considera la prolongación de la vida laboral de los ciudadanos como un objetivo necesario y deseable; en este sentido, dado que el objetivo que se persigue es el de aumentar la edad real en la que los trabajadores abandonan el mercado de trabajo y teniendo en cuenta la evolución de la expectativa de vida después de los 65 años, la Comisión estima un

conjunto de medidas que se podrían adoptar para incrementar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, como son: conceder mayor relevancia a la carrera de cotización del trabajador, en orden a delimitar la cuantía de su pensión, favoreciendo así la aproximación de la edad real a la edad legal de acceso a ella, y sostiene que es necesario incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación. A tal efecto, señala que sería necesaria la adaptación y mejora de cuantos incentivos sociales, fiscales y laborales sean posibles para fomentar la permanencia de los trabajadores en activo y una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral.

La Comisión está también convencida de que se debe combatir la discriminación por edad en el mercado laboral, restringiendo al máximo el abandono prematuro de la vida laboral, siendo prioritario remover la normativa que fuerza a colectivos o personas a la jubilación obligatoria, en contra de sus deseos y capacidades. Afirmando que no debe establecerse un límite de edad para el trabajo en un régimen de libertades individuales y de derechos fundamentales.

Asimismo, se apunta que las políticas activas de empleo también deben estar orientadas a la recolocación de las personas de más edad y a su mantenimiento en situación activa.

Es importante señalar el voto particular de totalidad al Informe emitido por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, Izquierda Unida, Iniciativa per Catalunya Verds y el Grupo Parlamentario Mixto, a iniciativa de las diputadas Olaia Fernández Davila (BNG) y Uxue Barkos Berruezo (NaBai), en el que se señala, en relación a la edad de jubilación, que «las propuestas del Gobierno tendrían un impacto negativo considerable sobre las pensiones futuras. Por ejemplo, aumentar cinco años el cálculo de la base reguladora reduciría la pensión media de jubilación un 6% y si se le añade la ampliación de la edad de jubilación a 67 años, la reducción de la pensión media sería del 10%. Si se amplía la edad de jubilación a 67 años y le sumamos un cálculo de la base reguladora considerando toda la vida laboral, la pensión media se rebajaría en un 26,4%».

Más recientemente, se ha publicado un estudio sobre los efectos de la reforma legislativa sobre el poder adquisitivo del trabajador tras la jubilación¹⁷ en el que se constata que la tasa de sustitución de las pensiones de jubilación –entendida como la relación entre la pensión a percibir de la Seguridad Social y la renta a la que sustituye o renta salarial en el momento de la jubilación–, desciende del 84,9%, cuando la base reguladora está en función de los últimos

¹⁷ Vicente Merino, Ana María; Calderón Milán, María José, y Martínez Aguado, Timoteo. Muchos pierden y pocos ganan: efectos de la reforma legislativa sobre el poder adquisitivo del trabajador tras la jubilación. *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, 2012, no. 18. pp. 77-110. p. 83.

15 años, al 79% cuando ésta es de 25 años. Es decir, siempre para un pensionista sin lagunas de cotización y con derecho al 100% de la base, pierde de media un 5,6% (7,36 en el grupo de menos cualificados), suponiendo para el grupo de mujeres, además añadir a esta reducción 4 puntos más.

Por tanto, las previsiones apuntadas en el voto particular en el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2011 de una reducción del 6% con la ampliación de sólo 5 años en la base de cálculo de la pensión, no se aleja demasiado de los datos presentados en este estudio, si consideramos la ampliación en 10 años. Además, a esto hay que añadir que no se tiene en cuenta el mayor efecto que podrán tener las lagunas de cotización cuando éstas sean numerosas, y que éstas pueden aumentar con la consideración de un período de tiempo mayor. El estudio también constata que sólo un 13,18% de los pensionistas ganan con el cambio, y por tanto, que el 86,82% restante pierden con éste.

En otro orden de cosas, la Disposición adicional 36ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, reformó ligeramente el tenor literal de dicha DA 10ª ET, exigiendo que el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo tenga cubierto el período mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80 por ciento a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión.

Precisamente el Grupo Popular en el Congreso entre las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, por el que se aprobaría la Ley 27/2011, la enmienda 213¹⁸ propone incorporar un nuevo artículo al Proyecto de Ley, con el título de «Derecho subjetivo a la jubilación», por el que se daba una nueva redacción a la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores que queda redactada en los siguientes términos: «La jubilación es un derecho subjetivo del trabajador indisponible por convenio colectivo, que podrá ejercitarlo cuando reúna las condiciones y requisitos establecidos en las disposiciones que lo regulan». Justificándose en el sentido de reconocer el derecho subjetivo del trabajador a la jubilación, siendo indisponible por convenio colectivo, argumentando que imponer la extinción del contrato de trabajo por haber cumplido una determinada edad constituye actualmente una discriminación desfavorable por razón de edad contraria al ordenamiento jurídico, y añadiendo, que en el nuevo contexto económico y social, la jubilación forzosa ha dejado de ser un instrumento necesario para la regulación del mercado de trabajo, cuando la actual política de empleo se dirige hacia la prolongación de la vida laboral, debiéndose hacer compatible los deseos de los trabajadores con la sostenibilidad del sistema en el futuro.

¹⁸ Comisión de Trabajo e Inmigración. Enmiendas en relación con el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. BO. Cortes Generales-Congreso de los Diputados 17 junio 2011, núm. 120-10, [pág. 1]. (LEG 2011\4428-9).

3. LAS POLÍTICAS QUE JUSTIFICARÍAN LA RECIENTE MODIFICACIÓN

En la X Legislatura, el Gobierno del Partido Popular modifica nuevamente la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores con el pretendido objeto de favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad, justo en un momento en que las tasas de desempleo en España alcanzan máximos históricos, declarando nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten 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.

De lo anteriormente analizado, se constata que desde el Estatuto de los Trabajadores de 1980 han existido dos tendencias políticas opuestas, una que ha tenido por objetivo la posibilidad de extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores con derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el marco de una política de empleo de redistributiva del trabajo; y por otro lado una política cuyo objetivo ha sido facilitar la prolongación de la vida activa de los trabajadores en el marco de una política económico-laboral que asegurase la sostenibilidad del sistema público de Seguridad Social.

Tanto la necesidad de asegurar la sostenibilidad del sistema público de Seguridad Social, como la necesidad de repartir el trabajo encuentran su mayor razón de ser en los momentos en que las tasas de desempleo son mayores; contrariamente, la sostenibilidad del sistema se facilita prolongando la vida activa de los trabajadores y, en cambio, el reparto del trabajo limitándola.

Por su parte, desde la Unión Europea se subraya la necesidad de prestar especial atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad, a fin de prolongar su participación en la población activa, incentivando y la eliminando los obstáculos que lo impidan, entre ellos se podría incluir, en principio, la jubilación forzosa.

Así, en las Directrices para el empleo del año 2000¹⁹ y 2001²⁰, se subraya la necesidad de prestar especial atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad, a fin de prolongar su participación en la población activa, corrigiendo la evolución del desempleo de larga duración y desarrollando políticas que promuevan la prolongación de la vida activa, mejorando la capacidad de los trabajadores de más edad mediante un sistema de formación eficaz.

¹⁹ Decisión 2000/228/CE, de 13 de marzo. Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2000. DOL 21 marzo 2000, núm. 72, [pág. 15, Núm. Págs. 6].

²⁰ Decisión nº 63/2001/CE del Consejo, de 19 de enero de 2001, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros en 2001. [Diario Oficial L 60 de 1.3.2002].

Entre las directrices para el empleo para el año 2002²¹, se establecía como objetivos crear las condiciones idóneas para el pleno empleo. A tal fin, los Estados miembros debían considerar el establecimiento de objetivos nacionales para contribuir, entre otros objetivos europeos generales, el alcanzar en 2010 una tasa de empleo del 50% para las personas de más edad (entre 55 y 64 años).

Por otro lado, en el marco de las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros 2003-2005²² mantenidas en la Decisión 2004/740/CE, de 4 de octubre²³ el Consejo Europeo de Barcelona acordó que, para 2010, la Unión Europea debería intentar elevar progresivamente en torno a cinco años la edad media efectiva a la que las personas dejan de trabajar en la Unión Europea. En 2001, esta edad se situaba en 59,9 años.

Las anteriores reglas se han mantenido en las Directrices para las políticas de empleo 2005-2008²⁴ y 2008-2010²⁵.

Actualmente con el objeto de aumentar la participación en el mercado laboral, en las Directrices para las políticas de empleo de 2010²⁶, que forman parte de las directrices integradas de la Estrategia Europa 2020, la Unión Europea se ha marcado como objetivo alcanzar un índice de ocupación de mujeres y hombres con edades comprendidas entre los 20 y los 64 años del 75 % para 2020, fomentando la participación en el mercado laboral de los jóvenes, los trabajadores de mayor edad, los trabajadores con bajas cualificaciones y los inmigrantes en situación regular.

Finalmente, en el reciente «Libro Blanco» de la Unión Europea, para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles²⁷, se señala que la desaparición progresiva de los planes de jubilación anticipada y el aumento de la edad de jubilación deben ir acompañados de medidas que permitan a las personas prolongar su permanencia en el mercado de trabajo, mediante disposiciones adecuadas en materia de salud, lugar de trabajo y empleo. Siendo necesario introducir también ajustes en los sistemas de pensiones, aumentando la edad de jubilación y reforzando los incentivos para trabajar más tiempo, consultándose a los interlocutores

²¹ Decisión 2002/177/CE, de 18 de febrero. Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2002. DOL 1 marzo 2002, núm. 60, [pág. 60, Núm. Págs. 10].

²² Decisión 2003/578/CE, de 22 de julio. Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros. DOL 5 agosto 2003, núm. 197, [pág. 13, Núm. Págs. 9].

²³ Decisión 2004/740/CE, de 4 de octubre. Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros. DOL 29 octubre 2004, núm. 326, [pág. 45, Núm. Págs. 2].

²⁴ Decisión 2005/600/CE del Consejo, de 12 de julio de 2005, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros. DO L 205 de 6.8.2005, p. 21/27.

²⁵ Decisión 2008/618/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros. DO L 198 de 26.7.2008, p. 47/54.

²⁶ Decisión 2010/707/CE del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros [Diario Oficial L de 24.11.2010].

²⁷ Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles. COM (2012) 55 final.

sociales con el objeto de revisar las edades de jubilación obligatoria no justificadas en los convenios colectivos y en la legislación nacional.

Como puede verse, las Directrices de la Unión Europea van encaminadas a prolongar la edad legal de jubilación, a reducir las jubilaciones anticipadas y a la implementación por los Estados miembros de políticas que favorezcan la prolongación de la vida activa de los trabajadores, incentivándola y favoreciendo las condiciones que lo permitan, como son la formación y cualificación de los trabajadores de más edad y no tanto a impedir la jubilación forzosa una vez alcanzada la edad ordinaria de jubilación, si la misma está justificada en el marco de las políticas de empleo, más aun teniendo en cuenta que está ira aumentando progresivamente en todos los países de la UE.

Por tanto, las políticas comunitarias no justifican el impedir establecer en la negociación colectiva cláusulas de extinción de los contratos al alcanzar una edad de jubilación, que por otro lado, cada vez se retrasará más, sino que lo que realmente pretende es prolongar la edad legal de jubilación y que los trabajadores lleguen a dicha edad ordinaria de jubilación manteniendo las competencias necesarias que les permita conservar el empleo hasta la misma, reduciéndose las jubilaciones tempranas.

4. LA NUEVA SITUACIÓN EN LA JUBILACIÓN FORZOSA TRAS LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO

La modificación de la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores mediante la Disposición final 4.2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, en la que se establece la nulidad de las cláusulas jubilación forzosa de los convenios colectivos exige analizar, como mínimo, las siguientes cuestiones:

En primer lugar, las implicaciones resultantes de la imposibilidad, en este momento, de fijar la jubilación forzosa mediante la negociación colectiva, y en particular para el personal laboral en el ámbito de la función pública; en segundo lugar, si podrá volverse a regular legalmente la jubilación forzosa del personal civil no funcionario al servicio de los establecimientos militares y de los estibadores; y finalmente, ver cuáles pueden ser las alternativas de los empresarios a la imposibilidad de pactar cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos.

4.1. El futuro de la jubilación forzosa del personal laboral en el ámbito de la función pública

La imposibilidad, en este momento, de fijar la jubilación forzosa mediante la negociación colectiva, y en particular para el personal laboral en el ámbito de la función pública, imposibilita, en principio, que las Administraciones

Públicas puedan extinguir los contratos de trabajo al alcanzar el empleado público la edad ordinaria de jubilación, al amparo de las cláusulas de los convenios colectivos que lo preveían²⁸.

Es difícil pensar que las Administraciones Públicas toleren una situación en la que los funcionarios públicos deban jubilarse obligatoriamente al cumplir, generalmente, los 65 años –que para el personal funcionario incluido en el régimen general de la Seguridad Social se incrementará progresivamente hasta los 67 años²⁹–, y en cambio, el personal laboral no se le pueda exigir igual obligación.

Por esta razón, es de esperar que muy pronto el gobierno opte por introducir la jubilación forzosa del personal laboral en el artículo 67 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Ahora bien, ello exigirá el cumplimiento de los requisitos establecidos en la doctrina del Tribunal Constitucional³⁰ y el amparo de un interés superior, como es el funcionamiento de los servicios públicos, justificándose así que puedan ceder los intereses individuales en beneficio de los colectivos.

²⁸ Véase, a modo de ejemplo, el artículo 59 del III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (Código de Convenio 9012022). Resolución de 3 de noviembre 2009 (RCL\2009\2173); artículo 41 del III Convenio colectivo del personal laboral local que presta servicios para las fuerzas de Estados Unidos en España (Código de Convenio 90011102011997). Resolución de 8 de septiembre 2011 (RCL\2011\1729); artículo 41 del IV convenio colectivo para el personal laboral de la Administración de la Seguridad Social. Resolución de 14 de noviembre 1995 (RCL\1995\3225); artículo 91 del Convenio colectivo de trabajo de la empresa Servei Català de la Salut, CatSalut (personal laboral), para los años 2004-2006 (Código de Convenio 7901512). Resolución TRI/948/2005, de 22 de febrero (LCAT\2005\236); artículo 50 del Convenio colectivo para el personal docente e investigador de las universidades públicas catalanas para el período del 10-10-2006 al 31-12-2009 (Código de Convenio 7902500). Resolución TRE/309/2006, de 21 de diciembre LCAT 2007\59; o artículo 53 del 5º Convenio colectivo de trabajo del personal de administración y servicios laboral de la Universidad de Barcelona, la Universidad Autónoma de Barcelona, la Universidad Politécnica de Cataluña, la Universidad Pompeu Fabra, la Universidad de Girona, la Universidad de Lleida y la Universidad Rovira i Virgili, para los años 2004-2009 (Código de Convenio 7902770). Resolución TRE/4038/2008, de 14 de noviembre (LCAT\2009\15).

²⁹ Vid. Artículo 11 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio. Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. BOE 14 julio 2012, núm. 168, [pág. 50428].

³⁰ En el Fj. 9º de la STC 22/1981, de 2 de julio de 1981 se establece que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo; es decir, se garantice que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo y el trabajador afectado haya completado los períodos de carencia para la jubilación –que la Disposición adicional 36ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, ampliaría a tener cubierto el período mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80 por ciento a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión–.

Lo que parece que va a ser más difícil, en el ámbito de las administraciones públicas, es vincular la medida a las políticas de empleo. El mayor problema en los entes de Derecho Público es que la precisión de las medidas que justifiquen tal vinculación tiene necesariamente una proyección normativa externa de obligado cumplimiento para las administraciones públicas, como son las Leyes de Presupuestos o las normas que anualmente ordenan la oferta pública de empleo para toda la Administración³¹.

4.2. La jubilación forzosa del personal civil no funcionario al servicio de los establecimientos militares y de los estibadores

La actual imposibilidad de acordar cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos que afectan al personal civil no funcionario al servicio de las Fuerzas Armadas y los Establecimientos dependientes de la Administración Militar, así como el perteneciente a Organismos autónomos encuadrados en el Ministerio de Defensa, abre la posibilidad de volver a aplicar el aún vigente artículo 51 del Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, el cual fija que dicho personal causará baja forzosa al cumplir los sesenta y nueve años. En todo caso, ello exigiría, según la mencionada doctrina del Tribunal Constitucional, que ésta se establezca dentro del marco de una política de empleo y sin que suponga la amortización de puestos de trabajo, lo que implica las mismas dificultades comentadas para los empleados públicos, además, cabe la duda si formalmente un decreto es un instrumento adecuado para establecer la extinción de un contrato de trabajo, y por tanto, ello no suponga la vulneración del principio de legalidad, sin desconocer que fue por mandato de la Disposición final 7ª del propio Estatuto de los Trabajadores de 1980, que se delegó en el gobierno la regulación de esta relación laboral especial.

En segundo lugar, en el ámbito de la relación laboral especial de los estibadores portuarios, también cabe la posibilidad de volver a incluir la jubilación

³¹ Las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 diciembre 2008 (RJ 2009\1614) y (RJ 2009\1828), en el Fj. 11º establece que: «el cese forzoso por edad y su obligado condicionante de concretas medidas de fomento del empleo, al menos tal como expresamente se regula la materia en la nueva DA 10ª ET, habida cuenta de que la extinción forzosa del contrato se negocia en un marco mucho más limitado [el de un determinado convenio colectivo] que aquel en el que se acuerda la política de empleo público [Ley de Presupuestos y Oferta Pública de Empleo, aplicables a todo el sector público]; lo que representa, todo hay que decirlo, un claro obstáculo para la aplicación -en los sectores públicos- de la medida extintiva reinstaurada por la Ley 14/2005». En igual sentido la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 20 noviembre 2012 (JUR 2013\25949), establece en su Fj. 3º que «las medidas de política de empleo - contrapartida al cese forzoso- han de estar expresamente referidas en el propio Convenio Colectivo y de que no cabe una justificación ad extra de ellas».

forzosa en la norma que la regula –actualmente el Capítulo VI del Título VI del RD Leg. 2/2011, de 5 septiembre–, incluyendo un artículo que la regule, aunque, también en este caso, se deberá cumplir con los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional.

4.3. Posibles alternativas de los empresarios a las cláusulas de jubilación forzosa

Sin embargo, la cuestión principal se encuentra en la posibilidad de las empresas de explorar vías alternativas³² que les permita extinguir el contrato de trabajo por causa de edad.

El primer problema que se le plantea a las empresas con la nueva regulación es que éstas no cuentan con las cláusulas de jubilación forzosa para sustituir a los trabajadores con edades superiores a la ordinaria de jubilación cuando, por causa de su edad, éstos sean objetivamente menos productivos que otros trabajadores más jóvenes.

Hasta ahora, las cláusulas de jubilación forzosa de los convenios colectivos junto a las cláusulas de incentivación de la jubilación voluntaria, suponían un instrumento, no sólo de política pública de empleo, sino que además a las empresas les permitían planificar y gestionar sus plantillas.

Así, podían prever la fecha máxima de jubilación de cada empleado y, en consecuencia, prever a su vez la contratación o promoción de otros empleados para cubrir esos puestos de trabajo cuando quedaran vacantes, sin perjuicio de la posibilidad de gestionar una transición progresiva a través de la jubilación parcial del trabajador, junto a la contratación de un trabajador relevista³³.

4.3.1. La posibilidad de extinguir los contratos vía artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores por ineptitud del trabajador

La nueva situación no permite que la empresa pueda prever una política interna de empleo, en este sentido, y que en los casos de trabajadores que por su edad hayan visto mermada su capacidad de trabajo, sólo quepa la posibilidad de extinguir los contratos vía artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores por

³² Vid. Cruz Villalón, Jesús. Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012. *Relaciones Laborales*, N.º 23-24, Año 28, Diciembre 2012, Editorial La Ley. p. 146.

³³ Vid. Artículo 166.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE 29 junio 1994, núm. 154, [pág. 20658]; y artículo 12.7 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Estatuto de los Trabajadores. BOE 29 marzo 1995, núm. 75, [pág. 9654].

ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.

A este respecto, para que esta ineptitud sea apreciable como causa extintiva ha de venir siempre referida a la imposibilidad de realizar las funciones habituales e inherentes a la categoría profesional del trabajador –grupo profesional tras la ley 3/2012–.

El concepto de ineptitud se refiere, de acuerdo con la jurisprudencia³⁴, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo –rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.– por tanto, no es suficiente alegar la edad del trabajador, sino que será siempre necesario probar su inaptitud física o psíquica³⁵.

Por tanto, para que la extinción del contrato de trabajo se ajuste a lo prevenido en este precepto se requiere que el trabajador efectivamente haya perdido, cualquiera que sea la causa –y por tanto, también por causa de su avanzada edad–, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo, no siendo necesario que la pérdida de aptitud sea imputable al trabajador, ni tampoco que suponga una absoluta y total carencia de idoneidad para el desempeño del puesto de trabajo, correspondiendo, eso sí, al empresario la carga de probar que el trabajador ya no es apto para cumplir debidamente con sus obligaciones laborales, y correspondiendo al trabajador la prueba de su aptitud, o que aquella era conocida o consentida por el empresario³⁶.

Como recuerda la doctrina judicial³⁷, el hecho de que haya sido declarado no apto para el trabajo no implica que tenga que ser declarado afecto de un grado de invalidez. El reconocimiento de la ineptitud no tiene que imponer por necesidad la incapacidad permanente total ya que algunos grados invalidantes juegan en el Estatuto de los Trabajadores como supuestos suspensivos o extintivos propios de contrato de trabajo.

Por otro lado, con la actual regulación el procedimiento para evaluar la incapacidad en orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas por invalidez permanente se inicia de oficio, por propia iniciativa de la Entidad Gestora, o como consecuencia de petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Servicio de Salud competente para

³⁴ STS (Sala de lo Social), de 2 mayo 1990 (RJ\1990\3937).

³⁵ STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social) 1361/1998 de 26 junio (AS\1998\3557).

³⁶ STSJ de La Rioja, (Sala de lo Social) 209/2009 de 9 julio (JUR\2009\399919).

³⁷ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) 4480/2011 de 23 junio (AS\2011\1944).

gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social; a instancia del trabajador o su representante legal; o a instancia de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o de las empresas colaboradoras, en aquellos asuntos que les afecten directamente³⁸. Por tanto, el empresario, salvo que la empresa colabore voluntariamente en la protección de la Incapacidad Temporal, ésta no está legitimada para iniciar el procedimiento.

A ello hay que añadir que la extinción de contrato de trabajo por ineptitud supone para el empresario la obligación de pagar una indemnización de 20 días por año, mientras que hasta ahora, cuando en el convenio colectivo se preveía la jubilación forzosa, ésta no le suponía ningún coste o con la compensación que se regulaba en el propio convenio colectivo.

4.3.2. La posibilidad de pactar con el trabajador la inclusión de una cláusula de extinción por edad en el contrato de trabajo

Otra posibilidad que gana interés, con el nuevo redactado de la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, es la posibilidad de pactar con el trabajador la inclusión de una cláusula en el contrato de trabajo, en el momento de su firma o posteriormente, que establezca 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, eso sí, siempre en el marco de una política de empleo.

Los tribunales han tenido pocas ocasiones para pronunciarse sobre este tema, probablemente ello se deba a que con la posibilidad de pactarse en convenio colectivo se evitaba tener que recurrir a hacerlo en el contrato de trabajo. Quizás por esta razón las únicas resoluciones del Tribunal Supremo, hasta este momento, sean respecto a la lejana Orden Ministerial de 1 de Julio de 1953³⁹, que con el objeto de ordenar la jubilación forzosa contenida en numerosas reglamentaciones de trabajo, las prohibió.

Por tanto, no era posible establecer la jubilación forzosa de los trabajadores por cuenta ajena desde la aprobación de la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953 hasta la aprobación del Estatuto de los Trabajadores. En tal sentido se

³⁸ Vid. Artículo 4 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, que desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30-12-1994, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. BOE 19 agosto 1995, núm. 198, [pág. 25856]; y Orden de 18 de enero 1996 que aplica y desarrolla el Real Decreto 1300/1995, de 21-7-1995. BOE 26 enero 1996, núm. 23, [pág. 2532].

³⁹ Orden de 1 de julio de 1953 por la que se regula la jubilación, por edad, de los trabajadores de acuerdo con la vigente Ley de Contrato de Trabajo, unificando los distintos criterios de las Reglamentaciones de Trabajo en esa materia. Boletín Oficial del Estado núm. 188, de 07/07/1953, página 4116.

pronunció el Tribunal Supremo en sentencias de 30 de junio de 1966 y de 22 de septiembre de 1966⁴⁰, declarando que la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953 tenía el carácter de norma imperativa de derecho necesario absoluto, indisponible por tanto por convenio colectivo y el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de octubre de 1967 y de 22 de diciembre de 1967⁴¹ extendería la prohibición legal de pactar la jubilación forzosa al contrato individual de trabajo con la misma argumentación jurídica⁴².

Con la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980 la regulación de la jubilación en la Orden de 1 de julio de 1953 dejó de ser derecho necesario y por tanto la disposición adicional 5ª del Estatuto de los Trabajadores supone el sometimiento a decisiones concretas de la contratación colectiva⁴³.

Sin llegar a pronunciarse directamente sobre esta cuestión, en la STS de 18 de mayo de 1982⁴⁴, respecto a la acción de despido contra la decisión de extinguir el contrato de trabajo en aplicación de una cláusula del convenio colectivo, en la que el trabajador solicitaba que se le aplicara la cláusula contractual de jubilación forzosa a los 70 años por serle más beneficiosa, el tribunal no entró a valorar la petición por entender que la acción estaba caducada.

Posteriormente, el Tribunal Supremo en sentencia de 25 octubre de 1989⁴⁵, tras declarar nula una cláusula de retiro indemnizado del contrato de trabajo por ser una medida unilateral del empresario, señala que el trabajador hubiera podido aceptar una decisión empresarial equivalente, si se hubiera formalizado en el contrato como propuesta de baja incentivada encaminada a conseguir un acuerdo de terminación del contrato por la vía del art. 49.1 ET.

A pesar de estas escasas resoluciones del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de pactarse la extinción obligatoria del contrato de trabajo al alcanzar la edad de jubilación, podemos encontrar algunas más en suplicación.

La primera de ellas es la STJ de Cataluña, de 27 septiembre de 2000⁴⁶, se considera válida la cláusula de carácter contractual que somete la relación laboral del trabajador al Convenio Colectivo de referencia y que le obliga a jubilarse al alcanzar una edad determinada. En el análisis de dicha cláusula

⁴⁰ SSTs de 30 de junio de 1966 (Ar/3636) y de 22 de septiembre de 1966 (Ar/3870).

⁴¹ SSTs de 23 de octubre de 1967 (Ar/3680) o de 22 de diciembre de 1967 (Ar/4347).

⁴² Pedrajas Moreno, Abdón y Sala Franco, Tomás. Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos: comentario de urgencia a la STS de 9 de marzo de 2004. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: Jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, 2004, núm. 10. pp. 109-120.

⁴³ STS (Sala de lo Social) de 7 octubre 1980 (RJ 1980\3969).

⁴⁴ STS (Sala de lo Social) de 18 mayo 1982 (RJ1982\3181).

⁴⁵ STS (Sala de lo Social), de 25 octubre 1989 (RJ1989\7437).

⁴⁶ STJ de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia núm. 7662/2000 de 27 septiembre (JUR\2000\309723). Fj. 2º.

contractual el tribunal fundamenta que «ni desde el punto de vista constitucional, ni legal se atisba a concretar objeción alguna a la misma, entendida como causa de extinción de la relación laboral, que no de otra cosa se discute y siempre que se den las condiciones de acceso a la pensión de Jubilación, como exige la sentencia 22/1981 del Tribunal Constitucional, debiéndose entender en definitiva como una causa del artículo 49.1.f) en relación con el apartado b) de dicho artículo (causas válidamente consignadas en el contrato)».

La sentencia que aborda la cuestión de forma más directa fue la STSJ de Castilla-La Mancha, de 15 junio de 2006⁴⁷, en la que se resuelve que no existe vulneración de derechos fundamentales en la obligación de un trabajador a extinguir el contrato de trabajo al alcanzar la edad de jubilación cuando válidamente se ha pactado en el contrato de trabajo, salvo que la misma constituya abuso de derecho manifiesto por parte del empresario, y no se vulnere los límites impuestos por las normas civiles y laborales. Es decir: no suponga la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos legalmente o en convenio colectivo (artículo 3.5 del ET); no exista vicio de consentimiento, por error, dolo o intimidación (artículo 1265 del C.C); el objeto sea lícito (artículo 3.1 c del ET); o suponga renuncia de derechos, cuando contraríe el interés u orden público o perjudique a terceros (artículo 6.2 del CC)⁴⁸.

En igual sentido, en la STSJ de 16 enero de 2007⁴⁹ respecto a la relación laboral de un director de un Parador Nacional, resuelve que la cláusula de jubilación forzosa pactada en el contrato de trabajo, no es nula, habida cuenta, que se ha efectuado por el trabajador en el libre ejercicio de su capacidad negocial «ex» artículo 1255 del Código Civil, salvo que por la parte cumplidamente se acredite, la existencia de vicios del consentimiento, interpretándose los artículos 1261, 1262, 1265 y 1266 del Código Civil, en el sentido de que los mismos constituyen una cuestión de hecho que debe probarse y que por tal motivo queda a la apreciación del Juez de la instancia, aunque el tribunal exige la vinculación a una política de empleo basada en una política de reparto o redistribución de trabajo.

⁴⁷ La STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1ª), 1009/2006 de 15 junio (AS\2006\3271), admitió la inclusión en el contrato de trabajo de una cláusula de extinción del mismo al alcanzar el trabajador la edad ordinaria de jubilación, precisamente dándose el caso tras la derogación en 2001 de la DA 10ª del ET y antes de su nueva inclusión en 2006.

⁴⁸ Véase en comentario de esta sentencia a Meléndez Morillo-Velarde, Lourdes. *Sobre la validez de la cláusula contractual de jubilación forzosa*. Aranzadi Social paraf. 74/2006 parte Presentación. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2006.

⁴⁹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), núm. 27/2007 de 16 enero (AS\2007\1700). Fj. único.

También en la STSJ de Andalucía de 10 noviembre de 2011⁵⁰, aunque en el marco de una relación laboral especial de alta dirección, se resuelve que la extinción del contrato libremente pactada por las partes y previamente indemnizada, cuando el actor llegue a la edad establecida por la normativa de seguridad social a la jubilación, especificada en el contrato de manera expresa a los 65 años, no constituye despido sino válida extinción del contrato de trabajo por voluntad de las partes.

Finalmente, en la STSJ de Madrid, de 3 octubre de 2012⁵¹, se resuelve que la cláusula de jubilación forzosa firmada por un directivo de Iberia en un anexo al contrato de trabajo se ha efectuado por el recurrente en el libre ejercicio de su capacidad negocial, no siendo un pacto contrario al interés u orden público, y sin que conste la existe de vicios del consentimiento, ni suponga la vulneración de ningún derecho irrenunciable.

La doctrina científica tampoco se ha pronunciado directamente respecto a la licitud de una cláusula en el contrato de trabajo que imponga la extinción del contrato al cumplir el trabajador la edad de jubilación ordinaria, aunque sin duda, seguro que puede generar ciertas dudas. La explicación a esta falta de pronunciamiento posiblemente se deba a que con la posibilidad de pactar estas cláusulas en los convenios colectivos hacía innecesario recurrir a su inclusión en el contrato de trabajo.

Tan sólo se puede encontrar referencias o análisis sobre la naturaleza de las cláusulas de jubilación forzosa referido a las contenidas en los convenios colectivos, las cuales inicialmente fueron consideradas como cláusulas válidamente consignadas en el contrato de trabajo por aplicación del convenio colectivo⁵², aunque se criticaba la ausencia de uno de los elementos necesarios como era la incertidumbre⁵³, aunque la doctrina judicial sólo ha exigido para su validez: «a) Que a tenor del ordenamiento jurídico no sea contraria a las leyes, a la moral, ni al orden público (artículo 1255 del Código Civil); b) Que no sea de imposible cumplimiento; y c) Que no constituya abuso manifiesto de derecho por parte del empresario»⁵⁴.

⁵⁰ STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2628/2011, de 10 noviembre (AS\2012\32). Fj. único.

⁵¹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), núm. 687/2012, de 3 octubre (JUR\2012\361313). Fj. 3º.

⁵² Bayón Chacón, Gaspar y Pérez Botija, E. *Manual de derecho del trabajo*. Madrid: Librería general de Victoriano Suárez, 1958-1959. 2a ed.

⁵³ Mella Méndez, Lourdes. *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*. Ed: Lex Nova, SA. Valladolid, 2002. p. 85; y Gil y Gil, José Luis. *La condición resolutoria en el contrato de trabajo*. Capital Humano, N° 254, Sección Relaciones Laborales, Mayo 2011, Editorial Wolters Kluwer España, p. 106.

⁵⁴ STS (Sala de lo Social), de 5 diciembre 1985 (RJ\1985\6059). Fj. 4º.

También podría considerarse que nos encontramos ante una condición a término final, si consideramos como conocido el momento concreto en que se producirá la extinción obligatoria del contrato de trabajo. Pero a ello hay que objetar que no siempre será así, ya que el trabajador deberá cumplir con el requisito de tener cumplido un período mínimo para poder tener derecho a la prestación de jubilación o a un porcentaje concreto, aunque podamos encontrar en la doctrina quien considere que ello no tiene la suficiente virtud para transformar la obligación, sometiéndola a condición resolutoria⁵⁵.

Finalmente, serían consideradas como mero desistimiento del empresario⁵⁶ o dispositivización de una materia voluntaria en la jubilación del trabajador⁵⁷.

En cualquier caso, el artículo 3.1 c) del Estatuto de los Trabajadores reconoce que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se pueden regular, entre otras, por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos.

Actualmente, pactar en contrato de trabajo la extinción del mismo al alcanzar el trabajador la edad de jubilación, parece ser posible, y no es contraria a ninguna norma convencional, ni a ninguna disposición legal, ya que el propio Estatuto de los Trabajadores contempla en el artículo 49.1.b) que el contrato de trabajo pueda extinguirse por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario⁵⁸.

Así el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de Febrero de 2010, reconoce «que este precepto legal transcrito permite que las partes del contrato de trabajo puedan pactar causas de resolución del contrato distintas a las previstas por la ley»⁵⁹

⁵⁵ Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. Ley 3/2012, jubilación forzosa y extinción del contrato: ¿un 'término' en un contrato indefinido? *Relaciones Laborales*, N° 4/2013, Sección Cuestiones prácticas, Abril 2013, Editorial La Ley. p. 110.

⁵⁶ Mella Méndez, Lourdes. *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. 1ª ed. Iustel, 2007. La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador: notas sobre su naturaleza jurídica, pp. 1331-1352. p. 1339; y Esteve Segarra, María A. op. cit., p. 133.

⁵⁷ Esteve Segarra, María A. op. cit., p. 106.

⁵⁸ Otro ejemplo lo encontramos en el artículo 13.g) del Real Decreto 1006/1995 en el que se determina que la relación laboral que une al deportista con un club o entidad deportiva quedará extinguida por las causas válidamente consignadas en el contrato. Sin embargo, hay que señalar que la extinción del contrato deportivo por causas válidamente consignadas en el mismo no da derecho a indemnización a favor de ninguna de las partes, salvo cuando existan pactos indemnizatorios expresamente establecidos por los afectados, o la terminación del contrato responda a una causa ilícita. Véase ampliamente en Roqueta Buj, R. *El trabajo de los deportistas profesionales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia: 1996. Pág. 337.

⁵⁹ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 3 febrero 2010 (RJ2010\1433) FJ. 2º.

En relación con esta posibilidad, y a pesar que como se ha comentado el Tribunal Supremo no ha tenido la ocasión de pronunciarse explícitamente sobre este cuestión, en la STS de 11 abril 2011⁶⁰ en relación a la aplicación de una cláusula de jubilación forzosa en el convenio colectivo, se recuerda, concretamente en relación a la edad avanzada, «que los factores de calidad en el trabajo, de capacidad física para garantizar el buen ejercicio profesional y de compensación financiera por el cese han sido precisamente valorados el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁶¹ como componentes a tener en cuenta en la interpretación del art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación», cuyo ámbito incluye su aplicación a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación, entre otras, a las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.

Por consiguiente, establecida, en principio, la posibilidad legal de extinguir el contrato por las causas válidamente consignadas en el contrato de trabajo, fruto de la concurrencia de voluntades, y por tanto, libre de vicios de consentimiento, queda por analizar, fundamentalmente, si existe renuncia de derechos reconocidos legalmente (artículo 3.5 del ET) o abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.

Respecto a la posible renuncia de derechos necesarios, el carácter voluntario de la jubilación del trabajador tiene carácter necesario, pero lo que aquí se analiza no es la jubilación obligatoria sino la extinción obligatoria del contrato pactada en el mismo. Por esta razón, en vista que se encuentra prevista en el artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, se puede concluir que no supone ninguna renuncia de derechos reconocidos cuando el trabajador voluntariamente acuerda con el empresario fijar una condición resolutoria en el contrato de trabajo.

Este mismo derecho en su otra vertiente se encuentra regulado en el artículo 21.4 del Estatuto de los Trabajadores respecto al pacto de permanencia en la empresa, mediante el cual el trabajador pacta con el empresario, bajo ciertas circunstancias y condiciones, la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. En todo caso, si el trabajador decide unilateralmente abandonar la empresa antes de plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

⁶⁰ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 11 abril 2011 (RJ 2011\3822).

⁶¹ Así, SSTJCE 1/2010, de 12/Enero (TJCE\2010\1), Asunto Petersen, referida a la jubilación forzosa de los Dentistas; la 2/2010, de 12/Enero (TJCE\2010\2), Asunto Colin Wolf, respecto de la edad máxima para acceder al cuerpo de Bomberos; y la 350/2010, de 18/Noviembre (TJCE\2010\350), Asunto Georgiev, sobre la misma cuestión en el supuesto de Catedráticos de Universidad.

Por tanto, nos encontramos ante el mismo derecho pero en sus dos vertientes, en cuyo caso el trabajador puede pactar tanto el compromiso de permanencia en la empresa como el de su salida cuando se cumpla la condición resolutoria pactada en el contrato de trabajo.

Respecto al abuso de derecho manifiesto por parte del empresario exige examinar si la condición resolutoria pactada resulta o no abusiva, pues el principio de la autonomía de la voluntad que el art. 49.1 b) ET cede necesariamente en estos casos cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad de una de las partes⁶².

Así, «una cláusula condicional potestativa que remite a la mera voluntad unilateral del empresario, sin expresión de causa, la decisión de dar por terminada la relación de trabajo no puede considerarse entre las consignadas válidamente en el contrato (...), ni siquiera con la contrapartida de una apreciable compensación económica»⁶³.

Por otra parte, creemos que si un trabajador pacta incluir esta cláusula en el contrato de trabajo debe existir una contraprestación, en caso contrario puede sospecharse que se acepta tal inclusión debido a la necesidad de ser empleado, más aun en circunstancias como las actuales en la que las tasas de superan el 25%⁶⁴. Lo cual lleva a plantearse que ningún trabajador acordaría libre y voluntariamente la inclusión de una cláusula de jubilación forzosa en el contrato de trabajo si no existe una contraprestación a cambio.

Es por ello que para apreciarse que no existe abuso de derecho debería exigirse que siempre este pacto fuera acompañado de una contraprestación, bien en forma de complemento retributivo durante la vigencia del contrato o en forma de indemnización a su extinción, y por supuesto, que el trabajador cumpla con los requisitos para tener derecho a la pensión. Por esta razón, si no existiera compensación alguna en forma de indemnización, premio de jubilación o complemento salarial, dicha cláusula presumiblemente sería un abuso de derecho por parte del empresario.

Valoración distinta merecería si la única contraprestación fuera la vinculación a una política de empleo, la cual directamente no compensa al trabajador, por lo que su no inclusión no implica que la cláusula sea abusiva, por esta única razón.

En todo caso, como ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁵, del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 se desprende que

⁶² STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 3 febrero 2010 (RJ2010\1433). FJ. 2º.

⁶³ STS (Sala de lo Social), de 25 octubre 1989 (RJ1989\7437). Fj. 6º.

⁶⁴ Datos de la Encuesta de Población Activa (EPA). Tercer trimestre de 2012. http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t22/e308_mnu&file=inebase&L=0

⁶⁵ STJCE (Sala Tercera). Caso The Queen y otros contra Secretary of Stete for Business. (TJCE 2009\47).

los objetivos que pueden considerarse «legítimos» como son los objetivos de política social, los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional, por su interés general, se distinguen de los motivos puramente individuales, propios de la situación del empleador, como la reducción de costes o la mejora de la competitividad, sin que, pese a ello, pueda excluirse que una norma nacional reconozca a los empleadores, para la consecución de dichos objetivos legítimos, un cierto grado de flexibilidad. De lo cual se deduce que por su interés general la vinculación de esta medida a las políticas de empleo compete a los agentes sociales y el medio adecuado es la negociación colectiva, precisamente el instrumento al que la reciente modificación de la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores ha prohibido dicho pacto, aunque la vinculación de la cláusula contractual de extinción del contrato de trabajo a una política de empleo reforzaría su legitimación.

Si se acepta la posibilidad de pactar en el contrato de trabajo la extinción obligatoria del contrato por edad, la condición resolutoria debe mencionarse expresamente en el contrato de trabajo y debe ser posible y lícita, esto es, ajustada a las leyes y a las costumbres. Por lo que la imposibilidad o ilicitud de la misma determinarán que se tenga por no puesta (artículo 9.1 del ET).

Por otro parte, cuando acaezca la condición resolutoria, es necesario que sea denunciada por una de las partes, pues la mera existencia de ésta no extingue «per se» la relación laboral. Por tanto, el mero cumplimiento de una determinada edad por parte del trabajador no extingue el contrato de trabajo, sino que es una causa habilitante.

Finalmente, otra posibilidad que tienen las empresas con la nueva situación es incrementar las ofertas de bajas voluntarias incentivadas o en los despidos colectivos incentivar el acogimiento voluntario de los trabajadores de mayor edad, sin perjuicio en este último caso, de la obligación de las empresas que realicen despidos colectivos, y que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, de efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente (art. 50.11 del ET)⁶⁶, lo cual dificulta esta opción, reduciéndose cada vez más las posibles alternativas.

⁶⁶ Esta obligación fue puesta en marcha por la DA 16ª Ley 27/2011, que fue reformada por RD-Ley 3/2012, posteriormente por Ley 3/2012 (DF 4ª), que rebajó a 100 el número de trabajadores empleados en la empresa o grupos de empresas y que declara su aplicación a los procedimientos de despido colectivo iniciados a partir de 27 de abril de 2011, aunque al mismo tiempo se matiza que las empresa que hubieran realizado despidos autorizados por la autoridad laboral antes del 12 de febrero de 2012 únicamente deberán efectuar aportaciones económicas cuando las resoluciones administrativas afecten a 100 trabajadores (DT 12ª Ley 3/2012) y finalmente por RD-Ley 5/2013, de 15 marzo (art. 10) con el objetivo exigir la aportación económica exclusivamente a las empresas que utilicen la edad como criterio preferente de selección de trabajadores,

4.3.3. *La posibilidad de establecer cláusulas de jubilación forzosa en un convenio colectivo extraestatutario*

Respeto a la posibilidad de establecer cláusulas de jubilación forzosa, en un pacto extraestatutario, éste no puede contradecir las cláusulas del convenio colectivo de eficacia general, en perjuicio de los trabajadores⁶⁷. Aunque desde la introducción del nuevo redactado de la Disposición adicional 10ª al Estatuto de los Trabajadores por la Ley 14/2005, de 1 de julio, ésta se refiere a los «convenios colectivos», en lugar de a la «negociación colectiva», como sucedía en la anterior redacción, lo que pone de relieve, según la doctrina judicial⁶⁸, un claro propósito del legislador de restringir la posibilidad de inclusión de estas cláusulas a los convenios colectivos regulados en el Estatuto de los Trabajadores, que son los únicos que garantizan tanto la representatividad de los sujetos negociadores que acuerdan una medida de tanta trascendencia, como la eficacia general y normativa de la cláusula que limita el derecho individual al trabajo, lo que entraña una prohibición implícita de pactarla en acuerdos extraestatutarios, aunque tras la Ley 3/2012, devienen, en todo caso, nulas y sin efectos las cláusulas de cualquier convenio colectivo que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación, incluidos los extraestatutarios.

5. ALGUNAS CUESTIONES FINALES EN RELACIÓN A LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA DECIMOQUINTA DE LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO

Finalmente, respecto a la DT 15ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio, por la que se establece el régimen transitorio de aplicación de lo establecido en la disposición adicional décima del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por esta ley, ésta se aplicará a los convenios colectivos que se suscriban a partir de la entrada en vigor de esta ley. Para los suscritos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta ley se prevé dos reglas:

cuyo porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa.

⁶⁷ STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), Sentencia núm. 571/2007 de 13 febrero (AS 2007\1586)

⁶⁸ STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social), 2086/2005 de 13 septiembre (AS 2005\3404). Fj. 3º.

1º Cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se produzca después de la fecha de entrada en vigor de esta ley, la aplicación se producirá a partir de la fecha de la citada finalización; y

2º Cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se hubiera producido antes de la fecha de entrada en vigor de esta ley, la aplicación se producirá a partir de esta última fecha.

Parece clara la regla para los convenios colectivos suscritos con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta ley, pero para los suscritos con anterioridad a la misma, cabe preguntarse qué debe entenderse por «finalización de la vigencia inicial pactada».

Existen discrepancias en entender si se refiere a la vigencia del convenio pactada originariamente o si es posible entender también el final de la prórroga o del período de ultraactividad.

En nuestra opinión, si atendemos a una interpretación gramatical de este precepto, cabe decir que «la vigencia inicial pactada» se refiere a la acordada en el convenio colectivo, en ejercicio de la libertad de las partes (art. 86.1 del ET) como uno de los requisitos mínimos del mismo (art. 85.3 b) del ET).

En tal sentido, queda fuera de esta vigencia inicialmente pactada, la prórroga automática tras la finalización de este período de vigencia si no ha mediado denuncia expresa (art. 86.2 del ET) y el período de ultraactividad del convenio colectivo⁶⁹ tras la denuncia (art. 86.3 del ET).

También en una interpretación lógica del mismo parece ser el espíritu de la ley el no extender este período transitorio creándose una incierta y prolongada vigencia del convenio colectivo prorrogado a causa del bloqueo negocial de las partes, fruto de la inactividad de éstas al no denunciarlo, provocado un uso cuasi patológico de la ultraactividad de los convenios colectivos⁷⁰.

Finalmente, también cabe la posibilidad de pactar vigencias distintas para cada materia, y en este caso, sobre las cláusulas de jubilación forzosa pactadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, cuyo período de vigencia sea inferior al del resto del convenio colectivo. Igualmente, en este caso, entendemos que devendrán nulas al finalizar la vigencia inicialmente pactada para éstas, aunque el resto del convenio colectivo siga vigente.

6. CONCLUSIONES

1. Es paradójico que el incremento de la esperanza de vida, y más aún, la

⁶⁹ Cruz Villalón, Jesús. Op. cit., p. 133.

⁷⁰ Cruz Villalón, Jesús. *Relaciones Laborales*, Nº 23-24, Sección Monografías, Año 27, pág. 365, tomo 2, Editorial La Ley, p. 253

mejora de la salud de la población de mayor edad sea señalada por el gobierno, la UE y la OCDE como única causa de los problemas de sostenibilidad de las pensiones –cuando debiera tenerse en cuenta también el descenso de la tasa de ocupación, la escasa tasa de natalidad, el saldo migratorio o la productividad⁷¹– o incluso como causa principal del desempleo de los más jóvenes, cuando el nivel formativo o la experiencia profesional juegan un papel determinante⁷².

Las pensiones de jubilación se han incrementado en los últimos años en igual proporción que el resto de pensiones. De igual modo se ha incrementado el coste total de las pensiones, aunque el peso relativo de las de jubilación lo ha hecho menos de un 1%⁷³.

Por tanto, a pesar que es indudable que el incremento en el coste de las pensiones supone un problema económico, y que el coste de las pensiones de jubilación representan un 67% del total de pensiones, no es menos cierto que esta situación se agrava cuando la tasa de ocupación, y con ellas la de los cotizantes a la Seguridad Social, descienden significativamente, como es en la actual situación de crisis económica.

Esta situación puede recordar a la vivida a finales del siglo XVIII, en la que el importante crecimiento de la población vivida en esa época motivó el surgimiento de la teoría Malthusiana⁷⁴ en la que se predecía que no podría aumentarse suficientemente la producción de alimentos como para abastecer a la población en aumento, lo cual produciría hambruna. Lo que no predijo este economista clásico, que dio nombre a la teoría, fue la revolución agrícola, primero, y la revolución industrial, después, las cuales permitirían un crecimiento sin igual hasta ese momento de la productividad y de las condiciones

⁷¹ Las causas del problema de sostenibilidad financiera de las pensiones de jubilación según el estudio del BBVA sobre el impacto sobre el gasto de la reforma de las pensiones: una primera estimación (2011), no sólo es el incremento de la esperanza de vida, sino que ha de añadirse como causas, el descenso de la tasa de ocupación, la escasa tasa de natalidad, el saldo migratorio y la productividad.

⁷² Las causas del desempleo de los jóvenes según el estudio del BBVA sobre Desempleo juvenil en España: causas y soluciones (2011), es fundamentalmente el nivel de educación y la falta de experiencia profesional.

⁷³ Fuente: Ministerio de empleo y Seguridad Social. 14/10/2012.

<http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>.

⁷⁴ Catástrofe malthusiana se refiere a las consecuencias previstas por la teoría demográfica de Thomas Malthus, en esta teoría se preveía un aumento en progresión geométrica o exponencial en la población junto con un aumento en progresión aritmética en la producción agrícola de alimentos que causaría una situación de pauperización y economía de subsistencia que podría desembocar en una extinción de la especie humana y que Malthus pronosticó para el año 1880. Aunque Karl Marx, en una nota de El Capital, expone una de las primeras críticas de la teoría malthusiana, postulando que el progreso en la ciencia y la tecnología permiten el crecimiento exponencial de la población por tiempo indefinido.

que permitirían un espectacular y sostenible aumento de la población mundial, aunque no sin evidentes desigualdades sociales.

Ahora también podemos encontrarnos en una situación similar de tremendismo ideológico en el que parece que el incremento de la esperanza de vida se antoja un problema para las futuras generaciones, las cuales deberán soportar el coste de una población pasiva cada vez mayor. Pero ahora tampoco se nos ocurre pensar que la generación de posibles condiciones que favorezcan la productividad y que permitan aumentar la población ocupada sería clave para que el signo de las predicciones se invirtiera.

Así la derogación de la Disposición 10ª del estatuto de los Trabajadores en 2001 y la posterior declaración de nulidad de las cláusulas de jubilación forzosa en 2012 parece que ha sido operada por el gobierno, más en la lógica de una política liberal de mínimo intervencionismo en las relaciones laborales que en base a reales evidencias que con ella se alcance efectivamente algún objetivo prefijado, –más si se tiene en cuenta que en 2011 el 39% de las nuevas jubilaciones eran anticipadas⁷⁵– o incluso en defensa de los intereses empresariales, los cuales posiblemente se ven más satisfechos con la existencia de esta institución jurídica, como así se demuestra su amplia inclusión en la negociación colectiva, y mucho menos parece tener por objetivo último la defensa de los derechos individuales de los trabajadores.

Las más optimistas previsiones prevén que la reciente reforma de la jubilación reducirá el coste de las pensiones en 2,87 puntos del PIB⁷⁶, –aunque de otros estudios se estima que no se reducirá más del 50% del incremento del coste⁷⁷–, lo que de otro modo puede verse que un incremento igual del PIB, vía incremento de la productividad o aumento de la tasa de empleo, tendría un efecto positivo mucho mayor, ya que no sólo tendría mayores efectos económicos sino también beneficios sociales.

Así pues, en la actual situación de crisis económica y de imperiosa necesidad de reducir el gasto público, el gobierno ha pensado en sustituir un instrumento de política de empleo basada en el reparto del trabajo, como era la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, por una política económica que tiene como objeto reducir el coste en las pensiones de jubila-

⁷⁵ Fuente: Anuario del Ministerio de empleo y Seguridad Social. 14/10/2012. <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>

⁷⁶ Conde-Ruiz, J. Ignacio y I. González, Clara. Reforma de pensiones 2011 en España: una primera valoración. *Colección Estudios Económicos*. FEDEA - Fundación de Estudios de Economía Aplicada, Enero 2012. ISSN 1988-785X. www.fedea.es. p. 26.

⁷⁷ Véase a Zubiri Oria, Ignacio. Reforma y sostenibilidad del sistema de pensiones: una valoración crítica. *Economía española y Protección Social*, ISSN 1889-5956, N.º. 4, 2012, pág. 59-105. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4014972>

ción, facilitando la prolongación de la vida activa del trabajador a través de la nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que establecían la extinción de los contratos de trabajo por edad, en vez de adoptar políticas de crecimiento que favorezca la creación de empleo, lo cual tendría efectos superiores tanto en el crecimiento del PIB, como en el número de ocupados y cotizantes a la Seguridad Social, pero que hay que reconocer son de más difíciles de lograr, por lo que se acaba optando por lo más sencillo a corto plazo.

2. Respecto a la vinculación de la jubilación forzosa a la política de empleo, ésta supone una política de redistribución de trabajo, y como tal implica la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo.

No cabe duda que individualmente cualquier trabajador prefiere contar con el derecho a elegir libremente el momento de su jubilación, al igual que al empresario le interesa por el contrario poder contar con un instrumento que le permita extinguir el contrato de trabajo al alcanzar el trabajador la edad ordinaria de jubilación. Pero al Estado le corresponde fomentar políticas que faciliten el empleo a todos aquellos que queriendo trabajar no encuentran empleo.

Por esta razón el Tribunal Constitucional entendió que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo era constitucional siempre que con ella se garantice una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podía suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo y que para establecer una cláusula válida de jubilación forzosa en los convenios colectivos debía necesariamente vincularse la medida a una política de empleo, explicitada en éste.

En el mismo sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁸ señala, que la prohibición de toda discriminación por razón de edad no impide que existan cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos; que la normativa comunitaria es compatible con cláusulas de jubilación forzosa referidas al trabajador que alcance el límite de edad previsto y que cumpla con las demás condiciones en materia de Seguridad Social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva; y que la validez de tales cláusulas posee un doble condicionante: que estén justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo; que los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto. Aunque la concreción de tal autorización mediante un convenio colectivo no queda en sí misma exenta de todo control judicial⁷⁹.

⁷⁸ STJCE (Gran Sala), de 16 octubre 2007. Caso Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios, S.A. (TJCE 2007\272).

⁷⁹ STJCE, de 12 octubre 2010. Caso Rosenblatt. (TJCE 2010\297).

El mismo Tribunal reconoce la importancia de la participación de los trabajadores de más edad en la vida profesional y, por ende, en la vida económica, cultural y social, y el mantenimiento en activo de estas personas que favorece la diversidad en el empleo, y que es un objetivo reconocido en la Directiva 2000/78. Lo cual contribuye asimismo al desarrollo personal y a la calidad de vida de los trabajadores afectados, conforme a las pretensiones del legislador de la Unión. No obstante, añade el Tribunal, el interés que representa el mantenimiento en activo de dichas personas debe tomarse en consideración respetando otros intereses que puedan ser divergentes, como es la de reparto del trabajo entre las generaciones y la inserción profesional de los jóvenes trabajadores⁸⁰.

Por ello, se puede considerar que con la modificación de la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, se está eliminando uno de los instrumentos más importantes de política de reparto de empleo, priorizándose las políticas económicas por encima de las políticas de mercado de trabajo.

3. Respecto a si la declaración de nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos del nuevo redactado de la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, y por tanto la prohibición que ello supone que las partes negociadoras puedan pactar libremente dichas cláusulas, puede atentar contra el derecho constitucional a la negociación colectiva, que se materializa en una de las manifestaciones esenciales de la libertad por parte de los negociadores a decidir las materias respecto de las que negocian⁸¹, se debe concluir que no se produce tal agresión, puesto que en el propio Estatuto de los Trabajadores se encuentran limitaciones a esa libertad cuando se establecen unas materias que necesariamente deben negociarse como contenido mínimo de los convenios colectivos o se excluye de la negociación algunas materias en algún ámbito determinado. Es por ello que aunque el artículo 37.1 de la Constitución Española establece que la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral, no establece impedimento alguno a su regulación, siempre que ésta no la vacíe de contenido.

4. En el ámbito de las administraciones públicas, es necesario que pronto se regule legalmente la jubilación forzosa del personal laboral en el artículo 67 de la Ley 7/2007, de 12 de abril o en otra ley, si ya no es posible hacerlo en convenio colectivo. Ahora bien, ello exigirá el cumplimiento de los requisitos establecidos en la doctrina del Tribunal Constitucional, al amparo del funcionamiento de los servicios públicos. En la misma línea, es imprescindible modificar el vigente artículo 51 del Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio respecto

⁸⁰ STJCE, de 21 julio 2011. Caso Fuchs. (2011\227).

⁸¹ Cruz Villalón, Jesús. Op. cit., p. 132.

al personal civil no funcionario al servicio de las Fuerzas Armadas y los Establecimientos dependientes.

5. La nueva redacción de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores va a obligar a las empresas o a la propia administración pública a buscar soluciones a los problemas que pueden surgir de la imposibilidad de recurrir a las cláusulas de extinción obligatoria para gestionar las plantillas de trabajadores; es por ello que las posibles soluciones, como pactar en el contrato de trabajo la extinción de éste al alcanzar el trabajador la edad de jubilación, las bajas incentivadas, la extinción por causas objetivas, si se da el caso, o que el legislativo establezca legalmente la jubilación forzosa, encuentran como alternativa mucho más satisfactoria precisamente el poder pactarse estas cláusulas en los convenios colectivos como así sucedía hasta la Ley 3/2012, de 6 de julio, en donde las partes tienen un mayor equilibrio en la defensa de sus intereses, pero que la nueva situación puede ocasionar que se exploren estas otras alternativas menos deseables propias de las tendencias liberales en las relaciones laborales.

6. Respecto al problema de la sostenibilidad del sistema público de la Seguridad Social, posiblemente una de las soluciones sea, por un lado, aumentar progresivamente la edad de jubilación hasta los 70 años en consonancia con el aumento de la esperanza de vida, reduciendo esta edad en algunas profesiones que así lo justifiquen e incluso posibilitando que los trabajadores una vez alcanzado los 65 años puedan someterse a una evaluación que determine si existe causa relacionada con la edad que les hagan no aptos para el trabajo y puedan así jubilarse antes de los 70 años.

En todo caso se debe garantizar unas pensiones suficientes, lo que se traduce en aumentar las pensiones mínimas, compensándose con la eliminación del límite máximo de cotización y exigiendo que los trabajadores autónomos coticen en relación a los rendimientos declarados en el IRPF del año anterior.

Aunque la sostenibilidad de las pensiones depende directamente del crecimiento económico, el cual favorezca el incremento de la población ocupada y con ello del número de cotizantes a la Seguridad Social. Como apunta Brunet Cid⁸², la competitividad de una economía no sólo depende de su eficacia y productividad, sino también de la calidad de la regulación legal.

7. En conclusión, por todo lo argumentado y con el fin de evitar soluciones que generen mayores problemas, se debería volver a permitir negociar en los convenios colectivos cláusulas de extinción del contrato al alcanzar el traba-

⁸² Brunet Cid, Ferran. Calidad de la regulación y competitividad en los países euromediterráneos. *Información Comercial Española (ICE): Revista de economía*, número 861, 2011 (Ejemplar dedicado a: Economía y competitividad en el área euromediterránea). Págs. 109-128.

jador la edad de jubilación cuando este cumpla con los requisitos para tener acceso a la misma o incluso exigiendo que tenga derecho a un porcentaje mínimo; a la vez que se acompañe con incentivos para que la misma empresa u otra pueda contratar a este mismo trabajador con un nuevo contrato de duración determinada para trabajadores con edades superiores a la de jubilación ordinaria, cuyo salario –si este no supera al salario mínimo interprofesional– sea compatible 100% con la pensión de jubilación y cotice a la Seguridad Social mediante una cuota fija de solidaridad. Aunque si la edad de jubilación se aumenta progresivamente en un futuro hasta los 70 años, probablemente, tanto las cláusulas de jubilación forzosa o extinción obligatoria, como el número de trabajadores que podrán y estarán dispuestos a seguir trabajando será del todo testimonial, a no ser que las tasas de sustitución entre los salarios y las pensiones sean tan bajas que a los trabajadores no les quede más remedio que seguir trabajando mientras puedan, como así sucede en países como México, Corea o Japón⁸³.

⁸³ Los países en los que los trabajadores se jubilan a mayor edad son: México (71,5 años los hombres y 70,1 años las mujeres), Corea (71,4 años los hombres y 69,9 años las mujeres), Japón (69,3 años los hombres y 66,7 años las mujeres); coincidiendo con los países en los que la tasa de sustitución de las pensiones de jubilación representa un porcentaje menor con el último salario recibido, con algunas excepciones como Islandia en la que supera el 100%. Así la tasa de sustitución neta para los hombres para 2011 en México es del 46,9%, en Corea del 51,8%, y en Japón del 41,4%. Fuente: Indicadores Pensiones de la OCDE. <http://www.oecd.org/els/public-pensions/oecd-pensions-indicators.htm>.

Mercado de Trabajo

LA INCIDENCIA DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LA PERSISTENTE DESIGUALDAD DE GÉNERO EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL, Y EN PARTICULAR EN LA ESTRUCTURA SALARIAL

M^a ÁNGELS CABASÉS PIQUÉ

*Profesora titular de Economía Aplicada
Universidad de Lleida*

JOAN RIDAO MARTÍN

*Profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional y Ciencia Política
Universidad de Barcelona y ESADE-Universidad Ramon Llul*

EXTRACTO

Palabras Clave: Crisis económica, desigualdad de género, mercado de trabajo español, estructura salarial

Con objeto de poner de manifiesto el impacto desigual de la crisis económica en el mercado de trabajo español, especialmente en la estructura salarial, el presente estudio examina la evolución de las principales magnitudes del mismo en el periodo 2000-2012 desde la perspectiva de género. A pesar del crecimiento económico de los diez años anteriores a la crisis (1997-2007), que favoreció una mejora del empleo femenino, debido principalmente a la expansión del sector terciario y del sector público (pasando de una tasa de paro del 20,4% en 2000 al 10,8% en 2007) y a las numerosas acciones políticas y legislativas que representan una explícita interdicción frente al mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas, no se han resuelto todavía para dicho colectivo las denominadas desigualdades verticales (concentración de las mujeres en categorías profesionales más bajas), horizontales (ocupaciones tradicionalmente femeninas) y salariales (y las bases de cotización inferiores que llevan aparejadas).

ABSTRACT

Key Words: Economic crisis, gender inequality, Spanish labour market, wage structure

In order to highlight the uneven impact of the economic crisis on the Spanish labour market Spanish, especially in the wage structure, this study examines the evolution of the main figures in the period 2000-2012 from the gender perspective. Despite economic growth in the ten years prior to the crisis (1997-2007), which favoured an improvement of women's employment, mainly due to the expansion of the tertiary sector and the public sector (from a rate of unemployment of the 20.4 in 2000 to 10.8 in 2007) and to numerous political and legislative actions that represent an explicit ban against the maintenance of certain differentiations historically very entrenched, unsolved still for such collective called inequalities vertical (concentration of women in lower occupational categories), horizontal (traditionally female occupations) and salary (and the lower contribution bases associated with carrying).

ÍNDICE

1. EVOLUCIÓN DEL MERCADO LABORAL ESPAÑOL (2000-2012)
 - 1.1. Comportamiento de las principales magnitudes
 - 1.2. Perceptores de salarios, pensiones y prestaciones de desempleo
2. ESTRUCTURA SALARIAL POR GÉNERO
 - 2.1. Evolución del salario medio
 - 2.2. Análisis de la desigualdad salarial intragrupos
 - 2.3. Brecha salarial o gender pay gap (GPG)
3. CONCLUSIONES
4. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

1. EVOLUCIÓN DEL MERCADO LABORAL ESPAÑOL (2000-2012)

Tras un largo e intenso ciclo de 12 años de expansión económica, con un ritmo medio de crecimiento del 3,8% anual, la economía española inició una fase de desaceleración a partir del segundo semestre de 2007, que alcanzó la recesión y se intensificó más de lo previsto, debido a la fuerte caída del sector de la construcción y a la persistencia de las restricciones de liquidez del sistema financiero, generando elevadas tasas de desempleo y de empleo precario. Actualmente, el nivel de desempleo supera las mayores cotas de principios de los años 90 del siglo pasado (se llegó a valores cercanos al 22%) y las consecuencias sociales no dejan de ser preocupantes toda vez que el número de familias con todos sus miembros en paro crece rápidamente (al finalizar el año 2012 el porcentaje de hogares españoles con todos los activos parados era del 14,2%, mientras que a finales de 2007 era del 3,6%).

Ciertamente, los ciclos de recesión económica inciden muy negativamente sobre el mercado laboral español¹ (como se observa en los años 1981-1995 y 1996-2012, últimos periodos de expansión y recesión padecidos), principalmente por la falta de mecanismos de ajuste a las condiciones económicas adversas: una estructura económica con preponderancia de sectores de baja productividad, dualidad en la contratación, rigidez en la negociación colectiva, bajo nivel de formación de un elevado porcentaje de trabajadores y políticas activas poco centradas en la adaptación individual del trabajador, entre otras causas². Sin embargo, y ello es lo relevante, la actual crisis ha impactado en mayor medida que en anteriores crisis sobre el mercado laboral, y muy especialmente sobre colectivos que tradicionalmente han presentado mayores desigualdades como las mujeres, los inmigrantes y los jóvenes³.

¹ OECD, Economic Surveys: Spain, (2010).

² Merino, A; Aguado, T. y otros, Proyecto de investigación FIPROS 2008.

³ Gradin y Del Rio, 2013: 181-186.

A continuación para determinar su alcance, se analiza la evolución de las magnitudes más significativas del mercado laboral en función del género⁴, y como se observará en el año 2008 se identifica un cambio estructural en sus parámetros. Precisamente la persistencia de tales desigualdades requiere la aplicación de medidas de acción positivas, como las que detalla la Comisión Europea en el documento «Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015)⁵».

1.1. Comportamiento de las principales magnitudes

En España, a lo largo del periodo 2000-2012, la población mayor de 16 años se ha visto incrementada en 4.084.400 ciudadanos (el 49,5% varones y el 50,5% mujeres), principalmente por el fenómeno inmigratorio que alcanzó un 86,9%, del cual un 52,5% eran mujeres. No obstante, si se consideran los cinco años de crisis (2008-2012), el saldo ha sido distinto según el género: ha experimentado un aumento de 226.600 mujeres (el 62,9% de nacionalidad española), y una reducción de 66.300 hombres (también de nacionalidad española). En concreto, como puede observarse en la tabla 1 (T. 1), las tasas de variación interanual de la población total muestran una tendencia creciente hasta 2007 (con un crecimiento medio superior al 20% anual) en ambos grupos; por el contrario, a partir de 2009 decrecieron para el colectivo masculino, y a partir de 2012 para el femenino, especialmente por la reducción de la población extranjera.

⁴ Con los datos facilitados por el INE con «la Encuesta de estructura salarial» y la «Encuesta de Población Activa».

⁵ COM (2010) 491.

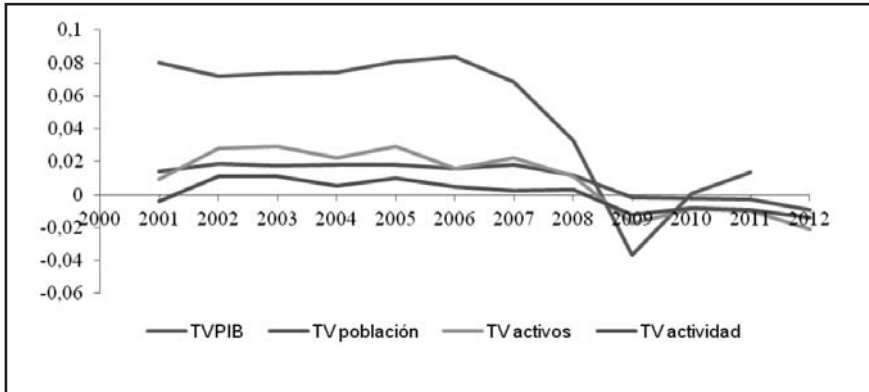
T. 1: Tasas de variación interanual de la población de 16 y más años y población activa por nacionalidad y sexo (2000-2012)

Población de 16 y más años			Población activa					
Año	Varones	Mujeres	Española	Extranjera	Total	Española	Extranjera	Total
2000	—	—	—	—	—	—	—	—
2001	1,4%	1,2%	-0,5%	41,1%	0,9%	-2,4%	42,6%	-0,6%
2002	1,9%	1,7%	1,0%	38,2%	2,8%	3,8%	50,5%	6,0%
2003	1,8%	1,5%	0,7%	35,8%	2,9%	3,7%	31,5%	5,7%
2004	1,8%	1,5%	0,6%	20,2%	2,2%	2,3%	27,2%	4,6%
2005	1,8%	1,4%	1,7%	14,6%	3,0%	2,0%	20,8%	4,1%
2006	1,6%	1,3%	-0,9%	21,9%	1,6%	2,4%	20,2%	4,9%
2007	1,8%	1,6%	1,1%	9,3%	2,2%	1,5%	14,1%	3,4%
2008	1,2%	1,1%	-0,7%	12,4%	1,1%	4,2%	9,9%	5,3%
2009	-0,1%	0,3%	-1,7%	-1,9%	-1,7%	1,0%	-0,2%	1,0%
2010	-0,2%	0,1%	-0,4%	-3,5%	-0,9%	1,5%	3,0%	2,1%
2011	-0,3%	0,0%	-0,7%	-2,5%	-1,0%	1,1%	-2,1%	0,8%
2012	-0,9%	-0,2%	-1,2%	-7,0%	-2,1%	1,2%	-2,6%	0,8%

Fuente: EPA y elaboración propia

La población activa total se incrementó hasta el año 2008, y a partir de entonces la masculina se redujo en 573.400 hombres (el 88,9% de nacionalidad española) y la femenina se incrementó en 853.500 mujeres (el 13,3% de nacionalidad extranjera). Como se observa en la tabla 1 (T. 1), las tasas de variación de los hombres han sido negativas y las de las mujeres positivas, aunque menores, y en general, el ritmo de decrecimiento de la población activa ha sido más intenso entre el colectivo de los extranjeros. En concreto, el 8,3% de las mujeres en situación activa presentes en el mercado laboral a finales de 2012 se han incorporado en el periodo de crisis (con 113.300 mujeres de origen extranjero), mientras que en el mismo intervalo de tiempo, los hombres han perdido un 4,7% de activos (de los cuales 63.700 de nacionalidad extranjera). En consecuencia, si en 2008 la diferencia entre las tasas de actividad de ambos grupos era de 19 puntos p.p. a favor de los varones, en el año 2012 se redujo hasta 13,1 p.p. Así pues, cuando el crecimiento de la población ha sido superior al de la población activa, la tasa de actividad ha disminuido, como ha acontecido para el colectivo masculino. Según el gráfico 1 (G. 1), a partir de 2008 las tasas de actividad fueron negativas, coincidiendo con los datos más adversos del PIB en el periodo considerado.

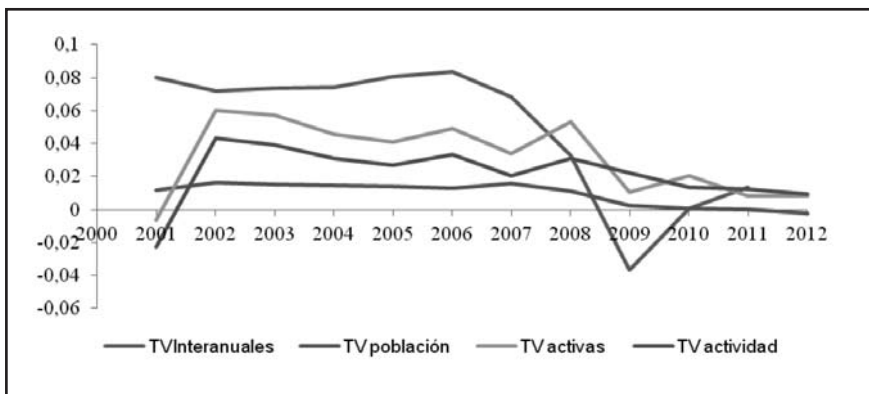
G. 1: Evolución de las tasas de variación de la población masculina y del PIB (2000-2012)



Fuente: EPA y elaboración propia

En cambio, para el colectivo femenino, como muestra el gráfico 2 (G. 2), las tasas de actividad han sido positivas con el inicio de la crisis y han mantenido a partir de 2008 su tendencia al alza, si bien con menor intensidad, puesto que las tasas de variación de la población han superado las correspondientes a la población activa.

G. 2: Evolución de las tasas de variación de la población femenina y del PIB (2000-2012)



Fuente: EPA y elaboración propia

Por un lado, han alcanzado mayores tasas de actividad los colectivos que presentan un mayor nivel de educación, con valores superiores al 80%. Y por otro, se observa que la diferencia de tasas de actividad entre hombres y mujeres se reduce a medida que se obtiene mayor calificación, e incluso, en el nivel de doctorado, las tasas femeninas superan las masculinas, según la tabla 2 (T. 2). Las diferencias medias entre las tasas de ambos grupos se han reducido en el periodo de crisis.

T. 2: Diferencias entre tasas de actividad masculina y femenina por nivel de formación, en porcentaje (2000-2011)

Año	Analfabetos	Educación primaria	Educación secundaria y FP primera etapa	Educación secundaria segunda etapa y FP	Formación e inserción laboral de segunda etapa	Educación superior	Doctorado
2000	13,1	29,1	29,9	16,4	10,6	4,3	-5,0
2001	12,4	28,6	31,3	18,5	9,0	5,5	-8,5
2002	12,4	27,9	30,5	17,0	9,6	3,5	-4,9
2003	13,4	27,4	28,7	16,7	11,7	3,6	-4,4
2004	16,8	26,4	28,0	14,5	5,6	4,3	-1,9
2005	15,2	25,5	27,7	15,8	6,2	5,6	-5,6
2006	11,3	23,8	26,3	14,5	11,4	4,1	-8,4
2007	15,4	23,0	25,6	13,3	34,2	5,0	-9,1
2008	14,3	21,7	22,4	12,6	17,0	3,4	-5,0
2009	12,3	21,0	20,8	10,2	27,1	2,7	-6,9
2010	14,9	18,6	19,9	10,3	1,1	1,1	-7,0
2011	12,9	17,8	18,8	9,1	5,3	1,9	-0,8
2012	13,4	15,6	17,2	9,2	-8,2	-0,6	-3,3
<i>Diferencia media 2000-2007</i>	<i>13,7</i>	<i>26,4</i>	<i>28,5</i>	<i>15,8</i>	<i>12,3</i>	<i>4,5</i>	<i>-6,0</i>
<i>Diferencia media 2008-2012</i>	<i>13,5</i>	<i>18,9</i>	<i>19,8</i>	<i>10,3</i>	<i>8,5</i>	<i>1,7</i>	<i>-4,6</i>

Fuente: EPA y elaboración propia

La evolución de la población ocupada también muestra un comportamiento diferenciado por género, según se observa en la tabla 3 (T. 3), la tendencia es decreciente en el colectivo masculino a partir de 2008 y para el femenino un año más tarde. La pérdida de empleo es más intensa entre los varones que entre las mujeres (2.555.000 ocupados menos, de los cuales un 75% poseen estudios primarios, frente a 518.000 ocupadas menos) y más profunda en ambos grupos entre los menores de 35 años. El menor impacto sobre la ocupación femenina se debe principalmente al incremento de ocupadas mayores de 35 años, mayoritariamente con estudios superiores (426.000 mujeres).

T. 3: Evolución de la población ocupada per género y edad, en miles (2000-2012)

Año	Varones			Mujeres		
	Menores de 35 años	Mayores de 35 años	Total	Menores de 35 años	Mayores de 35 años	Total
2000	3.963	6.000	9.963	2.675	3.145	5.819
2001	4.045	6.106	10.151	2.760	3.236	5.996
2002	4.093	6.272	10.365	2.835	3.431	6.265
2003	4.169	6.484	10.653	2.956	3.687	6.643
2004	4.264	6.670	10.934	3.086	3.951	7.037
2005	4.432	6.957	11.389	3.282	4.303	7.584
2006	4.521	7.222	11.743	3.399	4.606	8.005
2007	4.571	7.417	11.987	3.467	4.902	8.369
2008	4.270	7.450	11.721	3.422	5.115	8.537
2009	3.590	7.057	10.647	3.071	5.171	8.241
2010	3.285	7.005	10.290	2.892	5.275	8.166
2011	3.009	6.983	9.992	2.697	5.416	8.113
2012	2.633	6.799	9.432	2.430	5.420	7.850
<i>Diferencia 2007-2012</i>	<i>-1.938</i>	<i>-617</i>	<i>-2.555</i>	<i>-1.037</i>	<i>518</i>	<i>-519</i>
<i>Diferencias 2007-2012 por nivel de estudios</i>						
<i>Estudios primarios y analfabetos</i>	<i>-1009</i>	<i>-910</i>		<i>-371</i>	<i>-178</i>	
<i>Estudios secundarios</i>	<i>-696</i>	<i>88</i>		<i>-446</i>	<i>270</i>	
<i>Estudios superiores</i>	<i>-233</i>	<i>205</i>		<i>-219</i>	<i>426</i>	

Fuente: EPA y elaboración propia

Sin embargo, el porcentaje de mujeres con una ocupación a tiempo parcial es mucho mayor como muestra la tabla 4 (T.4) aunque a partir de 2008 el ritmo de crecimiento es superior para los varones.

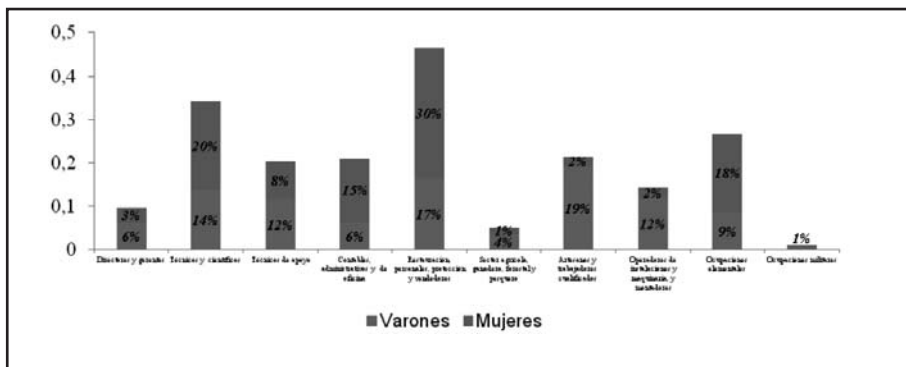
T. 4: Evolución de la población ocupada per género y tipo de jornada, en miles (2000-2012)

Año	Jornada completa		Jornada parcial		Jornada porcentaje a tiempo parcial	
	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres
2000	9.549	4.730	272	955	2,8%	16,8%
2001	9.871	4.988	280	1.008	2,8%	16,8%
2002	10.096	5.210	269	1.056	2,6%	16,8%
2003	10.374	5.509	279	1.134	2,6%	17,1%
2004	10.625	5.774	309	1.262	2,8%	17,9%
2005	10.875	5.752	514	1.833	4,5%	24,2%
2006	11.235	6.152	508	1.854	4,3%	23,2%
2007	11.495	6.462	492	1.906	4,1%	22,8%
2008	11.230	6.603	491	1.934	4,2%	22,7%
2009	10.130	6.343	516	1.899	4,9%	23,0%
2010	9.737	6.270	552	1.897	5,4%	23,2%
2011	9.391	6.211	600	1.903	6,0%	23,5%
2012	8.806	5.927	626	1.923	6,6%	24,5%
<i>Diferencia 2007-2012</i>	-2.689	-535	134	16	2,5%	1,7%

Fuente: EPA y elaboración propia

En 2012, según los datos escrutados en función del tipo de empleo, las mujeres tuvieron mayor presencia en trabajos relacionados con servicios de restauración, personales, protección y vendedores, ocupando puestos técnicos, científicos e intelectuales y ocupaciones elementales. En cambio, el 70% de los puestos de dirección y gerencia estaban ocupados por varones, pese al mayor incremento de mujeres con estudios superiores.

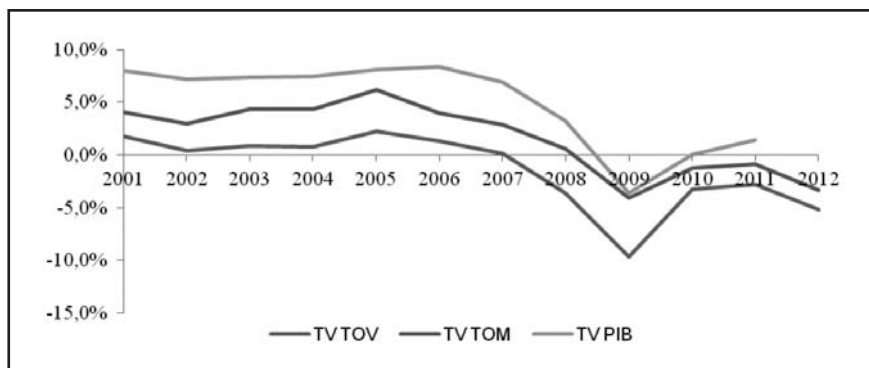
G. 3: Porcentaje de población ocupada por género y tipo de ocupación, año 2012



Fuente: EPA y elaboración propia

En este marco, la tasa de ocupación presenta un comportamiento decreciente a partir de 2008 para los varones, que se trasladó al año siguiente para las mujeres, pero con menor intensidad, de forma que si el diferencial entre las tasas de ambos era de 21,2 p.p. en 2007, en 2012 fue de 10,6 p.p., como se observa en el gráfico 4 (G. 4). La tasa de ocupación de ambos creció hasta el año 2007 en un porcentaje inferior al del PIB nominal, en tanto que la variación de la tasa de ocupación femenina fue mayor, tendencia que se mantuvo con el inicio de la crisis y que se agravó para los varones en 2009. El crecimiento de la economía favoreció, sin duda, en mayor medida, la creación de empleo femenino, y la crisis la pérdida de empleo masculino.

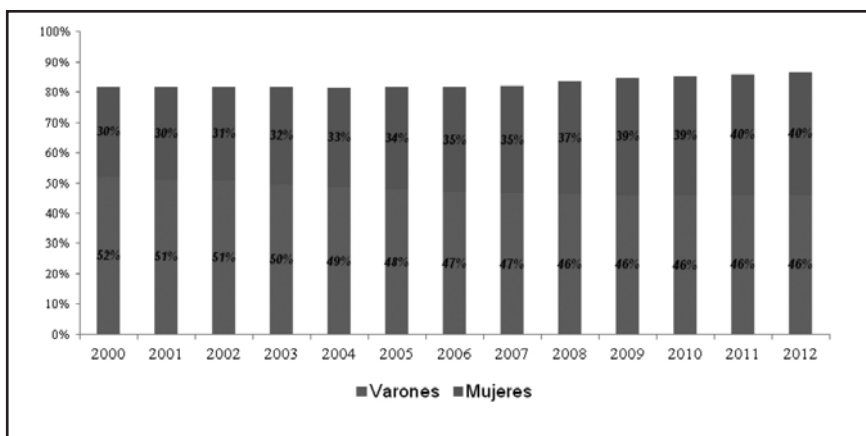
G. 4: Evolución de las tasas de variación de la población ocupada por género y del PIB (2000-2012)



Fuente: EPA y elaboración propia

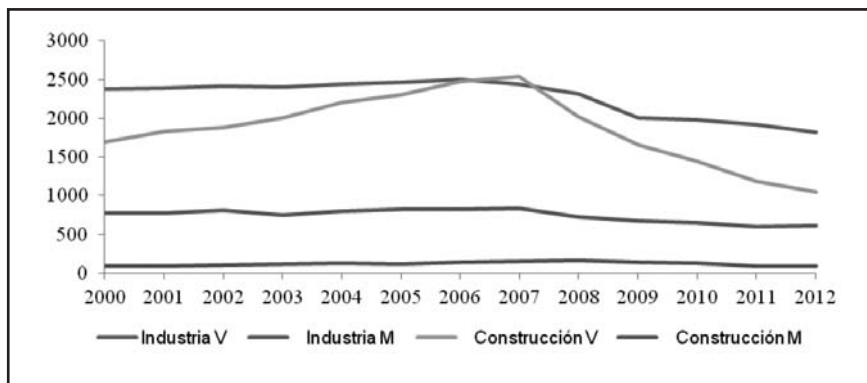
La anterior afirmación se sustenta, en gran parte, debido a la composición del empleo por sectores de actividad. En 2012 el 74,9% de los ocupados lo eran en el sector servicios, porcentaje superior en 13 p.p. respecto el año 2000. Hasta 2002, el peso de dicho sector en la ocupación total masculina fue creciente. Sin embargo, con la intensa incorporación de la mujer en el mercado de trabajo, dicha tendencia fue cambiando, como se observa en el gráfico 5 (G. 5). En conjunto, y en valores relativos, se constata que el sector servicios ha sufrido el impacto de la crisis con posterioridad al resto de sectores y en menor medida.

G. 5: Evolución del porcentaje de ocupación en el sector servicios por género (2000-2012)



Fuente: EPA y elaboración propia

En particular, como sea que el sector de la construcción ha sido el primero en sufrir el ajuste negativo de la crisis, como muestra el gráfico 6 (G. 6), ello ha afectado sobremanera la ocupación masculina: pues, si en el intervalo 2008-2012 se perdieron un total de 2.564.700 puestos de trabajo (102.500 en agricultura, 618.900 en industria, 1.487.700 en la construcción y 355.500 en los servicios), el 58% correspondió al sector de la construcción.

G. 6: Población ocupada por sectores económicos (2000-2012)

Fuente: EPA y elaboración propia

Por situación profesional, la población ocupada por cuenta propia es inferior a la asalariada, y esta a su vez con un mayor porcentaje en el sector privado, según la tabla 7 (T. 7). El peso del sector público sobre el total de ocupados fue mayor en el colectivo femenino, si bien se observa una tendencia creciente a partir de 2008 para ambos, a diferencia del ratio de asalariados del sector privado, que decreció con el inicio de la crisis.

T. 7: Ocupación por género y situación profesional (2000-2012)

Año	Varones			Mujeres		
	Ocupados por cuenta propia	Asalariados sector público	Asalariados sector privado	Ocupados por cuenta propia	Asalariados sector público	Asalariados sector privado
2000	22,0%	13,0%	65,0%	16,3%	20,5%	63,2%
2001	21,7%	12,9%	65,4%	15,9%	20,1%	63,9%
2002	21,0%	13,1%	65,9%	14,7%	19,9%	65,4%
2003	20,4%	12,5%	67,0%	14,5%	20,4%	65,1%
2004	20,2%	12,7%	67,1%	14,2%	20,3%	65,4%
2005	20,5%	12,1%	67,3%	13,9%	19,0%	67,0%
2006	20,5%	11,8%	67,7%	13,5%	18,5%	67,9%
2007	20,6%	11,5%	67,9%	13,2%	18,1%	68,7%
2008	21,0%	12,6%	66,4%	13,5%	18,9%	67,6%
2009	20,0%	13,7%	66,2%	12,8%	20,0%	67,2%
2010	20,4%	14,0%	65,5%	12,2%	21,2%	66,5%
2011	20,2%	14,5%	65,3%	12,4%	21,4%	66,1%
2012	21,3%	14,3%	64,3%	13,0%	21,2%	65,8%

Fuente: EPA y elaboración propia

También puede observarse que la crisis ha impactado con mayor fuerza en el sector privado, reduciéndose el número de trabajadores con contrato indefinido, e incrementándose, a su vez, el de los ocupados con contrato temporal.

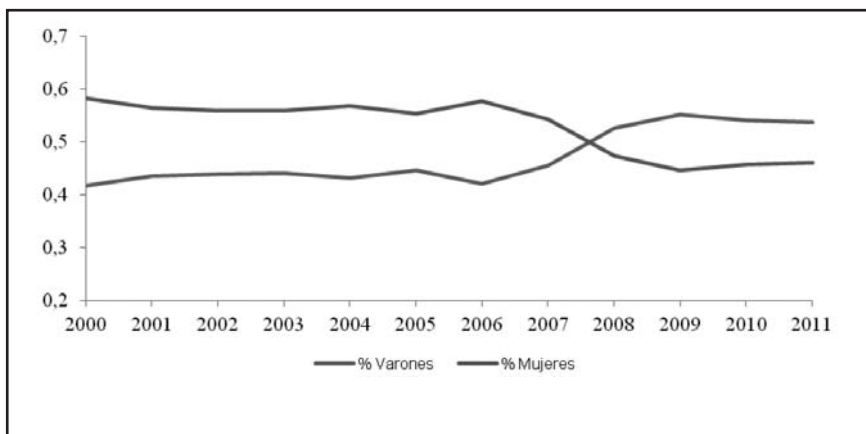
Se constata, además, un comportamiento diferencial por razón de género, en cuanto las mujeres incrementaron su presencia en el sector público con 120.800 puestos de trabajo (tabla 8) (T. 8).

T. 8: Diferencia de población ocupada por género y tipo de contrato (2007-2012)

	Varones		Mujeres	
	Contrato indefinido	Contrato temporal	Contrato indefinido	Contrato temporal
Diferencia 2007-2012 total	-2.240.400	134.000	-483.000	71.200
Diferencia 2007-2012 sector privado	-2.206.900	140.000	-603.900	52.000
Diferencia 2007-2012 sector público	-33.500	-600	120.800	19.200

Fuente: EPA y elaboración propia

En relación al número de parados, en el año 2000 la cifra se situaba entorno a los 2.445.500 (un 42% de varones y un 58% de mujeres) y en el periodo de expansión de 2005 a 2007 alcanzaba un promedio de 1.859.866 parados, lo que pone de manifiesto un paro estructural. Mientras que, en el año 2012, la cantidad se multiplicó por 2,4 respecto al año 2000, situándose en 5.965.400 parados (53% de varones y 47% de mujeres), mayoritariamente con un nivel de formación secundaria. Por nacionalidad, el total de parados extranjeros pasaron del 3,7% en el año 2000, al 20,5% en 2012 (54,4% varones y 46,6% mujeres). El mayor incremento del paro de los varones, se debió en parte al «carácter masculino» de los sectores más castigados por la crisis (sector de la construcción), y principalmente de parados que habían trabajado anteriormente, evidenciando la intensa destrucción de ocupación. Como se observa en el gráfico 7 (G. 7), en el momento de crecimiento económico, el porcentaje de mujeres paradas respecto del total fue superior al masculino, mientras que en el periodo de crisis sucedió lo contrario.

G. 7: Evolución del porcentaje de parados por género (2000-2012)

Fuente: EPA y elaboración propia

En la tabla 9 (T. 9) puede advertirse que los colectivos con mayores tasas de paro eran los menores de 25 años (inclusive en épocas expansivas), con un crecimiento rápido a partir de 2008, hasta alcanzar valores superiores al 50%. En global, las diferencias entre las tasas de paro masculinas y femeninas se redujeron a medida que avanzaba la crisis, muy especialmente entre 2010 y 2012, de forma que en los años de crisis se ha triplicado para los hombres (alcanzando el mayor crecimiento en 2009), mientras que para las mujeres se ha multiplicado por 1,5.

T. 9: Tasas de paro por género y por edad (2000-2012)

	Menores de 25 años			De 25 y más años			Total		
	Varones (1)	Mujeres (2)	(1) - (2)	Varones (1)	Mujeres (2)	(1) - (2)	Varones (1)	Mujeres (2)	(1) - (2)
2000	20,1	32,5	-12,5	7,7	17,3	-9,7	9,6	20,4	-10,9
2001	16,9	27,2	-10,4	6,3	13,2	-6,9	7,5	15,2	-7,7
2002	20,1	27,4	-7,3	7,0	14,5	-7,5	8,2	16,4	-8,1
2003	19,6	27,4	-7,7	7,0	13,9	-6,9	8,4	16,0	-7,6
2004	17,8	26,2	-8,4	6,5	13,0	-6,5	8,2	15,0	-6,9

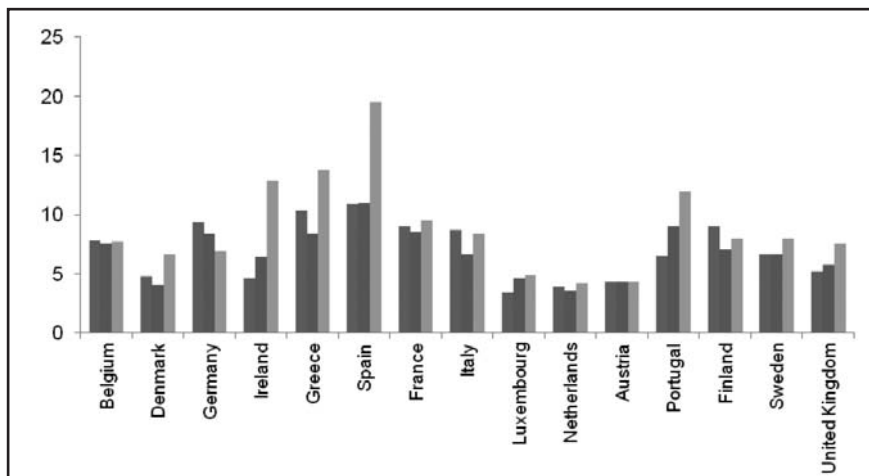
	Menores de 25 años			De 25 y más años			Total		
	Varones (1)	Mujeres (2)	(1) - (2)	Varones (1)	Mujeres (2)	(1) - (2)	Varones (1)	Mujeres (2)	(1) - (2)
2005	15,9	22,0	-6,2	5,5	10,2	-4,7	7,0	12,2	-5,1
2006	14,1	22,5	-8,4	5,1	9,9	-4,8	6,3	11,6	-5,2
2007	16,5	21,7	-5,3	5,7	9,7	-4,0	6,4	10,9	-4,5
2008	29,6	28,6	1,0	11,1	13,5	-2,4	10,1	13,0	-3,0
2009	41,0	36,8	4,2	16,5	17,3	-0,8	17,7	18,4	-0,7
2010	44,5	40,9	3,6	17,8	18,9	-1,1	19,7	20,5	-0,8
2011	50,6	46,3	4,3	20,1	21,3	-1,1	21,2	22,2	-0,9
2012	56,2	53,9	2,3	23,2	24,3	-1,1	24,7	25,4	-0,6
Promedio 2000-2007							7,7	14,7	
Promedio 2008-2012							18,7	19,9	
Promedio 2008-2009							13,9	15,7	
Promedio 2010-2012							21,9	22,7	

Fuente: EPA y elaboración propia

En comparación con el resto de países europeos⁶, en el año 2000 España presentaba una tasa de paro promedio superior al 13% (sólo superada por Lituania y Slovakia), y en el año 2012, un valor medio de 22,3%. Como se observa en el gráfico 8 (G. 8), el paro en época expansiva ya era superior al resto de países, situación que se ha agravado en los últimos años, especialmente a partir de 2009.

⁶ Se consideran datos facilitados por Eurostat con promedio móvil de 3 años del número de personas como porcentaje de la fuerza de trabajo basada en la definición de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT).

G. 5: Evolución del porcentaje de parados en países de la Unión Europea (2000-2012)



Fuente: EPA y elaboración propia

Por Comunidades Autónomas (CC.AA.) (tabla 10) (T. 10), y considerando los mismos periodos (anterior a la crisis, inicio de la crisis y agravamiento de la crisis), el País Vasco y Navarra presentaban las menores tasas de paro, siendo a su vez, las comunidades con menor variación entre 2007 y 2012. Por su parte, Catalunya, Madrid y Illes Balears fueron las comunidades con una tasa de paro femenina inferior a la masculina.

T. 10: Tasas de paro por CC.AA. y por género (2000-2012)

Comunidades	Periodo 200-2007		Periodo 2008-2009		Periodo 2010-2012	
	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres
Global	7,7	14,7	13,9	15,7	22,6	23,6
Andalucía	12,6	24,2	22,5	26,2	30,3	33,6
Aragón	3,8	8,9	11,8	11	16,2	18,2
Asturias	6,9	14,6	10,7	13,7	19,6	19,2
Illes Balears	6,5	9,3	16,6	15	24,4	23,3
Canarias	8,8	14,9	22,9	25,6	31,3	30,5
Cantabria	6,7	12,9	10,3	11,4	16,1	17,3
Castilla y León	6	15,6	10,5	15,7	16,2	19,9
Castilla-LaMancha	5,7	16,4	15,3	19,7	22,5	29,1

Comunidades	Periodo 200-2007		Periodo 2008-2009		Periodo 2010-2012	
	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres
Cataluña	6,6	10,9	15,1	13,5	21,5	19,9
C. Valenciana	7,4	13,1	18,6	18,8	25,3	25,6
Extremadura	12	24,5	16	24,8	25,9	32,7
Galicia	7,6	15,3	10,3	12,5	18,1	18,8
Madrid	5,5	9,9	12	12,9	18,2	17,8
Murcia	6,9	14,7	19,7	18,1	26,8	27,4
Navarra	3,6	7,5	8,4	10,5	13,7	14,8
País Vasco	6,2	12	9,4	10,8	12,6	13,8
La Rioja	4,2	8,8	10,8	13	16,7	18,9

Fuente: EPA y elaboración propia

En resumen, y respecto al año 2007, según muestra la tabla 6 (T. 6), la ocupación masculina se redujo en 2.760.500 varones, y el número de parados se incrementó en 2.295.100. Dichas cifras indican que 399.000 hombres abandonaron la actividad, al mismo tiempo que el número de mayores de 16 años se redujo en 66.300. En cambio, la ocupación femenina se redujo en menor medida, esto es, en 759.400, incrementándose el número de desempleadas en 1.385.100, que junto a un aumento de 226.600 mujeres mayores de 16 años, arroja un saldo de 756.700 mujeres que abandonaron la inactividad.

T. 6: Variación interanual en valores absolutos de la población de 16 y más años por relación con la actividad económica y género (2007-2011)

Varones				
Años	Parados	Ocupados	Población activa	Población mayor 16 años
2007	—	—	—	—
2008	+809.500	-656.500	+153.200	+220.700
2009	+703.700	-900.000	-196.300	-25.900
2010	+152.700	-230.900	-78.300	-43.600
2011	+294.800	-404.100	-109.200	-50.100
2012	+334.400	-569.000	-234.700	-167.400
Variación total en 5 años	+2.295.100	-2.760.500	-465.300	-66.300

<i>Mujeres</i>				
Años	Parados	Ocupados	Población activa	Población mayor 16 años
2007	—	—	—	—
2008	+470.700	+36.400	+507.100	212.900
2009	+414.900	-310.900	+104.100	48.700
2010	+217.500	-6.800	+210.600	10.000
2011	+282.000	-196.600	+85.600	-2.500
2012	+357.500	-281.500	+75.900	-42.500
Variación total en 5 años	+1.742.600	-759.400	+983.300	+226.600

Fuente: EPA y elaboración propia

1.2. Perceptores de salarios, pensiones y prestaciones por desempleo

La base de datos facilitada por la Agencia Tributaria⁷ (hasta el 2011 en el momento de redacción del presente trabajo) nos permite una visión complementaria del mercado laboral, mediante el análisis pormenorizado de los datos correspondientes a los perceptores de salarios, pensiones y prestaciones por desempleo (excluyendo aquellos que perciben recursos por otras vías). Así, del total de 32.848.116 ciudadanos que percibieron en 2011 alguna de dichas retribuciones, el 54,2% lo fueron en concepto de salarios (que a su vez corresponden a un 61,7% de varones y un 38,3% de mujeres), un 28% de pensiones y un 17,8% de prestaciones por desempleo, porcentajes que han variado respecto el año 2007, pues, respectivamente, eran del 61,4%, 27,2% y 11,4%, debido a la reducción experimentada entre 2007 y 2011 de 1.520.907 asalariados y al aumento de 2.275.469 beneficiarios de la prestación por desempleo.

Por género, como se muestra en la tabla 7 (T. 7), el peso de los asalariados entre el total de perceptores de recursos se redujo en 2011 en 8,8 p.p. respecto a 2007, y el de los varones con prestaciones por desempleo se incrementó en 7,4 p.p.. Entre las mujeres, se observa la misma tendencia, aunque con menor intensidad.

⁷ La estadística «Mercado de Trabajo y pensiones en las Fuentes tributarias» es una investigación de carácter censal basada en la Relación de Perceptores de Salarios, Pensiones y Prestaciones por desempleo que presentan los empleadores mediante la Declaración Anual de Retenciones y Ingresos a Cuenta sobre Rendimientos de Trabajo (Modelo 190).

T. 7: Porcentaje de perceptores respecto el total por género (2000-2011)

Perceptores	Varones				Mujeres			
	2000	2007	2011	Variación 07-11	2000	2007	2011	Variación 07-11
Asalariados	62,7%	64,2%	55,4%	-8,8%	54,0%	58,0%	52,7%	-5,3%
Pensionistas	27,4%	25,3%	26,6%	1,4%	34,0%	29,6%	29,6%	0,0%
Prestaciones por desempleo	9,9%	10,6%	18,0%	7,4%	12,0%	12,4%	17,7%	5,3%

Fuente: Agencia Tributaria y elaboración propia

Canarias, Comunidad Valenciana y Murcia son las comunidades que presentan una mayor variación sobre el total en el porcentaje de asalariados y de perceptores de la prestación por desempleo, en los cinco años de crisis, tanto en el colectivo femenino como masculino, como se observa en la tabla 8 (T. 8).

T. 8: Porcentaje de perceptores⁸ respecto el total por CC.AA. (2007-2011)

CC.AA.	Varones				Mujeres			
	2011		Variación 2007-2011		2011		Variación 2007-2011	
	Salarios	Desempleo	Salarios	Desempleo	Salarios	Desempleo	Salarios	Desempleo
Andalucía	53,4%	22,0%	-8,6%	7,5%	49,8%	23,0%	-4,7%	5,1%
Aragón	55,4%	15,7%	-8,9%	8,9%	54,4%	14,0%	-5,0%	5,3%
Asturias	49,2%	14,4%	-6,4%	5,4%	48,1%	12,9%	-3,2%	3,5%
Baleares	56,1%	22,3%	-8,9%	7,7%	53,8%	22,0%	-4,8%	5,3%
Canarias	56,2%	22,8%	-11,2%	9,4%	54,4%	24,0%	-7,6%	7,5%
Cantabria	54,2%	15,6%	-8,3%	7,5%	52,0%	13,7%	-3,2%	4,0%
Castilla-La Mancha	55,1%	17,9%	-8,4%	9,3%	53,8%	19,1%	-5,6%	7,3%
Castilla-León	52,8%	14,2%	-7,3%	6,2%	51,8%	13,4%	-4,1%	4,1%
Cataluña	56,3%	16,9%	-9,2%	7,7%	53,2%	15,2%	-5,7%	5,2%
Extremadura	51,5%	20,8%	-6,5%	6,2%	48,2%	23,7%	-4,0%	4,9%
Galicia	51,3%	15,2%	-7,7%	5,9%	46,8%	14,5%	-3,3%	3,8%
Madrid	62,2%	14,0%	-7,6%	5,3%	59,8%	13,6%	-5,3%	4,2%
Murcia	56,4%	19,7%	-11,0%	9,0%	52,4%	18,8%	-7,4%	7,1%
La Rioja	56,1%	15,5%	-7,5%	7,2%	54,3%	14,4%	-4,6%	4,7%
C. Valenciana	54,4%	19,5%	-11,1%	9,2%	51,7%	18,7%	-7,0%	6,7%
Ceuta	64,8%	17,1%	-5,5%	4,5%	54,1%	23,3%	-4,6%	7,2%
Melilla	65,3%	17,2%	-5,5%	5,3%	56,7%	21,5%	-4,6%	6,4%

Fuente: Agencia Tributaria y elaboración propia

⁸ La existencia de regímenes fiscales especiales por razón del territorio en las Diputaciones Forales del País Vasco y Navarra limita el ámbito geográfico de la estadística de salarios al denominado Territorio de Régimen Fiscal Común que excluye, en principio, a los citados territorios.

La percepción media de los tres colectivos, que aparecen en la tabla 9 (T. 9), es significativamente distinta entre ellos y se incrementó en el periodo 2007-2011. Por género, los salarios femeninos redujeron la diferencia respecto de los salarios masculinos, pasando de una relación de 1,42 a 1,32, habiendo sucedido no obstante todo lo contrario con la prestación media por desempleo. En los años de crisis, la percepción media en el colectivo de los varones que más ha crecido ha sido la correspondiente a las pensiones y entre el colectivo de las mujeres el salario.

T. 9: Percepción media anual por género (2007-2011)

	Varones			Mujeres			Relación V/M	
	2007	2011	Variación	2007	2011	Variación	2007	2011
Asalariados	20.750	21.422	673	14.568	16.264	1.696	1,42	1,32
Pensionistas	12.264	14.271	2.007	8.420	10.082	1.662	1,46	1,42
Prestaciones por desempleo	3.210	3.984	774	2.911	3.357	446	1,10	1,19

Fuente: Agencia Tributaria y elaboración propia

Agrupando las percepciones medias por niveles de salario medio interprofesional (SMI) y de pensión mínima (PM) percibidos, se desprende que en 2011 el 31,9% de los asalariados y el 28,3% de los pensionistas percibieron cantidades inferiores a los mínimos (SMI: 8.979,6 euros y PM: 7.985,6 euros). Por género, según la tabla 10 (T. 10), el porcentaje fue mayor en el grupo de las mujeres que en el de los varones, principalmente debido al mayor volumen de contratos a tiempo parcial en dicho colectivo, a una mayor contratación en regímenes especiales de la Seguridad Social (trabajadoras del hogar, agrario por cuenta ajena, autónomas y SOVI), y al hecho de ser receptoras de pensiones de viudedad junto a menores cotizaciones en su vida laboral. También se pone de relieve el impacto negativo de los años de crisis, en cuanto que dichos porcentajes se vieron incrementados, especialmente los salarios masculinos.

T. 10: Porcentaje de asalariados y pensionistas por género (2007-2011)

Año 2007		
	Varones	Mujeres
Asalariados por debajo de 1 SMI	20,30%	35,72%
Pensionistas por debajo de 1 PM	22,91%	33,72%
Año 2011		
	Varones	Mujeres
Asalariados por debajo de 1 SMI	28,11%	36,57%
Pensionistas por debajo de 1 PM	24,07%	32,68%

Fuente: Agencia Tributaria y elaboración propia

2. ESTRUCTURA SALARIAL POR GÉNERO (2000-2012)

Como se ha puesto de manifiesto hasta el momento, en el período 2000-2012 se observa en el mercado laboral un comportamiento diferenciado por género, y todo apunta que persisten diferencias significativas en las retribuciones medias percibidas, a pesar de los avances sociales y legislativos, y del mayor crecimiento de los salarios femeninos, a un ritmo del 3,9% frente al 2,9% (en particular en los cinco años de crisis el crecimiento medio ha sido del 2,2% frente al 0,6%)⁹.

Partiendo de la encuesta «mercado de trabajo y pensiones en las fuentes tributarias», y de la encuesta «estructura salarial¹⁰», podemos profundizar en la estructura de los salarios en España, para detectar y cuantificar diferencias por motivo de género y analizar la desigualdad en el reparto *intergrupo*, partiendo de los tramos salariales que estima la Agencia Tributaria y la desigualdad *intragrupos* entre los varones y las mujeres mediante el cálculo de la brecha salarial con los datos de ingresos por hora de trabajo que facilita el INE. Las conclusiones del presente estudio confirman en general que la dispersión salarial ha mostrado un comportamiento contracíclico, aunque por género desvelan diferencias debido principalmente a la mayor incorporación en el mercado laboral de la mujer con elevada formación y cualificación, especialmente en el periodo de crisis.

⁹ Recientes aportaciones han caracterizado la estructura salarial en España en los últimos años: Jimeno y Ortega (2012), Lacuesta e Izquierdo (2012), Bonhome y Hospido (2012) y Arranz y García-Serrano (2012), entre otros.

¹⁰ Elaborada por el INE a partir de 2004, y con datos actualizados hasta 2011.

2.1. Evolución del salario medio

La mayor presencia de la mujer en el mercado laboral tiene su reflejo en un mayor crecimiento de asalariadas, en tanto en cuanto en el año 2000 el porcentaje de dicho colectivo sobre el total de asalariados era del 39,4%, pasando a representar en 2011 el 45%. A su vez, el total de la masa salarial se incrementó para ambos grupos, pero en menor medida para las mujeres, si bien, en los últimos cinco años del período, mientras la masa salarial masculina se redujo aproximadamente 18 MM de euros, la femenina se ha incrementado en 8 MM de euros (tabla 11).

T. 11: Porcentaje de asalariados y masa salarial por género (2000-2011)

Años	% Masa salarial varones	% Masa salarial mujeres	% Varones	% Mujeres
2000	69,5%	30,5%	60,6%	39,4%
2001	68,7%	31,3%	59,7%	40,3%
2002	68,1%	31,9%	59,0%	41,0%
2003	67,0%	33,0%	58,3%	41,7%
2004	67,0%	33,0%	58,4%	41,6%
2005	66,7%	33,3%	58,3%	41,7%
2006	66,0%	34,0%	57,6%	42,4%
2007	65,3%	34,7%	56,9%	43,1%
2008	64,2%	35,8%	56,5%	43,5%
2009	62,8%	37,2%	55,9%	44,1%
2010	62,2%	37,8%	55,4%	44,6%
2011	61,7%	38,3%	55,0%	45,0%
Diferències 2000-2007 (en milers)	87.510.820	59.618.861	1.768.320	2.321.150
Diferències 2007-2011 (en milers)	-18.407.034	8.960.502	-1.204	-316

Fuente: Agencia Tributaria y elaboración propia

Consecuencia de estos datos es el mayor crecimiento del salario medio anual femenino, como muestra la tabla 12 (T. 12), de tal manera que si la relación entre la remuneración masculina y la femenina en el año 2000 era de 1,48, en el 2011 se situó en el 1,32, principalmente por el mayor crecimiento de los salarios de las mujeres en los años 2008-2010. A partir de 2010, la remuneración se mantuvo para las mujeres y se redujo para los varones, conduciendo a una clara pérdida de renta disponible al situarse el crecimiento del IPC en valores superiores (3,2%).

T. 12: Salario medio anual por género (2000-2011)

Años	Varones	Mujeres	Relación V/M	Tasa variación varones	Tasa variación mujeres
2000	15.239	10.266	1,48	—	—
2001	16.038	10.811	1,48	5,2%	5,3%
2002	16.588	11.175	1,48	3,4%	3,4%
2003	17.198	11.838	1,45	3,7%	5,9%
2004	17.964	12.424	1,45	4,5%	4,9%
2005	18.321	12.800	1,43	2,0%	3,0%
2006	19.314	13.497	1,43	5,4%	5,4%
2007	20.750	14.568	1,42	7,4%	7,9%
2008	21.596	15.620	1,38	4,1%	7,2%
2009	21.433	16.110	1,33	-0,8%	3,1%
2010	21.449	16.209	1,32	0,1%	0,6%
2011	21.422	16.264	1,32	-0,1%	0,3%

Fuente: Agencia Tributaria y elaboración propia

Por sector de actividad y para 2011, se constata la mayor concentración de mujeres en actividades con salarios medios inferiores (un 52,4%), como se observa en la tabla 13 (T.13) (desigualdad vertical y horizontal).

T. 13: Salario medio anual por sector de actividad y género (2011)

	Varones		Mujeres	
	Salario medio anual	% Varones	Salario medio anual	% Mujeres
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	7.235	4,3%	3.906	2,7%
Industria extractiva, energía y agua	27.628	2,0%	20.546	0,6%
Industria	23.992	13,9%	17.198	6,5%
Construcción y actividades inmobiliarias	16.905	14,1%	16.889	3,7%
Comercio, reparaciones y transporte	20.613	21,7%	13.575	20,7%
Información y comunicaciones	30.982	3,2%	22.569	2,5%
Entidades financieras y aseguradoras	39.515	3,3%	26.897	3,3%
Servicios a las empresas	20.414	11,2%	13.398	15,8%
Servicios sociales	26.871	17,2%	21.675	31,0%
Otros servicios personales y de ocio	12.773	9,1%	9.094	13,2%
Salario medio total	19.102		16.264	
Total	21.422			

Fuente: Agencia Tributaria y elaboración propia

Por CC.AA., el salario medio se incrementó en todas ellas, exceptuando Andalucía, que presentaba un ligero descenso de la remuneración masculina, como muestra la tabla 14 (T.14). Madrid fue la comunidad con un mayor salario medio y la que presentaba una mayor brecha salarial en términos absolutos entre varones y mujeres (7.888 euros), siendo Andalucía, sin embargo, la que presentaba la peor relación entre el salario de ambos colectivos.

T. 14: Salario medio anual por CC.AA. y género (2007-2011)

CC.AA.	Salario medio 2011			Diferencia salario medio (2007-2011)		
	Varones	Mujeres	Diferencia	Varones	Mujeres	Relación V/M
Andalucía	17.364	12.864	4.500	-88	1.236	1,50
Aragón	22.110	16.371	5.739	100	1.498	1,48
Asturias	22.849	16.298	6.551	1.106	1.660	1,49
Baleares	19.639	15.754	3.885	330	1.350	1,34
Canarias	17.913	14.896	3.017	772	1.402	1,27
Cantabria	22.413	16.197	6.216	958	1.735	1,48
Castilla - La Mancha	18.466	14.711	3.755	250	1.503	1,38
Castilla - León	20.999	15.927	5.072	832	1.416	1,39
Cataluña	24.087	18.164	5.923	734	2.073	1,45
Extremadura	15.821	12.612	3.209	92	805	1,33
Galicia	20.393	15.688	4.705	1.541	1.790	1,36
Madrid	28.545	20.657	7.888	1.827	2.489	1,47
Murcia	17.875	14.081	3.794	359	1.694	1,41
La Rioja	20.955	16.185	4.770	468	1.474	1,39
C. Valenciana	19.410	14.955	4.455	184	1.469	1,43
Ceuta	25.298	17.118	8.180	2.632	1.413	1,44
Melilla	23.604	17.097	6.507	1.147	1.607	1,45
Total	21.422	16.264	5.158			

Fuente: Agencia Tributaria y elaboración propia

2.2. Análisis de la desigualdad salarial intragrupos

Con el objetivo de realizar un estudio de la desigualdad en el sí de cada colectivo, en primer lugar se calculan los porcentajes de asalariados en función de intervalos salariales (en relación al SMI de cada periodo para homogeneizar los datos), así como, la masa salarial que acumula cada colectivo, y en segundo lugar, las medidas de dispersión como el índice de *Gini*¹¹ y de *Pietra*¹².

Los aspectos más destacados que se infieren de la tabla 15 (T.15) son: a) entre 2007 y 2011, para todos los tramos salariales se ha reducido el porcentaje de asalariados de ambos colectivos, excepto aquellos que perciben remuneraciones inferiores a 1 SMI; b) en el mismo intervalo de tiempo, en todos los tramos, la variación del porcentaje de mujeres es inferior al de los varones; y c) en 2011, el mayor porcentaje de mujeres y varones asalariados se situó en el primer tramo, es decir, con un salario inferior a 1 SMI, mientras que el menor porcentaje de ambos se ubicaba en el último tramo salarial, o sea, con un salario superior a 10 veces el SMI.

T. 15: Porcentaje de población por tramo salarial y género (2000-2011)

Año	Hasta 1 SMI		De 1-2 SMI		De 2-3 SMI		De 3-10 SMI		Más 10 SMI	
	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres
2000	22,8%	40,2%	27,4%	27,2%	21,3%	15,1%	27,0%	17,2%	1,5%	0,3%
2001	22,0%	38,7%	26,1%	27,5%	22,4%	15,9%	27,9%	17,7%	1,7%	0,3%
2002	21,6%	37,9%	25,1%	27,8%	22,8%	16,3%	28,7%	17,8%	1,7%	0,3%
2003	21,4%	36,9%	23,9%	27,1%	23,3%	17,0%	29,6%	18,6%	1,8%	0,4%
2004	20,8%	36,6%	25,2%	27,8%	23,6%	16,5%	28,7%	18,7%	1,7%	0,4%
2005	23,1%	38,0%	26,7%	28,5%	22,2%	16,0%	26,5%	17,3%	1,5%	0,3%
2006	22,3%	37,4%	27,5%	29,1%	22,4%	16,0%	26,4%	17,2%	1,5%	0,3%
2007	20,3%	35,7%	28,7%	30,1%	22,6%	16,3%	26,8%	17,5%	1,5%	0,3%
2008	22,3%	35,0%	27,0%	29,8%	22,3%	16,6%	26,9%	18,2%	1,5%	0,4%
2009	26,3%	36,1%	25,4%	28,8%	20,9%	16,2%	26,1%	18,6%	1,4%	0,3%
2010	27,1%	36,3%	25,0%	28,7%	20,7%	16,2%	25,9%	18,5%	1,3%	0,3%
2011	28,1%	36,6%	24,5%	28,5%	20,6%	16,4%	25,6%	18,2%	1,3%	0,3%
2000-2007	-2,5%	-4,5%	1,3%	2,9%	1,3%	1,2%	-0,1%	0,3%	0,0%	0,1%
2007-2011	5,8%	1,6%	-2,5%	-1,3%	-1,7%	-0,2%	-1,3%	0,0%	-0,2%	-0,1%

Fuente: Agencia Tributaria y elaboración propia

¹¹ Medida de concentración que se corresponde con el doble de la media de todas las distancias entre acumulaciones de población y salario.

¹² Esta medida se asocia a la mayor distancia entre las acumulaciones de población y salario.

Estos datos, junto a los que ofrece la tabla 16 (T.16), muestran una diferencia significativa entre aquellos que perciben salarios bajos y altos, al mismo tiempo que demuestran que la diferencia por género existe para niveles de remuneración elevada.

T. 16: Salarios medios por género (2000-2011)

Año	Varones			Mujeres		
	Menor salario medio	Mayor salario medio	Diferencia	Menor salario medio	Mayor salario medio	Diferencia
2000	1.285	95.487	94.203	1.243	90.059	88.816
2001	1.309	99.787	98.479	1.281	93.478	92.197
2002	1.341	99.387	98.046	1.299	92.073	90.774
2003	1.337	100.826	99.489	1.315	98.218	96.903
2004	1.463	107.675	106.212	1.432	97.253	95.820
2005	1.562	117.331	115.769	1.530	105.005	103.476
2006	1.628	125.064	123.437	1.603	111.316	109.714
2007	1.779	131.936	130.157	1.724	117.318	115.593
2008	1.845	138.693	136.848	1.805	120.838	119.033
2009	1.892	141.824	139.932	1.851	123.564	121.713
2010	1.888	145.303	143.415	1.851	124.984	123.133
2011	1.878	146.910	145.032	1.881	128.606	126.725

Fuente: Agencia Tributaria y elaboración propia

El contraste del porcentaje de asalariados con el porcentaje de masa salarial acumulados según tramos salariales, desvela una gran desigualdad en el seno de cada grupo y un aumento de la disparidad en el periodo de crisis. En este sentido, según la tabla 17 (T.17), observando el menor y el mayor de los tramos salariales, puede inferirse: a) que en 2007, el 20,3% de los varones que habían percibido menos de 1 SMI acumulaban el 3,6% de su masa salarial total, y el 1,5% que habían recibido más de 10 SMI acumulaban el 9,6%, y en cuanto a las mujeres, el 37,4% ubicadas en el primer tramo acumulaban el 8,9% de su masa salarial y el 0,3% situadas en el último tramo el 2,5%; b) en 2011 el porcentaje de varones correspondiente al primer tramo salarial aumentó hasta el 28,1% y la masa salarial que percibieron fue del 4,8%, mientras que disminuyó el porcentaje de varones del último tramo hasta el 1,3% con el 8,8% de su masa salarial, y en relación a las mujeres, en cambio, el porcentaje se redujo en el primer tramo hasta el 36,6% que acumuló el 8,6% y se mantuvo el porcentaje de mujeres con más de 10 SMI aunque se redujo ligeramente el porcentaje de masa salarial hasta el 2,4%. No obstante, puede observarse que la redistribución mejoró en los tramos intermedios en ambos colectivos.

T. 17: Porcentaje de asalariados y masa salarial por género (2007-2011)

Tramo salarial	2007		2011	
	% varones	% masa salarial	% varones	% masa salarial
De 0,5 a 1 SMI	20,3%	3,6%	28,1%	4,8%
De 1 a 2 SMI	28,7%	17,4%	24,5%	15,9%
De 2 a 3 SMI	22,6%	21,1%	20,6%	21,0%
De 3 a 5 SMI	18,6%	27,4%	18,1%	29,0%
De 5 a 10 SMI	8,2%	20,9%	7,4%	20,5%
Más de 10 SMI	1,5%	9,6%	1,3%	8,8%
	% mujeres	% masa salarial	% mujeres	% masa salarial
De 0,5 a 1 SMI	37,4%	8,9%	36,6%	8,6%
De 1 a 2 SMI	29,1%	24,3%	28,5%	23,5%
De 2 a 3 SMI	15,9%	21,8%	16,4%	22,1%
De 3 a 5 SMI	13,3%	28,8%	14,4%	30,2%
De 5 a 10 SMI	3,8%	13,7%	3,8%	13,3%
Más de 10 SMI	0,3%	2,5%	0,3%	2,4%
	SMI: 7.182 euros		SMI: 8.979,60 euros	

Fuente: Agencia Tributaria y elaboración propia

Las medidas de desigualdad de *Gini* y de *Pietra* nos permiten analizar la dispersión salarial dentro de cada colectivo. Para el cálculo cuantitativo de la desigualdad, considerando la naturaleza económica de la variable, se ha ajustado el modelo de concentración de *Kakwani*, que ha proporcionado una alta bondad de adherencia:

$q(\chi) = \rho(\chi) - A\rho(\chi)^\alpha(1-\rho(\chi))^\beta$, con A , α y β parámetros mayores de cero, que determinan las medidas de concentración¹³.

En el contexto, se identifica en términos de variable aleatoria, a $\rho(\chi)$ como la fracción acumulada de población de cada uno de los estratos en que se ha dividido la retribución salarial y a $q(\chi)$ como la fracción acumulada de salario de cada intervalo en que se ha dividido todo el rango posible de salarios, en ambos casos en una distribución ordenada en términos por cápita. El modelo se estima mediante el método de mínimos cuadrados previa transformación:

$$\ln(\rho-q) = \ln A + \alpha \ln \rho + \beta \ln(1-\rho) + \varepsilon$$

¹³ La ecuación de *Kakwani* presenta las propiedades habituales de una curva de concentración: dominio entre: 0 y 1: $\rho \in (0,1) \rightarrow q \in (0,1)$, monotonía creciente: $dq/d\rho \geq 0$ y convexidad: $d^2q/d\rho^2 \geq 0$.

A partir de estas estimaciones, podemos calcular las medidas de concentración, *Gini* (G)¹⁴ y *Pietra* (P)¹⁵. El coeficiente P , habitualmente, se usa como cota inferior al índice G , aunque responde al doble del área del mayor triángulo que puede inscribirse dentro del área delimitada por G , es decir, coincide con la mitad de la diferencia media relativa: $P = \frac{DMR}{2} \leq G$

Los resultados referidos al periodo 2000-2011, se presentan en la tabla 18 (T.18) y revelan un considerable grado de desigualdad en el reparto de los salarios por cápita, mayor si cabe en el grupo de las mujeres, pese a reducirse a lo largo del periodo. En cambio, en la línea de otros estudios¹⁶, la desigualdad en el grupo masculino se incrementó especialmente en el período de crisis. También se observa que el porcentaje de asalariados con la menor remuneración se ha incrementado para el grupo de los varones, y sólo ligeramente para las mujeres durante los años de crisis.

T. 18: Medidas de desigualdad por género (2000-2011)

Año	Varones				Mujeres			
	% salario menor	% salario mayor	<i>Gini</i>	<i>Pietra</i>	% salario menor	% salario mayor	<i>Gini</i>	<i>Pietra</i>
2000	13,63%	1,51%	0,255	0,316	25,30%	0,27%	0,345	0,352
2001	13,19%	1,67%	0,248	0,314	24,15%	0,30%	0,336	0,348
2002	12,99%	1,70%	0,249	0,313	23,35%	0,32%	0,337	0,346
2003	12,80%	1,75%	0,249	0,312	23,15%	0,42%	0,322	0,346
2004	12,29%	1,71%	0,243	0,309	22,31%	0,37%	0,336	0,344
2005	13,68%	1,52%	0,249	0,315	23,08%	0,31%	0,339	0,345
2006	13,26%	1,46%	0,243	0,311	22,64%	0,31%	0,333	0,342
2007	11,38%	1,51%	0,236	0,303	20,89%	0,33%	0,321	0,335
2008	12,63%	1,51%	0,244	0,310	20,38%	0,35%	0,322	0,334
2009	15,92%	1,37%	0,261	0,324	21,67%	0,33%	0,336	0,340
2010	16,71%	1,31%	0,260	0,326	21,79%	0,31%	0,332	0,339
2011	17,42%	1,28%	0,262	0,329	22,01%	0,30%	0,323	0,337

Fuente: Agencia Tributaria y elaboración propia

¹⁴ El índice que presenta la expresión: $G=2E(p-q)=1-2E(q)$, en la ecuación de Kakwani toma la forma: $G=2-A-B(\alpha+1, \beta+1)$, con función *Beta de Euler*.

¹⁵ El índice se expresa como $P = p(m)-q(m)$ y en la ecuación de *kakwani* como: $p(m)=\frac{\alpha}{\alpha+\beta}$ y $q(m)=\frac{\alpha}{\alpha+\beta} - A \alpha^\alpha \beta^\beta / (\alpha+\beta)^{\alpha+\beta}$

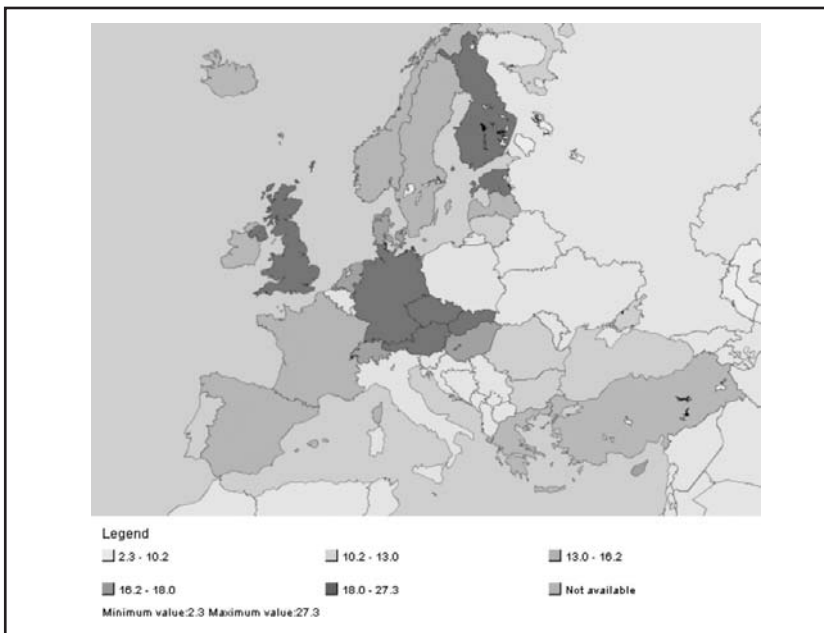
¹⁶ Entre ellos destacan Bonhome y Hospido (2012) y Arranz y García-Serrano (2012).

2.3. Brecha salarial o gender pay gap (GPG)

Las diferencias salariales que muestra la tabla 12 y la distribución del porcentaje de asalariados en relación a la masa salarial de la tabla 16, ponen de manifiesto la existencia de desigualdad salarial intergrupos. No obstante, a partir de la brecha salarial o *gender pay gap* (GPG)¹⁷ se obtiene una medida de la desigualdad que permite comparaciones a nivel europeo.

Como se observa en el gráfico 6 (G. 6) con los datos facilitados por Eurostat para el año 2011 (publicación de marzo de 2013), la brecha salarial de España entre varones y mujeres fue inferior a la de países como Alemania, Finlandia, Gran Bretaña y Países Bajos, y fue superior a la de Portugal, Bélgica y Italia, entre otros. En conjunto, la desigualdad salarial sigue siendo alta en Europa, con una mayor incidencia sobre el sector privado.

G. 6: Brecha salarial (GPG) (2011)



Fuente: Eurostat

¹⁷ La brecha salarial de género o *gender pay gap* sin ajustar (GPG) mide la diferencia relativa entre los ingresos brutos medios por hora de los varones y mujeres que perciben un salario. Se basa en la metodología de la Encuesta de Estructura Salarial (EES) de acuerdo con el reglamento 530/1999.

Son distintas las causas que explican las diferencias de la GPG entre países (tipo de trabajo ocupado por mujeres, consecuencias de interrupciones de carrera o trabajo a tiempo parcial debido a la maternidad y a las decisiones a favor de la vida familiar). También cabría añadir a éstas el hecho que las instituciones y actitudes que rigen el equilibrio entre la vida privada y el trabajo difieren significativamente entre países. En consecuencia, la brecha salarial aparece vinculada a una serie de factores legales, sociales y económicos que van mucho más allá de la igualdad salarial. Entre otras conclusiones que se deducen de Eurostat, merece destacar que, de media, las mujeres perciben un 16% menos que los hombres en la Unión Europea (UE-27), que un 17% de los empleados (21% de mujeres y 13% de varones) recibieron los salarios más bajos, y que los países con la mayor proporción de mujeres con salarios bajos (más del 30%) fueron Chipre y Estonia, mientras que en el otro extremo (menos del 10%) se encuentran Suecia, Francia, Finlandia y Dinamarca. Estos datos pueden complementarse con los que facilita el último estudio del *World Economic Forum*¹⁸ en relación al *global gender gap index* que cuantifica las brechas de género en educación, salud, economía y política, según el cual, mediante el análisis de los 7 últimos años, se clasifica Islandia, Finlandia, Noruega y Suecia en las primera posiciones.

Finalmente, en España (tabla 19), por tipo de ocupación, la mayor brecha salarial en 2010 (último dato disponible hasta el momento), corresponde a los trabajadores de restauración, personales y vendedores. En cambio, los directores y gerentes son los que vieron reducido en mayor medida la brecha desde 2007.

T. 19: Brecha salarial por tipo de ocupación y por género (2006-2010)

Ocupación	2006	2007	2008	2009	2010	Diferencia 2007-2010
Directores y gerentes	35,2%	35,4%	24,0%	22,7%	18,1%	-17,3%
Profesionales, científicos e intelectuales	21,7%	20,4%	14,3%	13,3%	15,6%	-4,8%
Técnicos y profesionales de apoyo	24,3%	22,8%	19,7%	20,7%	17,5%	-5,3%
Empleados de oficina, contables y administrativos	26,5%	25,6%	21,5%	22,2%	20,0%	-5,5%
Trabajadores de restauración, personales y vendedores	16,7%	17,0%	24,3%	24,1%	22,0%	4,9%
Artisanos, trabajadores industrias y construcción	21,7%	20,0%	20,2%	23,7%	18,9%	-1,1%
Operadores de instalaciones y maquinaria, y montadores	24,0%	23,5%	24,1%	24,5%	20,4%	-3,2%
Ocupaciones elementales	12,0%	12,5%	10,7%	12,2%	12,2%	-0,3%

Fuente: INE y elaboración propia

¹⁸ The Global Gender Gap Report (2012).

3. CONCLUSIONES

Tras 5 años de crisis (de 2007 a 2012), la población activa masculina se ha reducido en España del orden de 573.400 hombres (el 88,9% de nacionalidad española), mientras que la población activa femenina se ha incrementado en 853.500 mujeres (el 13,3% de nacionalidad extranjera). En concreto, el 8,3% de las mujeres activas presentes en el mercado laboral a finales de 2012 se han incorporado en el periodo de crisis (113.300 de origen extranjero), mientras que en el mismo intervalo de tiempo, los hombres han perdido un 4,7% de activos (de los cuales, 63.700 eran extranjeros). El saldo negativo del grupo masculino es consecuencia de que 399.000 varones han abandonado la actividad, mientras que el saldo positivo del colectivo femenino se debe en gran medida al aumento de la población mayor de 16 años (226.600 mujeres, de las que el 62,9% eran de nacionalidad española) y a la incorporación al mercado de trabajo de un grupo significativo que no habían trabajado con anterioridad (756.700 mujeres).

La destrucción de empleo ha sido más intensa en el grupo masculino con una pérdida de 2.760.500 varones ocupados, frente a las 759.400 mujeres que han perdido el empleo. El crecimiento de la economía ha favorecido, pues, la creación de ocupación en el colectivo de las mujeres, mientras que la crisis ha ocasionado una mayor pérdida de empleo entre los varones. Así, a lo largo de los cinco años de crisis, puede observarse un aumento significativo de ocupadas, principalmente mayores de 35 años, con estudios superiores (426.000) y en el sector público (120.800). El porcentaje de mujeres con una ocupación a tiempo parcial es mucho mayor, no obstante se constata que el ritmo de crecimiento del trabajo a tiempo parcial es superior para los hombres desde 2008.

En 2012, el número de parados se ha multiplicado por 2,4 respecto la cifra del año 2000, situándose en 5.965.400 parados (53% de varones y 47% de mujeres), aunque cabe recordar que en el periodo de expansión 2005-2007 era de 1.859.866 parados (cifras que ponen de manifiesto un paro estructural). En conjunto, las diferencias entre las tasas de paro masculinas y femeninas se reducen a medida que avanza la crisis, y muy especialmente entre 2010 y 2012, de forma que la tasa de paro de los varones en los años de crisis se ha triplicado (alcanzando el mayor crecimiento en 2009), mientras que la de las mujeres se ha multiplicado por 1,5. El mayor incremento del paro de los varones, en parte, se debe al tipo de sector más castigado por la crisis (sector de la construcción) y principalmente al paro estructural.

En cuanto a los perceptores de salarios, pensiones y prestaciones de desempleo se refiere, se observa cómo en el período 2000-2011, los hombres han reducido su peso como asalariados e incrementado el porcentaje de perceptores

de desempleo, en mayor intensidad que las mujeres. A lo largo de la crisis, de 2007 a 2011, la percepción media anual de las mujeres ha acortado distancia respecto de los hombres, principalmente en el grupo de las asalariadas, pasando de una relación de 1,42 a 1,32, mientras que ha empeorado su situación como receptoras de prestaciones de desempleo. Toda vez que persiste la concentración de mujeres en actividades con salarios medios inferiores.

El estudio de la desigualdad salarial *intergrupos* e *intragrupos* confirma, en términos generales, que la dispersión salarial ha mostrado un comportamiento contracíclico, aunque el análisis por género y en el periodo de crisis, desvela una pauta positiva a favor de las mujeres. Y, en particular, se verifica: a) que la crisis ha situado un mayor porcentaje de asalariados y pensionistas por debajo de las retribuciones mínimas, SMI y PM, en concreto un 31,9% y un 28,3% respectivamente, del total de perceptores; b) la persistencia de la desigualdad en el reparto del salario entre los varones, pues en 2011 el 28,1% de los varones que habían percibido menos de 1 SMI acumulaban el 4,8% de su masa salarial total, mientras que el 1,3% que habían recibido más de 10 SMI acumulaban el 8,8%; c) y también entre las mujeres, puesto que el 36,6% con un salario inferior a 1 SMI (un porcentaje ligeramente inferior al que presentaban en 2007) acumulaban el 8,6%, y el 0,3% con una retribución superior a 10 SMI, el 2,4% de su masa salarial total; y d) la persistencia en la desigualdad en el reparto del salario entre hombres y mujeres, con mayor intensidad cuanto más alto es el tramo salarial.

Si a estos datos se añade que en 2011, un 32,7% de mujeres recibieron pensiones por debajo de la PM, principalmente por viudedad, frente a un 23,2% de varones que recibían pensiones también mínimas, la desigualdad se vio agravada para las mujeres, pero también para el conjunto de la sociedad, pues el 30,6% de perceptores de salarios o pensiones en España se situaban por debajo de los mínimos (SMI y PM), según los datos facilitados por la Agencia Tributaria.

En conclusión, con los datos expuestos es obvio que se perpetúan diferencias históricamente arraigadas entre hombres y mujeres, aunque la creciente incorporación de la mujer en el mercado de trabajo junto a mayores niveles de educación alcanzados es una tendencia positiva. Por ello, en el momento actual cabe aunar grandes esfuerzos para superar la crisis económica y para ello es indispensable disponer de todo el talento. La situación descrita exige la implementación de medidas de acción positiva en favor de la mujer, que traten de corregir dicha desigualdad como factor de crecimiento inteligente, sostenible e integrador (Consejo Europeo de 30 de noviembre de 2009).

4. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

ARRANZ, J.M.; GARCÍA-SERRANO, C.: “Earnings differentials and the changing distribution of wages in Spain, 2005-2010”, *Papeles de trabajo 10*. Instituto de Estudios Fiscales, (2012).

BANCO DE ESPAÑA: “El funcionamiento del mercado de trabajo y el aumento del paro en España”, *Boletín económico*, julio-agosto,(2009).

BONHOMME, S.; HOSPIDO, L.: “The cycle of earnings inequality: evidence from Spanish social security”, *Documentos de Trabajo 1225*. Madrid: Banco de España, (2012).

CARRASCO, R.; JIMENO, J. F.; ORTEGA, A.: “Declining returns to skill and the distribution of wages: Spain 1995-2006”, Universidad Carlos III: Economic Series Working paper : 12-31, (2012).

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES) – ESPAÑA: “Tercer informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española”, Madrid: Colección Informes, 01, (2012).

DEL RÍO, C.; ALONSO-VILLAR, O.: “Diferencias entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo: desempleo y salarios”, en *Economía e igualdad de género: retos de la Hacienda Pública en el siglo XXI*, Madrid: IEF, 93-130, (2008).

EUROPEAN COMMISSION: “Strategy for equality between women and men 2010-2015”, Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions, SEC(2010) 1079; SEC(2010) 1080.

EUROPEAN COMMISSION: “Report on Equality between women and men, 2010”, Luxembourg: Publications Office of the European Union, (2009).

EUROPEAN COMMISSION: «Progress on equality between women and men in 2011». Luxembourg: Publications Office of the European Union, (2012).

FUNDACIÓN ADECCO: *VI Informe Perfil de la mujer trabajadora*, (2012).

GLOBAL EMPLOYMENT TRENDS: *International Labour Organization*. Geneva, (2011).

GRADÍN, C; DEL RÍO, C.: “El desempleo de inmigrantes, mujeres y jóvenes”, Informe sobre la desigualdad en España: Fundación alternativas, (2013).

HAUSMANN, R.; TYSON, L.D.; ZAHIDI, S.: “The Global Gender Gap Report”. World Economic Forum, (2012).

IZQUIERDO, M.; LACUESTA, A.: “The contribution of changes in employment composition and relative returns to the evolution of wage inequality: the case of Spain”, *Journal of Population Economics*, 25: 511-543, (2012).

KAKWANI, N.C.: "On a class of Poverty Measures". *Econometrica*, 48, (1980).

LACUESTA, A.; IZQUIERDO, M.: "The contribution of changes in employment composition and relative returns to the evolution of wage inequality: the case of Spain", *Journal of Population Economics*, 25(2): 511-543, (2012).

MERINO, A; AGUADO, T. y OTROS: "Incorporación de la mujer en el Mercado laboral: factores determinantes a nivel geográfico, profesional y por actividades en el sistema de seguridad social". Proyecto de investigación FIPROS, Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, (2010).

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN: *Síntesis Anual del Mercado de Trabajo 2010*. Madrid: Servicio Público de Empleo Estatal, Ministerio de Trabajo e Inmigración, (2010).

PAZOS, M.: "El papel de la igualdad de género en el cambio a un modelo productivo sostenible", *Principios*, 17: 77-102, (2010).

PIJOAN, J.; SÁNCHEZ, V.: "Spain is Different: Falling Trends of Inequality", *Review of Economic Dynamics*, 13:154-178, (2010).

SIMÓN, H.: "La desigualdad salarial en España: Una perspectiva internacional y temporal", *Investigaciones Económicas*, 33: 439-471, (2009).

Agencia Tributaria: <http://www.agenciatributaria.es>

Banco de España: <http://www.bde.es>

Eurostat: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>

Generalitat de Catalunya: <http://www20.gencat.cat>

Instituto Nacional de Estadística: <http://www.ine.es>

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD):

<http://www.oecd.org/eco/surveys/spain>

Informes y Documentos

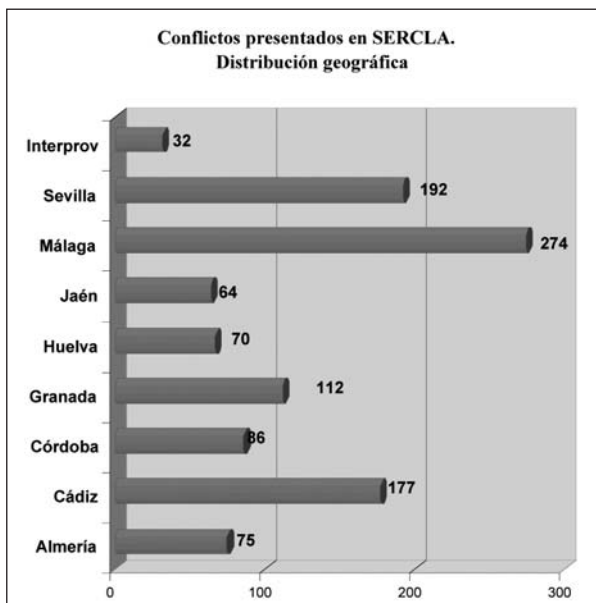
INFORME DE ACTUACIONES DEL SERCLA DURANTE 2012

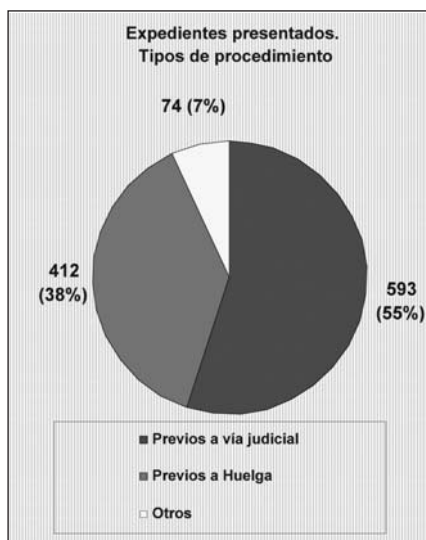
ACTUACIONES RELATIVAS A CONFLICTOS COLECTIVOS

En 2012 el SERCLA registró 1.079 expedientes de conflicto colectivo, los cuales extendían sus efectos a 26.350 empresas y 432.950 trabajadores. Este número de conflictos colectivos fue un 5% superior al registrado en 2011. Además, el SERCLA recibió 27 solicitudes de mediación en conflictos presentados frente al sector público andaluz. Por ello, el número total de conflictos registrados en el año ascendió a 1.106.

Las provincias de Málaga, Sevilla y Cádiz concentraron casi el 60% del total de los conflictos interpuestos en toda Andalucía ante este Sistema extra-judicial.

El mayor número de asuntos tramitados en SERCLA se encuadró en la modalidad de conflictos previos a la vía judicial (55%), seguidos de los conflictos previos a convocatorias de huelga (38%) y los denominados conflictos de intereses o debidos a bloqueos de negociación (6%). En menor medida, se presentaron conflictos relativos a la determinación de servicios de seguridad y mantenimiento y procedimientos de arbitraje (1%).

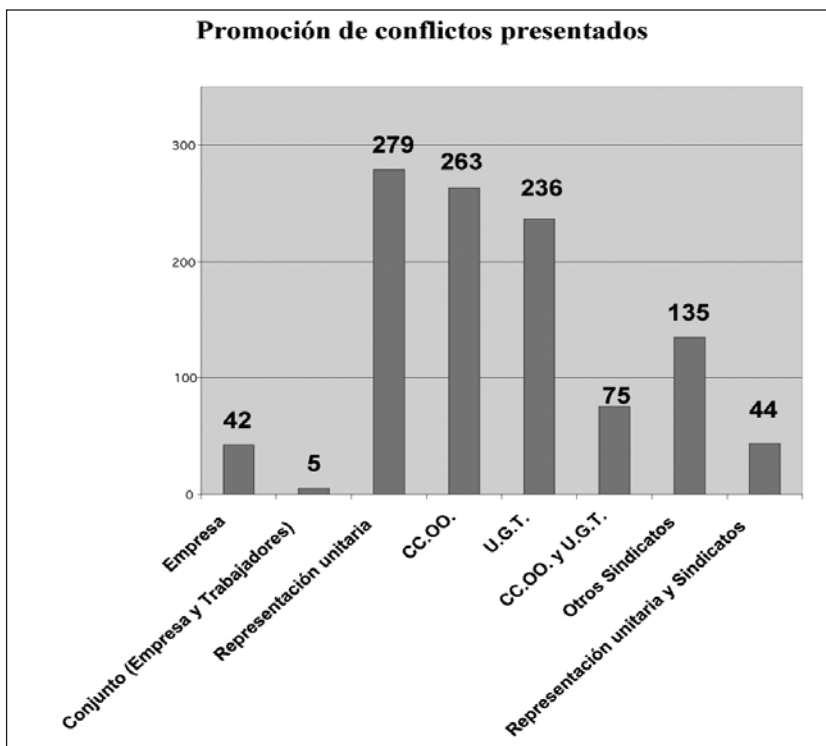
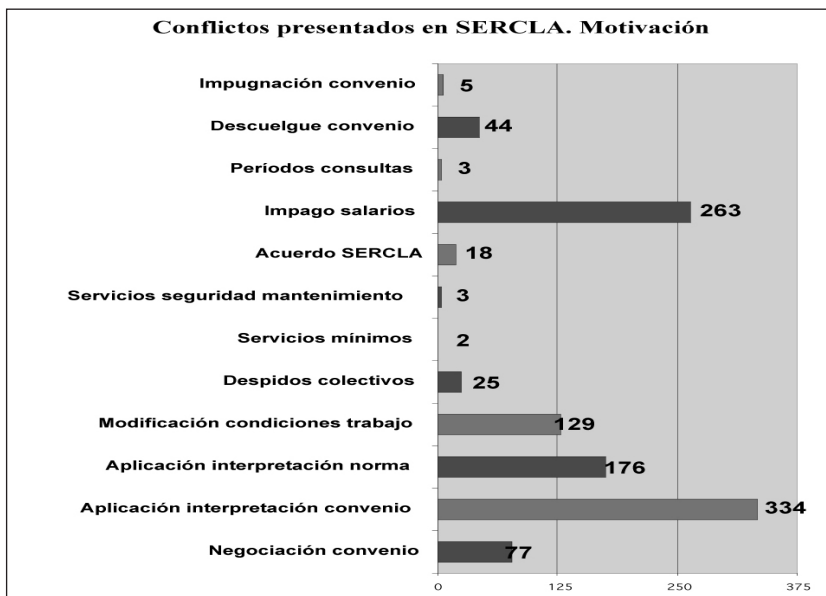




Por sectores de actividad económica, las actuaciones del SERCLA en 2012 fueron demandadas en mayor proporción en Actividades Administrativas y Servicios Auxiliares, que abarcaron el 15% del total de expedientes presentados. A continuación se situaron los encuadrados en Industrias Manufactureras, los cuales supusieron el 14% del total. Ahondando en el desglose de este sector, la mayor parte de los conflictos incluidos en el mismo pertenecían a Metalurgia e Industrias de Alimentación. Otros sectores afectados de forma significativa fueron los de Transporte (11%), Suministro de Agua y Saneamiento (11%) y Hostelería (10%).

En el año 2012, los procedimientos motivados por la aplicación e interpretación de convenios colectivos supusieron el 31% del total, siguiéndoles los ocasionados por impago de salarios (24%), los derivados de la interpretación y aplicación de normas (16%) y los relativos a la impugnación de modificaciones de condiciones de trabajo (12%). Los expedientes presentados cuyo objeto se refería a la negociación de convenio abarcaron el 7% del total. Mientras los procedimientos relativos a inaplicación de convenio alcanzaron el 4%, los motivados por despidos colectivos y plurales supusieron el 2% del total. El cumplimiento de anteriores acuerdos alcanzados en sede SERCLA motivó el 2% de los conflictos interpuestos.

El 70% de los conflictos registrados en SERCLA en 2012 tuvo promoción sindical. A las organizaciones sindicales firmantes del Acuerdo constitutivo del Sistema les correspondió la presentación del 53% del total. Otros sindicatos,

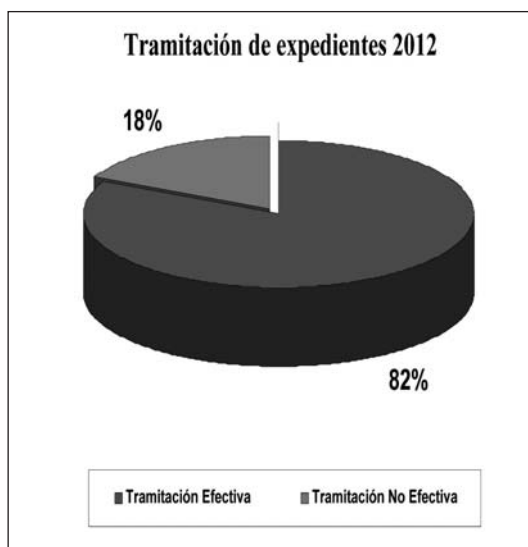


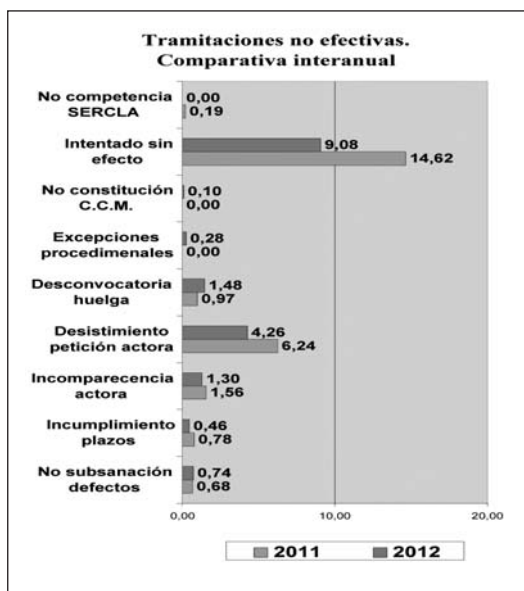
distintos de los firmantes del Acuerdo, presentaron el 13% del total de los asuntos registrados. El 26% de los 1.079 expedientes registrados en 2012 fue interpuesto por representantes unitarios de los trabajadores en la empresa. Los promovidos conjuntamente por representantes unitarios de los trabajadores y sindicatos alcanzaron el 4%. Las empresas interpusieron el 4% de los conflictos. Los planteados conjuntamente por empresarios y trabajadores no llegaron a medio punto porcentual.

El porcentaje de tramitaciones efectivas se situó en 2012 en el 82% de los procedimientos promovidos ante el Sistema, es decir, 7 puntos porcentuales por encima de la cifra del año anterior, lográndose el máximo histórico desde el nacimiento del SERCLA en 1999. En 2012, concluyeron su tramitación normal un total de 884 de los 1.075 procedimientos de mediación presentados, permitiendo la intervención efectiva del equipo mediador. Los 4 procedimientos de arbitraje solicitados concluyeron su tramitación efectiva con intervención del árbitro designado al efecto, dictándose el correspondiente laudo arbitral.

De entre los datos técnicos relativos a la tramitación de los conflictos colectivos interpuestos ante el SERCLA en 2012, cabe destacar los siguientes:

- 19 días naturales como duración media de los expedientes.
- 1,3 sesiones por expediente como promedio.
- 1 hora y 38 minutos como duración media de las sesiones de mediación.
- 283 mediadores/as actuantes.
- 16 secretarios/as intervinientes.
- 1.445 horas invertidas en sesiones de mediación.

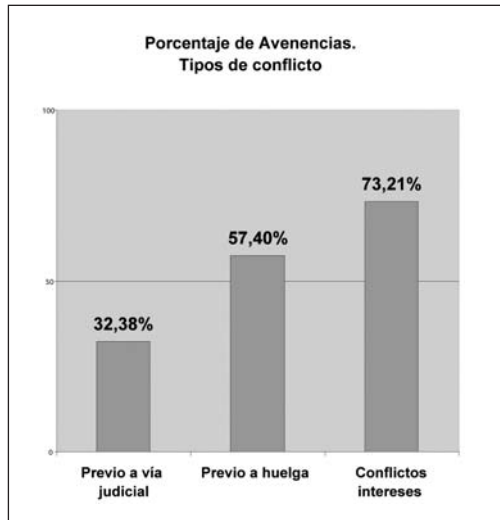




El índice global de acuerdos en el año 2012 alcanzó el 44,57% de los conflictos colectivos tramitados, finalizando con avenencia 394 de los 884 expedientes de conciliación-mediación sustanciados. Los 394 acuerdos suscritos a lo largo de 2012 en alguno de los 10 centros de actuación con que cuenta el SERCLA en Andalucía beneficiaron a 8.874 empresas. Las referidas avenencias alcanzadas extendieron sus efectos positivos a 125.488 trabajadores. En los 14 años de actuaciones de este Sistema desde su nacimiento, se han suscrito un total de 4.023 acuerdos, los cuales han extendido sus efectos a 312.617 empresas y a 2.587.487 trabajadores andaluces. Los resultados de 2012 ofrecen diferencias en función del tipo de conflicto de que se trate, apreciándose un porcentaje de acuerdos más elevado en los procedimientos que no constituyen instancia previa al proceso judicial, tales como los conflictos previos a huelga y los conflictos de intereses debidos a bloqueos de negociación. En los previos a la vía judicial se alcanzó el 32,38% de avenencias. En los previos a huelga se acordó el 57,40%. La mediación SERCLA evitó 194 huelgas, recuperando 809.784 horas de trabajo en Andalucía. Desde 1999, este Sistema ha evitado la pérdida de 32 millones de horas de trabajo en nuestra Comunidad.

Entre los conflictos sectoriales en los que la avenencia firmada en SERCLA supuso la evitación de la correspondiente huelga, cabe citar los referidos a Manipulado Hortofrutícola de Almería, Transporte Sanitario de Cádiz y Comercio de Alimentación de Sevilla.

En los conflictos de intereses, debidos a bloqueos de negociación, se alcanzó acuerdo en el 73,21% de los tramitados. La intervención de este Sistema Extrajudicial en 2012 sirvió para lograr acuerdos superadores de situaciones de impasse en la negociación de convenios sectoriales tales como Panaderías de Cádiz, Oficinas y Despachos de Granada y Confiterías de Sevilla.



ACTUACIONES RELATIVAS A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS INDIVIDUALES

En 2012 el SERCLA registró un total 416 expedientes de conflictos individuales. La mayor parte de las motivaciones de estos conflictos se refirieron a Modificación sustancial condiciones de trabajo (251), siguiéndole Reducción de Jornada (70), Clasificación profesional (30), Traslados y desplazamientos (24), Vacaciones (19), Licencias y Permisos (10), Movilidad funcional (7) y Trabajos de superior o inferior categoría (5). Si se atiende al carácter preceptivo o no de este trámite ante el SERCLA, se observa que la intervención de este Sistema fue trámite obligatorio en 52 conflictos (12,5%), siendo voluntaria en los 364 restantes (87,5%). La tramitación efectiva de los expedientes se extiende hasta el 70,67% del total de los presentados. La duración media de las sesiones de mediación celebradas se situó en 50 minutos. El montante global de horas invertidas en sesiones de mediación ascendió a 245. Los mediadores actuantes fueron 168, interviniendo 15 funcionarios de carrera de la Administración autonómica como secretarios. Se celebraron como promedio 1,2 sesiones de mediación por expediente tramitado. Se alcanzó acuerdo en tercio de los conflictos individuales tramitados, de forma que el porcentaje global de avenencias se elevó hasta el 33,33%.

Comentarios de Jurisprudencia

FACULTADES DE CONTROL EMPRESARIAL Y CIRUITO CERRADO DE TELEVISIÓN

STC 29/2013, de 11 de febrero

M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ*

SUPUESTO DE HECHO: El recurrente en amparo presta sus servicios desde octubre de 1989 en la Universidad de Sevilla, con la categoría profesional de director de servicio habilitado, desarrollando sus funciones como subdirector de la unidad técnica de orientación e inserción profesional. Ante la sospecha de irregularidades en el cumplimiento de su jornada laboral, el director de recursos humanos decidió que el jefe de la unidad de seguridad articulase los medios precisos para determinar las horas de entrada y salida del demandante de su puesto de trabajo durante los meses de enero y febrero de 2006 para lo que debía valerse, si fuera necesario, de la información de las cámaras de video instaladas en los accesos a las dependencias. En marzo de 2006 se acordó la incoación de un expediente disciplinario. Por resolución rectoral de 31 de mayo de 2006 se le impusieron tres sanciones de suspensión de empleo y sueldo por la comisión de tres faltas muy graves. No conforme con ello interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla, que la desestimó, en sentencia de 5 de septiembre de 2007. Contra la sentencia desestimatoria se interpuso recurso de suplicación, que fue también desestimado por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de mayo de 2009. El demandante recurre en amparo ante el Tribunal alegando vulneración de derechos fundamentales.

RESUMEN: El Tribunal Constitucional se pronuncia en sentencia de 11 de febrero de 2013 otorgando el amparo solicitado y, en consecuencia, declarando la nulidad de las sentencias antedichas, de la resolución rectoral por la que se impuso la suspensión de empleo y sueldo y reconociendo el derecho fundamental del solicitante de amparo a la protección de datos de carácter personal.

* Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. EL CASO ENJUICIADO
2. ALGUNAS CUESTIONES BÁSICAS SOBRE LOS LÍMITES A LAS FACULTADES DE VIGILANCIA Y CONTROL DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
3. POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA STC 29/2013, DE 11 DE FEBRERO
4. EL “OLVIDO” DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
5. BREVE REFLEXIÓN FINAL

INTRODUCCIÓN

Antes de iniciar el comentario de la Sentencia que ha acaparado nuestro interés y, como primera aproximación, habría que recordar que las facultades de vigilancia y control son aquellas que, incardinadas dentro del poder de dirección y organización del empresario, le permiten a éste adoptar medidas de supervisión o vigilancia de la actividad laboral. Estas medidas quedan justificadas por las propias características de la relación laboral y por la incorporación del trabajador al ámbito organizativo de la empresa que concede al empleador un paralelo poder organizador. Están reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico laboral con carácter general en el artículo 20.3, en el que se dispone que “el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. En este sentido, las facultades de control y vigilancia de la prestación de trabajo quedarían incardinadas dentro del poder de dirección del empresario, circunstancia que nos conduce a delimitar e identificar este poder de dirección, y a su vez, a definir y a encontrar la razón de ser o fundamento del poder de control. Sobre las medidas concretas de control, la norma laboral nos indica únicamente que serán las que el empresario “estime más oportunas”. Por tanto, corresponderá a la empresa definir y establecer las medidas y los mecanismos de control sobre la prestación de trabajo.

Son, pues, muchas las facultades fiscalizadoras de las que goza el empresario. Pero ante esa facultad empresarial de implantar cualquier sistema de fiscalización previsto en el ET, se interpone una barrera o límite infranqueable: que en la adopción y aplicación de tales medidas se guarde la consideración debida a la dignidad del trabajador.

Corroborando ese marco legal, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho a la intimidad no impide el ejercicio de las facultades de vigilancia y control por parte del empresario y puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes cuando sea necesario para conseguir un fin legítimo, como verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes

aunque ello haya de hacerse de forma proporcionada y respetando el contenido esencial del derecho.¹ El paradigma del principio de proporcionalidad, condiciona el lugar, la forma y los medios utilizados para el control.² En sucesivos pronunciamientos, el Tribunal ha fijado los límites y condiciones de ejercicio del poder de vigilancia y control, a través de sentencias como STC 98/2000 y 186/2000, que recordaremos en las próximas líneas. También el Tribunal Supremo ha venido afirmando que el derecho de vigilancia que corresponde al empresario, integrando la facultad directiva y controladora es imprescindible para la buena marcha de la actividad empresarial.³

En el caso que ahora nos ocupa, el Alto Tribunal parece centrar su atención en un aspecto no tenido en cuenta en anteriores ocasiones, de ahí lo novedoso e interesante de este reciente pronunciamiento que hace prevalecer el *derecho del trabajador a ser informado sobre la supervisión laboral* asociada a las capturas de su imagen sobre esas facultades “fiscalizadoras” reconocidas al empresario.

Analicemos, en primer lugar, el caso en cuestión, para después, y antes de desgranar los términos de la sentencia, recordar algunas cuestiones básicas sobre los condicionantes o límites al ejercicio de las facultades de vigilancia y control empresarial ya asentadas desde la jurisprudencia constitucional.

1. EL CASO ENJUICIADO

La Universidad de Sevilla, existiendo serios indicios de que el sujeto en cuestión incumplía de manera reiterada su jornada laboral, y con el fin de comprobar esos extremos, decide utilizar, sin informar previamente al afectado, una instalación de video-vigilancia instalada en el campus con otra finalidad (control de acceso de las personas de la comunidad universitaria y del personal de empresas externas a sus campus y centros), aprovechando que dos de las cámaras que componían la instalación controlaban los dos únicos accesos a las dependencias donde prestaba servicios el trabajador, según se relata en la Sentencia del Tribunal Constitucional.

Gracias al control realizado a través de las imágenes grabadas por esas cámaras, la Universidad pudo constatar que mientras que en las hojas de control de asistencia de su unidad administrativa, correspondientes a los meses de enero y febrero de 2006, el trabajador consignó y firmó cada día como

¹ SSTC 57/1994 y 143/1994, citadas por Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Contrato de trabajo e intimidad del trabajador, Universidad de Huelva, 2004.

² Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, cit. p. 39.

³ STS de 19 de julio de 1989.

momento de entrada las 8:00 horas y, de salida, las 15:00 horas, en realidad, el trabajador permaneció en las dependencias de su unidad en horarios muy diferentes a los señalados, acreditándose en la mayor parte de los días laborables (cerca de una treintena, según concretan los hechos probados de las resoluciones recurridas) una demora variable en la hora de entrada al trabajo de entre treinta minutos y varias horas. En consecuencia, y ante tales incumplimientos, se acuerda la incoación de un expediente disciplinario, procediendo a aplicar las correspondientes sanciones en base al artículo 54.2 apartados a) y d) del ET. En concreto, se le impusieron tres sanciones de suspensión de empleo y sueldo de tres meses cada una por la comisión de tres faltas muy graves: faltas reiteradas e injustificadas de puntualidad en la entrada al trabajo, trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, y faltas de asistencia injustificadas al trabajo durante más de tres días en un mes.

No conforme con ello, el actor presentó reclamación previa, que fue expresamente desestimada. Entre otros muchos extremos, el demandante manifestaba que en el expediente disciplinario se preconstituyó ilegalmente la prueba mediante la utilización de las grabaciones video-gráficas pese a no existir autorización expresa para tal control laboral, ni explicación de ese seguimiento individualizado.

2. ALGUNAS CUESTIONES BÁSICAS SOBRE LOS LÍMITES A LAS FACULTADES DE VIGILANCIA Y CONTROL DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Resulta trivial afirmar que la adopción de un sistema de video-vigilancia en el lugar de trabajo sin conocimiento del trabajador no sólo constituye una ilegítima privación del derecho a disponer de los propios datos personales, sino una intromisión en el ámbito protegido por el derecho a la esfera privada del trabajador. Es probablemente el atentado más grave que se pueda cometer en esta materia porque tiene unas connotaciones expropiatorias especialmente intensas.

Sin embargo, tampoco se puede descartar por completo la posibilidad de control oculto. Hay que reconocer que a veces el recurso a la video-vigilancia solo es eficaz si se adopta de forma secreta, y que, por tanto, imponer la obligación de informar a los afectados puede hacer inútil la video-vigilancia,⁴ ya que se suele recurrir a ella para detectar actividades fraudulentas o ilícitas del trabajador.

⁴En este sentido, Goñi Sefín, La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales, Thomson Civitas 2007.

Al respecto, parece interesante traer a colación el Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT en materia de protección de datos de los trabajadores. Nos dice lo siguiente (reproducción literal): *El secreto en materia de vigilancia sólo debería permitirse cuando a) se realice de conformidad con la legislación nacional; o b) existan sospechas suficientes de actividad delictiva u otras infracciones graves.*

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha establecido también una serie de condicionantes o límites a su ejercicio que las medidas de control empresarial deben cumplir necesariamente para que puedan ser consideradas legítimas. Tales condiciones han sido extraídas de la doctrina derivada de pronunciamientos tan comentados por su significación como la STC 98/2000, de 10 de abril y la STC 186/2000, de 10 de julio, primeras sentencias que abordaron directamente el trasfondo constitucional de las medidas de control y vigilancia.⁵

Así, la STC 98/2000 aplica el criterio o “principio de proporcionalidad” e “intervención mínima” como base en el ejercicio de las facultades de control, precisando que las modulaciones al ejercicio de los derechos fundamentales que la relación laboral impone *tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes al derecho en cuestión, habrá que emplear éstas últimas y no aquéllas más agresivas y afectantes.* En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad.

Según la STC 186/2000 para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En el caso enjuiciado en la sentencia antedicha (STC 186/2000)⁶ el Tribunal Constitucional, ponderando los intereses en juego y verificado el cumplimiento del principio de proporcionalidad, bendecía cómo excepción un

⁵ AA.VV., (Dir. García Ninet). El control empresarial en el ámbito laboral. CISS. Valencia, 2005.

⁶ Véase, al respecto, los cometarios de Escribano Gutiérrez, “El derecho a la intimidad del trabajador. A propósito de la STC 186/2000 de 10 de julio. RL, 2001, I.

control oculto: la validez de la prueba derivada de la obtención de imágenes por unas cámaras instaladas por una empresa sin conocimiento de trabajadores ni de sus representantes a resultas de la existencia de serios indicios de determinadas actuaciones irregulares por parte de unos trabajadores, como así se acreditó gracias a las imágenes.

En esta ocasión, el Tribunal puso de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales preserven «el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito –modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente– de su libertad constitucional pues, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo deberá producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador y, muy especialmente, del derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 CE, teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad.

En definitiva, se deja claro que el control que debe realizar el Constitucional de las resoluciones judiciales recurridas en amparo ha de recaer, precisamente en enjuiciar si el órgano jurisdiccional ha ponderado adecuadamente que la instalación y empleo de medios de captación y grabación de imágenes por la empresa ha respetado el derecho a la intimidad personal del solicitante de amparo, de conformidad con las exigencias del principio de proporcionalidad.

En el caso analizado por la STC 186/2000, la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada), por lo que el Tribunal descarta que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE .

El Tribunal dejó claro que, en esta ocasión, la intimidad del recurrente no resultó agredida por el mero hecho de filmar cómo desempeñaba las tareas encomendadas en su puesto de trabajo, pues esa medida no era arbitraria ni caprichosa, ni se pretendía con la misma divulgar su conducta, sino que se trataba de obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral, pretensión justificada por la circunstancia de haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador, constitutivas de transgresión a la buena fe contractual. Se trataba, en suma, de verificar las fundadas sospechas

de la empresa sobre la torticera conducta del trabajador, sospechas que efectivamente resultaron corroboradas por las grabaciones videográficas.

3. POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA STC 29/2013, DE 11 DE FEBRERO

El interés, por la novedad de sus argumentos, de la sentencia seleccionada es que la atención se centra no en si la instalación de video-vigilancia oculta (que, recordemos, es un supuesto excepcional) ataca el derecho fundamental a la intimidad recogido en el artículo 18.1 de la Constitución, (pues el propio Tribunal Constitucional en anteriores pronunciamientos ha dicho que no lo ataca si se superan todos los filtros antes enumerados), sino en el derecho a la protección de datos de carácter personal del 18.4 y, más concretamente, en la ausencia de la información que debe ofrecerse al afectado sobre el tratamientos de sus datos.

Recordemos que en el caso enjuiciado por la STC 29/2013 las cámaras de video-vigilancia instaladas en el recinto universitario reprodujeron la imagen del recurrente y permitieron el control de su jornada de trabajo. El Tribunal insiste en que captaron su imagen, que constituye un dato de carácter personal, y se emplearon para el seguimiento del cumplimiento de su contrato. La Universidad no informó al trabajador de que iba a utilizar las imágenes de las cámaras para un fin distinto al que justificó su instalación, considerando el Tribunal que esa falta de información afecta a una de las garantías nucleares del derecho fundamental y, por lo tanto, el uso dado por la Universidad a esas imágenes es contrario a derecho.

En esta ocasión el Tribunal se apoya en los argumentos esgrimidos por la STC 292/2000, de 30 de noviembre, descartando los precedentes que, hasta la fecha, habían servido de referentes para determinar la jurisprudencia constitucional en la materia, como son las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio, anteriormente citadas.

Considera el constituyente que el asunto enjuiciado difiere de esos precedentes; nos recuerda que la STC 98/2000, de 10 de abril, se ocupaba de la instalación de micrófonos (vigilancia auditiva) en las dependencias que constituían el lugar de trabajo (vigilancia en el puesto de trabajo) con conocimiento de los trabajadores y del comité de empresa (vigilancia conocida e informada). El derecho fundamental alegado era el del art.18.1 CE, no el del art. 18.4 CE (que es el que ahora nos ocupa) y, por razones de congruencia con lo aducido en el recurso, a ese derecho del art. 18.1 CE atendió la construcción del Tribunal.⁷

⁷ Explica el Tribunal que ni siquiera cita la sentencia el derecho a la protección de datos personales o su Ley Orgánica reguladora, haciéndolo en cambio con la Ley Orgánica 1/1982, de

En lo que respecta a la STC 186/2000, en ella no se planteaba una hipótesis de utilización de las grabaciones (allí sí de imágenes) para un fin distinto al expresamente divulgado sino una grabación secreta de la actividad laboral. En segundo lugar, la grabación, al igual que en la STC 98/2000, se producía en el puesto de trabajo, no en los vestíbulos y lugares públicos de paso, esto es, fuera de las dependencias en las que se perfecciona la actividad, como sucede en esta ocasión según hemos relatado en los antecedentes y luego precisaremos. Además, el examen se centró en la proporcionalidad de la medida y en la validez probatoria de las grabaciones, siendo residual el aspecto relativo a la información de su existencia. El Tribunal insiste que el debate, como también ocurriera en la STC 98/2000, quedaba reducido al art. 18.1 CE, sin mención siquiera del art. 18.4 CE.

De este modo, la atención se centra en la STC 292/2000 y en concreto en varios de sus fundamentos jurídicos. Nos recuerda que, según el fundamento jurídico 4, «el constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 CE no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto». En el fundamento jurídico 5, se insiste en que « [l]a peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental, tan afín como es el de la intimidad, radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran». En el fundamento jurídico 6, se deja claro que « [l]a función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad⁸. En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin». Arguye que si bien es cierto que esa exigencia informativa no puede tenerse por absoluta, dado que cabe concebir limitaciones por razones constitucionalmente admisibles y legalmente previstas, no debe olvidarse que la Constitución ha querido que la ley, y sólo la

5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen o, en otras palabras, enjuiciando si en aquel acto empresarial se daba una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad.

⁸ Véase STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8.

ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental, exigiendo además que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido.

Aplicando la doctrina expuesta, la sentencia de 11 de febrero acaba concluyendo que no hay una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales. Tampoco podría situarse su fundamento en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia. Esa lógica fundada en la utilidad o conveniencia empresarial haría quebrar la efectividad del derecho fundamental, en su núcleo esencial, pues se confundiría la legitimidad del fin⁹ con la constitucionalidad del acto¹⁰, cuando lo cierto es que cabe proclamar la legitimidad de aquel propósito¹¹ pero, del mismo modo, declarar que lesiona el art. 18.4 CE la utilización para llevarlo a cabo de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible.

En base a todos estos razonamientos, el Constitucional insiste en, que, tal y como se ha establecido de forma reiterada, las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales Pero al igual que el interés público en sancionar infracciones administrativas resulta insuficiente para que la Administración pueda sustraer al interesado información relativa al fichero y sus datos¹², tampoco el interés privado del empresario podrá justificar que el tratamiento de datos sea empleado en contra del trabajador sin una información previa sobre el control laboral puesto en práctica.

La STC nos deja claro que en el ámbito laboral no hay una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental del art. 18.4 CE. Por tanto, no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la Ley (arts. 6.2 LOPD y 20 LET), o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa.

⁹ En este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos, art. 20.3 LET en relación con el art. 6.2 LOPD.

¹⁰ Que, según el art. 5 LOPD, exige ofrecer previamente la información necesaria.

¹¹ Según el artículo 6.2 LOPD, incluso sin consentimiento del trabajador.

¹² Según dispone el art. 5.1 y 2 LOPD y se fundamenta en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 18.

4. EL “OLVIDO” DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La sentencia comentada cuenta con un voto particular emitido por el Magistrado don Andrés OLLERO TASSARA, con el que pretende dejar constancia de su opinión discrepante. Vamos a hacer referencia a tres cuestiones básicas reseñadas en su discurso.

En primer lugar, hace hincapié el Magistrado en que el artículo 18 CE¹³ ha dado paso al reconocimiento de un autónomo derecho constitucional a la protección de datos, difícil de delimitar con el derecho a la intimidad propiamente dicho. A pesar de ello, la sentencia afirma que, aunque existe “una cita plural (apartados 1 y 4 del art. 18 CE), la demanda se contrae exclusivamente a lo dispuesto en el número cuatro de dicha previsión constitucional, esto es, a la *vulneración del derecho a la protección de datos*. Así queda justificada- postura no compartida por el Magistrado- el reiterado rechazo de la doctrina recogida en la STC 186/2000, de 10 julio, en la que si bien la argumentación gira en torno a la protección del derecho a la intimidad, es obvio- en opinión de OLLERO, y modestamente en la nuestra propia- que era también entonces el derecho de protección de datos el que materialmente estaba en juego. Sin embargo, la argumentación que fundamenta el fallo opta por apoyarse de modo exclusivo en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que emite un juicio -inevitablemente abstracto- sobre la constitucionalidad de una ley, y no “en otros precedentes de este Tribunal”, en palabras del Magistrado, relativos a recursos de amparo que enjuician circunstancias concretas y similares a las ahora analizadas.¹⁴

En segundo lugar, OLLERO no quiere pasar por alto que, aunque se afirma en la Sentencia que el derecho fundamental a la protección de datos “fue vulnerado con la utilización no consentida ni previamente informada de las grabaciones para un fin, desconocido por el afectado, de control de su actividad laboral”. No hay duda que, en vía jurisdiccional se había considerado probado que entre las diecinueve autorizaciones con que contaba la Universidad hispalense para hacer uso de los soportes informáticos o ficheros grabados por sus videocámaras figuraba una dirigida “al control de acceso de las personas de la comunidad universitaria”. Igualmente que “las zonas video-vigiladas con

¹³ Art. 18.4 CE: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

¹⁴ Insiste el Magistrado en la ya aludida STC 186/2000. También se refiere a la STC 202/1999, de 8 de noviembre, sobre tratamiento y conservación en soporte informático de los datos atinentes a la salud del trabajador, con el fin de perseguir un control más eficaz del absentismo laboral.

cámaras de vigilancia y seguridad como medida de seguridad pública en un lugar tan abierto al público contenían distintivos informativos, colocados en distintas puertas de acceso a la Universidad, acerca de la existencia de dichas cámaras perfectamente visible por todos”.

Todo ello puede explicar que en sede jurisdiccional se hubiera afirmado que “no puede compartirse la apreciación de que la demandada careciera de autorización para controlar por video-vigilancia la entrada al trabajo del personal laboral a su servicio”. En su opinión, y a la vista de lo argumentado, no parece razonable dar por sentado que nos encontremos ante el interés empresarial de -con el fin de asegurar la máxima eficacia de la vigilancia- controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos-.

En tercer y último lugar, y es este punto el que queremos destacar, la STC 186/2000, que tan reiteradamente se descarta, resaltaba cómo “debe tenerse en cuenta que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales”. Como ya sabemos, por supuesto, dichas medidas han de ser proporcionadas, tras ponderarse las exigencias de los derechos fundamentales en juego. Sin embargo, la Sentencia de la que se discrepa se ahorra toda ponderación; la antecedente, tras la obligada ponderación, dictaminaba que el derecho a la intimidad no había sido vulnerado.

Podemos matizar, afirmando que sí se ha producido en este caso ponderación, estimándose que la protección de datos personales prima sobre las medidas empresariales; y ello implica una sorprendente valoración del peso de los derechos a la intimidad y del derecho a la protección de datos.

Es bien sabido que este último, dado su carácter instrumental al servicio de otros derechos, amplía el ámbito de protección del propio del derecho a la intimidad, al extenderse a todo tipo de datos. Asunto distinto, sin embargo, es que —a la hora de ponderarlo— al derecho a la protección de datos se le pueda atribuir más peso del antes adjudicado al derecho a la intimidad.

5. BREVE REFLEXIÓN FINAL

A raíz de este pronunciamiento se nos plantean dudas que, en este ámbito, y dada la clara postura que, al respecto, había mantenido el Constitucional, ya parecían haber quedado resueltas. ¿Dónde queda el carácter relativo y no absoluto de los derechos fundamentales? ¿Dónde queda la ponderación con otros intereses de relevancia constitucional?

Desde un punto de vista eminentemente práctico, ¿cómo se pueden solventar estos supuestos? Esto es, partiendo de esta postura del Tribunal Constitucional, ¿cómo el empresario podrá ejercer su poder de dirección y más concretamente su poder de control y vigilancia para verificar incumplimientos laborales sin vulnerar el derecho fundamental del trabajador reconocido en el artículo 18 CE? ¿Tendrá que recurrir a un detective privado¹⁵ con el fin de verificar incumplimientos contractuales o actos ilícitos laborales, o de comprobar la diligencia empleada en la ejecución de la prestación? ¿Deberá solicitar una previa autorización judicial?

Sin duda, la aplicación del principio de finalidad legítima (necesaria concurrencia de un interés empresarial constitucionalmente relevante), del principio de proporcionalidad y, especialmente del principio de transparencia (información previa a los trabajadores y afectados) asegurará el ejercicio legítimo del poder de dirección empresarial y, más concretamente, del poder de vigilancia y control. Sólo la interpretación flexible y equitativa de estos principios por parte de los Tribunales podrá garantizar el respeto y la no vulneración de los derechos fundamentales del trabajador (y en particular los derechos reconocidos en el artículo 18 CE- el derecho a la intimidad y a la protección de datos) al mismo tiempo que permitirá al empresario el ejercicio de las facultades contenidas en su poder de dirección.

¹⁵ El recurso a detectives privados es una de las hipótesis que suscita más dudas de legalidad. Interesantes, en este sentido, los comentarios de Goñi, cit. pp. 161 a 164, con cita de sentencias provenientes de los TSJ.

LA URGENCIA VITAL EN EL REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS. RÉGIMEN JURÍDICO Y REQUISITOS

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2012

VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN*

SUPUESTO DE HECHO: El recurrente, presentando un síndrome isquémico coronario agudo y cuadro de insuficiencia cardiaca, ingresa en el Hospital Universitario de Canarias, en el que se le prescribe la realización de una operación quirúrgica, si bien, ante la carencia de los medios necesarios para ello es remitido a la Clínica Puerta de Hierro de Madrid. El rechazo que ésta manifiesta a la práctica de la intervención requerida por no considerar al paciente candidato para tratamiento quirúrgico motiva que el Servicio Canario de Salud contacte con la Clínica Ruber de Madrid, instándole la realización de dicha intervención. La solicitud es aceptada por el centro sanitario privado en cuestión, quedando programada la operación para la fecha en que el doctor designado volviese de vacaciones, con la advertencia de que, mientras tanto, el paciente no debía realizar ningún esfuerzo y había de estar sometido a riguroso control médico. El actor reclama el reintegro de la cantidad de 38.218,01 euros, en concepto de gastos originados por la revascularización miocárdica que le fue practicada en la sanidad privada.

RESUMEN: La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2012 (ROJ: STS 1196/2012) resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina formulado contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias de 19 de noviembre de 2010, resolución que, a su vez, resolvió el interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 15 de octubre de 2009. El alto tribunal ha de determinar en el presente caso si procede o no el reintegro de los gastos dimanados de la asistencia sanitaria dispensada en una clínica privada y, por tanto, a través de un medio ajeno al Sistema Nacional de Salud. Tras estimar la concurrencia de los requisitos legal y reglamentariamente exigidos para la articulación del derecho al reembolso, la Sala revoca finalmente la sentencia recurrida.

* Becaria de investigación FPU. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. MARCO NORMATIVO DEL REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS
3. REQUISITOS EXIGIDOS
 - 3.1. El carácter vital de la urgencia
 - 3.2. El carácter urgente e inmediato de la asistencia sanitaria requerida
 - 3.3. La imposibilidad de utilización oportuna de los servicios públicos de salud
 - 3.4. La inexistencia de una utilización abusiva de los servicios
4. VALORACIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

La urgencia vital en cuanto causa justificativa de la intervención de la medicina privada a cargo del Sistema Nacional de Salud se caracteriza por una marcada circunstancialidad¹, de modo que toda aproximación al tema requiere una exigente labor de espiguo en los factores que asisten a su concurrencia. No en vano, se ha afirmado que “los supuestos de urgencia vital e imposibilidad de utilizar oportunamente los servicios de salud no se presentan normalmente en su pureza conceptual, sino que generalmente lo hacen en circunstancias que dificultan su identificación”². En efecto, el carácter litigioso de la cuestión motiva que la jurisprudencia haya desempeñado un papel clave en la definición y delimitación de los conceptos que incorpora la articulación de la asistencia sanitaria a través de medios ajenos al Sistema Nacional de Salud. Téngase en cuenta que términos como el de urgencia vital, llevan aparejadas las dificultades propias de todos los conceptos que, no siendo jurídicos, son convertidos en tales al constituir el supuesto de hecho de determinadas normas³.

En definitiva, y siendo como es el reintegro de gastos médicos una materia eminentemente casuística, el buceo jurisprudencial al respecto se evidencia como una eficaz forma de descender a su razón de ser, contenido e implicaciones. La STS de 31 de enero de 2012 constituye uno de los más recientes exponentes de lo antedicho, de ahí el interés que reviste el estudio de las conclusiones en ella vertidas. Lo cierto es que no supone un pronunciamiento

¹ El peligro para la vida o salud de una persona se halla en función de múltiples factores, señaladamente: la gravedad de la enfermedad o lesión, la distancia del centro sanitario más próximo, el equipamiento disponible en éste, el sistema de comunicaciones o la intensidad del tráfico, así como las características de los medios de locomoción empleados. Véase RUBIO SÁNCHEZ, F.: “Estudio de algunos supuestos de reintegro de gastos por prestaciones sanitarias externas al Sistema Nacional de Salud”, en *Revista Aranzadi Social*, BIB 1999\1540.

² STSJ de Islas Baleares de 6 de mayo de 2009.

³ APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Cívitas, Madrid, 1989, pág. 240.

judicial más al respecto, pues, con mayor ambición, permite repasar y repensar la doctrina jurisprudencial más actualizada en la materia. Es por ello que, a lo largo de las líneas que siguen, se propone un recorrido de la asistencia sanitaria externa al Sistema Nacional de Salud, con la resolución en cuestión como telón de fondo, pero sin dejar de hurgar en las principales aportaciones doctrinales que tanto han contribuido en la labor acotadora de la urgencia vital como supuesto que justifica la articulación del reembolso de los gastos médicos.

2. MARCO NORMATIVO DEL REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS

El derecho a la asistencia sanitaria reconocido en el art. 43 CE se materializa a través de los centros e instituciones, bien propias, bien concertadas, que integran el Sistema Nacional de Salud, en lo que constituye un sistema de prestación directa. Así se desprende del art. 45 LGS, el cual preceptúa que “el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud”. Es, por tanto, mediante sus estructuras como se dispensa el servicio público fundamental en que la sanidad consiste. Consecuentemente, la vertiente sanitaria de nuestro modelo de protección social no asume, en principio, la cobertura de los gastos derivados de la provisión de prestaciones en medios que no sean los designados y organizados al efecto. Si el titular acude a otros al margen de la infraestructura que el sistema dispone en cumplimiento del mandato constitucional del art. 43, correrán a su cargo los costes emanados de la atención sanitaria recibida⁴, salvo determinados supuestos excepcionales estipulados bajo la figura del reintegro de gastos. Es ésta, por tanto, la principal lanza que rompe la regla básica de provisión de prestaciones sanitarias mediante las instituciones del SNS, si bien sujeta a severos y rigurosos límites según se analizará más adelante.

Al tema se refiere el art. 102.3 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aún en vigor, señalando que “las Entidades obligadas a prestar asistencia sani-

⁴ El art. 17 LGS señala que “las Administraciones Públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos no abonarán a estos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias”.

taria no abonarán los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que le hayan sido asignados, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen”. En similares términos se expresa el art. 9 LCC al disponer que “las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud únicamente se facilitarán por el personal legalmente habilitado, en centros y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquel, sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte”. No resulta costoso advertir que los casos extraordinarios de asistencia sanitaria a través de medios extraños al SNS suponen una suerte de mecanismo complementario de garantía en la satisfacción del derecho constitucional a la protección de la salud⁵ y, por tanto, una extensión de la protección, puesto que “ésta ya no comprende sólo la asistencia con medios propios, sino también, en determinados supuestos, la prestada por medios ajenos”⁶. En este sentido, y conforme reiterada jurisprudencia, el reintegro de gastos médicos es mucho más que una simple reclamación de cantidad, es una ampliación de la cobertura de la acción protectora a tales supuestos excepcionales⁷.

La técnica del reembolso de los costes derivados de la asistencia recibida en servicios ajenos al Sistema Nacional de Salud goza, conviene insistir, de carácter excepcional. Lo cierto es que no existe un derecho de opción a favor del enfermo o de sus familiares entre la medicina pública o la privada, de modo que carecen de la posibilidad de obtener el reintegro de aquellos gastos ocasionados por la dispensación de unos servicios sanitarios que podían haber sido

⁵ Areta Martínez, M.: “Sobre el carácter excepcional del reintegro de gastos sanitarios por el sistema nacional de salud y la inclusión o no de la asistencia sanitaria pública en el Sistema de Seguridad Social”, en *Revista Aranzadi Social*, núm. 20 (2007), BIB 2007\2783.

⁶ Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E.: “El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social”, en *RMTAS*, núm. 44 (2003), pág. 21.

⁷ Indicó la STS de 7 de julio 1995, y reiteraron con posterioridad las de 17 de julio de 2000, 20 de marzo de 2001 y 30 de junio de 2004, que “la colocación de las normas de la Seguridad Social de la acción de reintegro de gastos médicos abona su consideración de prestación, y esta consideración se confirma atendiendo a su intrínseca naturaleza, pues es ciertamente una reclamación de cantidad, pero esta cantidad no es sino el valor de la prestación de la asistencia sanitaria que el beneficiario o sus familiares han decidido recibir por servicios ajenos a la Seguridad Social, bien porque ésta se la denegó indebidamente, bien porque razones de urgencia vital obligaron a prescindir de los servicios asignados por la Entidad Gestora. El derecho a este reintegro presupone el derecho a la prestación, y por consiguiente si es declarado el derecho al mismo, implica el reconocimiento a la prestación de asistencia sanitaria, y a su vez si no existe este derecho a la prestación el reintegro debe ser denegado”.

provistos en las instalaciones del SNS. Se trata de diferenciar entre necesidad y deseo, y es que “la satisfacción de los deseos, por muy legítima y comprensible que resulte, no puede ser objeto de un sistema público de protección instrumentado para atender necesidades y sostenido por la solidaria contribución de todos los ciudadanos”⁸. El marcado carácter extraordinario de la cuestión reside, por tanto, en razones estrechamente imbricadas en la racionalización que ha de presidir la gestión de los recursos sanitarios disponibles. En este sentido, se ha afirmado que “un sistema público de prestación directa tiene ventajas importantes, pero de él se derivan también limitaciones por exigencias organizativas y financieras”⁹. El objetivo reside, pues, en una eficaz armonización entre la administración de los medios sanitarios limitados y las necesidades de asistencia en casos extremos no susceptibles de ser atendidos en el seno de la sanidad pública. En efecto, se trata de lograr el equilibrio entre, de un lado, la garantía del derecho fundamental a la asistencia sanitaria, materializado conforme a su predicación constitucional en prestaciones suficientes y de calidad e iguales para todos (universales) y, de otro, la organización de unos recursos tasados y limitados en el seno de un servicio cuya estabilidad financiera es inquebrantable premisa, máxime cuando de ésta depende la garantía de las anteriores notas asociadas a las prestaciones sanitarias. Por tanto, los criterios de igualdad e idoneidad han de compatibilizarse con el empeño de preservar su mantenimiento y viabilidad financiera. En este contexto, se ha advertido como presupuesto o “punto incuestionado e incuestionable” que el SNS ha de obrar conforme a unos principios mínimos de funcionamiento, respetar los márgenes derivados del carácter limitado de los recursos, garantizar la eficacia e igualdad de los servicios y evitar arriesgar su estabilidad financiera. Y es que, en otro caso, se asistiría a un inadecuado reparto de los recursos o, incluso, a “la propia desaparición del sistema”¹⁰.

Tras el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, cuyo art. 18¹¹ hacía referencia expresa, como supuestos motivadores del reintegro, a la denegación injustificada y la urgencia vital, el art. 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de

⁸ STSJ de Galicia de 20 de julio de 2012.

⁹ Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E., loc. cit., pág. 29.

¹⁰ Azagra Solano, M.: “El reintegro de gastos sanitarios: cómo, cuándo, por qué”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9 (2011), BIB 2010\2468.

¹¹ Doblemente derogado por el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero y el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto.

Salud, los redujo exclusivamente a la urgencia vital, añadiéndose esta vez el adjetivo de inmediata. Por su parte, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, deroga al anterior y asume, en su art. 4.3, la regulación del reintegro de gastos, manteniendo la urgencia vital e inmediata como supuesto excepcional en que se contempla el reembolso. En concreto, una vez sentado que “la cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél”, el precepto aduce que “en esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”. Tal y como el Tribunal Supremo pone de manifiesto en la sentencia objeto de comentario, la pauta reglamentaria debe ser interpretada de tal forma que sus prescripciones solamente tengan un sentido aclaratorio, pero no restrictivo, del alcance de la norma legal que desarrolla. Lo cierto es que la resolución judicial en cuestión presenta la virtualidad de constituir el primer pronunciamiento en cuestionar si el art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006 incide o no en *ultra vires* al desarrollar el art. 9 LCC, transcrito líneas arriba, ya que, como la Sala argumenta, donde la ley habla de “situaciones de riesgo vital”, el reglamento se refiere a “casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital”, al tiempo que en los casos en que la ley solo alude a que se justifique que no se pudieron utilizar los medios del Sistema Nacional de Salud, la norma reglamentaria añade que se compruebe “que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”. Concluye el alto tribunal la inexistencia de extralimitación en el desarrollo de la ley, siempre que se evite una interpretación del precepto reglamentario que implique una restricción excesiva de los derechos del ciudadano beneficiario que no ha sido expresamente querida por el legislador, lo que resultaría del todo contrario al derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 43 CE.

3. REQUISITOS EXIGIDOS

Para que proceda el reintegro de gastos, la jurisprudencia, a la luz del art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006, insiste en la preceptiva concurrencia de cuatro requisitos, dos positivos y dos negativos, que vuelven a ser pregonados en la STS de 31 de enero de 2012.

3.1. El carácter vital de la urgencia

En primer lugar, ha de tratarse de una urgencia de carácter vital, tal y como la adjetiva el precepto reglamentario. Resulta exigible, pues, que se presente una situación de riesgo inesperado e imprevisible, situación que ha de ser, a su vez, objetiva y contrastada. Como reiteradamente se ha puesto de relieve, no toda urgencia resulta vital, sino únicamente aquella que es más intensa y extremada y que se caracteriza, en los más de los casos, porque en ella está en peligro la vida del afectado¹². Ahora bien, en términos menos graves, también se aprecia la urgencia vital en la concurrencia de un peligro que dificulte la curación definitiva del enfermo o que provoque la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona¹³, aunque la lesión se halle en una zona periférica del cuerpo. Según se advierte, la jurisprudencia aboga acertadamente por un concepto amplio de urgencia vital, haciéndola extensiva a un gran número de posibles daños que, sin implicar la muerte, afectan sustancialmente a la calidad de vida de la persona a través de su incidencia en diferentes bienes jurídicos. De modo expresivo, se ha señalado que es “a la afectación previsible de la vida, sin necesidad de llegar a su pérdida, a lo que ha de referirse el concepto de vital”¹⁴, por lo que la viabilidad del reembolso de gastos médicos no requiere que esté en riesgo cierto e inminente la propia vida del paciente, siendo a tal efecto suficiente que racionalmente pueda representarse la probabilidad cierta de que un retraso en recibir la asistencia pueda producir daños graves para la salud en forma de secuelas o incluso de la prolongación en el tiempo de sufrimientos intolerables. Más aún, la integridad moral queda también incluida en la noción de urgencia vital. Y ello porque la salud constituye en todos sus aspectos un valor vital, de forma

¹² SSTs de 31 de mayo de 1995 y 19 de febrero de 1997.

¹³ A tal efecto, conviene reproducir parte de la STS de 20 de octubre de 2003, tal y como hace la de 31 de enero de 2012, si bien erróneamente data a la anterior de fecha de 14 de octubre de tal año: “Hemos de valorar si esa urgencia era o no “vital”. Término que en el Diccionario de la Real Academia tiene dos acepciones: “perteneciente o relativo a la vida”, y “de suma importancia o trascendencia”. Obviamente que el problema hermenéutico consiste en precisar si la urgencia vital se refiere únicamente al peligro de muerte inminente o si debe también incluirse la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona. Si el autor de la norma reglamentaria hubiera querido restringir los supuestos a los riesgos de pérdida de la vida, así lo hubiera expresado en términos tales como “peligro inminente de muerte”, pero no se hizo así. Se acudió a una expresión de mucho más amplio contenido, “urgencia vital”, que hemos de interpretar conforme a la segunda de las acepciones del término, referida a la suma importancia o trascendencia”.

¹⁴ STS de 17 de diciembre de 2003.

que no se trata “de la conservación escueta de la vida ni de los elementos que físicamente la constituyen en su más descarnada elementalidad, sino también de cuantos determinan la plenitud de su dignidad, y no sólo los físicos, anatómicos y fisiológicos susceptibles de restauración o preservación por medios sanitarios, sino también los morales que de su deterioro puedan verse afectados”¹⁵.

3.2. El carácter urgente e inmediato de la asistencia sanitaria requerida

La asistencia sanitaria que se precisa debe presentar, asimismo, las notas de urgencia e inmediatez, de modo que la demora en el tratamiento suponga una intensificación del riesgo del enfermo. El conjunto de calificaciones que acompaña a la asistencia sanitaria en el precepto reglamentario (urgente, inmediata y de carácter vital¹⁶), no pretende sino incidir en la noción de gravedad que pivota sobre las circunstancias del caso concreto, excluyéndose aquellos supuestos no conectados a la misma de forma estricta. En efecto, el carácter apremiante de la asistencia radica en la base del concepto manejado. No resulta suficiente que el recurso a medios ajenos al SNS reporte mayores ventajas o mejore las expectativas, pues se requiere además que la atención sanitaria alternativa en ellos se revele inaplazable, inexcusable. La concurrencia de una real urgencia vital precisa el acaecimiento de una situación en la que la intervención se evidencie imprescindible, y no simplemente conveniente, por lo que no se aprecia si existe un traslado a otra localidad o a un centro privado existiendo centros públicos más próximos. En coherencia con ello, la justificación del derecho al reintegro no se extiende a la falta de éxito del tratamiento dispensado en el sistema público sanitario, sino exclusivamente a la concurrencia de un panorama de urgencia, acreedor de una atención sanitaria inmediata y que, a su vez, no pueda ser dispensada por los servicios sanitarios asignados.

En coherencia con lo anterior, se excluyen del mecanismo del reintegro los supuestos de revisiones médicas periódicas, tratamientos posteriores a una intervención quirúrgica urgente y rehabilitaciones de secuelas consolidadas, lo cual resulta acertado, toda vez que se asiste en los mismos a una notoria ruptura con las notas de urgencia e inmediatez que debe adjetivar la asistencia sanitaria dispensada a través de medios ajenos. Así lo entiende también SEMPERE

¹⁵ STSJ de Asturias de 21 de febrero de 2003.

¹⁶ La sentencia analizada insiste en que el hecho de que el Real Decreto no hable solamente de “riesgo vital” sino que, tras repetir la expresión legal, utilice también la fórmula “urgente e inmediata y de carácter vital” no puede interpretarse como una exigencia de nuevos requisitos autorizadores del recurso a la sanidad privada más rigurosos que el querido por el legislador.

NAVARRO, para quien únicamente queda justificado el reembolso si lo recibido ha ido directamente encaminado hacia la curación de la urgencia, de forma que, aunque haya necesidad urgente, los cuidados no dirigidos a la patología referencial merecen ser descartados a efectos de reembolso¹⁷.

En todo caso, conviene precisar que el momento de valoración de la urgencia vital no se sitúa “a posteriori”, sino “ex ante”, en el momento de presentarse, por lo que debe apreciarse la razonabilidad de la decisión adoptada en cuanto a la elección de la asistencia sanitaria en base a la representación de la gravedad de la situación en el momento en que ésta se presenta. El que después de prestada esa atención sanitaria, la situación se revele de menor gravedad de lo que inicialmente podía aparentar no es causa para descalificar la urgencia¹⁸.

3.3. La imposibilidad de utilización oportuna de los servicios públicos de salud

La imposible utilización oportuna de los servicios públicos de salud emerge en otro de los requerimientos inherentes a la noción de urgencia vital, de modo que, o bien no es factible recurrir a dichos servicios, o bien resulta extremadamente dificultoso o desaconsejable médicamente. No basta, pues, con la existencia de un riesgo inminente que requiera una atención urgente, ya que es preciso, además, que tal urgencia determine la imposibilidad de acceso del beneficiario a los centros que el SNS dispone al efecto, al tratarse de “la aparición súbita de un cuadro clínico que requiere una inmediata atención, imposibilitando acudir al servicio médico asignado”¹⁹. Ha de existir, en suma, perentoriedad o premura en la actuación, de suerte que se corre el riesgo de infligir un daño irreparable o de difícil subsanación al estado sanitario del enfermo si éste se resigna a la demora connatural al recurso al sistema público sanitario. En estos casos, la necesidad de asistencia es tan apremiante que no admite retardo alguno, es decir, no se dispone del tiempo necesario para acudir a los servicios públicos de salud por circunstancias tales como el alejamiento geográfico, la tardanza en la prestación de la atención sanitaria o el hecho de que el servicio en cuestión no esté en condiciones de prestarla (como es el supuesto sobre el que se pronuncia la sentencia comentada). Es por ello que se ha instado a poner en relación dos plazos distintos: el necesario para obtener, en función de las circunstancias del caso, la asistencia pública debida y el nece-

¹⁷ Sempere Navarro, A. V.: *El derecho a la asistencia sanitaria pública (régimen jurídico de la prestación sanitaria y reintegro de gastos)*, Discurso leído en su ingreso como académico de número de la Academia de Farmacia Santa María de España de la Región de Murcia el 3 de noviembre de 2009, pág. 127.

¹⁸ STSJ de Canarias de 3 de septiembre de 2012.

¹⁹ STS de 25 de octubre de 1999.

sario para obtener la asistencia externa, con lo que si la opción entre uno y otro implica una diferencia temporal de la que nace un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física, se asiste a una situación manifiestamente urgente²⁰.

3.4. La inexistencia de una utilización abusiva de los servicios

En directa conexión con el requisito anterior²¹, se exige que la utilización de los servicios no resulte desviada o abusiva, esto es, debe acreditarse que el paciente no acudió a los servicios ajenos a la sanidad pública de forma caprichosa e irrazonable. Como indica la sentencia objeto de comentario, este presupuesto incide en la previsión que efectúa el legislador (y que el Real Decreto reitera), referida a la imposibilidad de utilizar los servicios públicos “oportuna-mente”, adverbio que la norma reglamentaria añade y que, lejos de restringir, amplía la posibilidad del recurso a la sanidad privada, ya que no es preciso que los servicios públicos carezcan de los medios necesarios para hacer frente a la asistencia sanitaria que requiere el paciente, sino que basta con que no se disponga de esos medios a su debido tiempo. En consecuencia, no procede el reintegro en aquellos casos en que, sin acreditarse la inadecuación o tardanza del tratamiento recibido en sede pública, se opta deliberada y voluntariamente por la vía privada. La doctrina de suplicación ha insistido en este aspecto, señalando que los tribunales deben proceder con criterio cauteloso a fin de evitar conceder el reintegro de cantidades devengadas por cuidados médicos que pudieran ser provistos en los servicios públicos sanitarios, los cuales disponen de medios técnicos y humanos muy cualificados, por lo que en ocasiones puede tratarse de decisiones interesadas tendentes a agotar todo tipo de posibilidades terapéuticas, lo que sería comprensible pero no justificaría el reembolso, pues “no se puede aceptar que tales conductas, aun siendo absolutamente explicables, incidan en una institución social que tiene necesariamente que limitar sus prestaciones en aras del principio de igualdad y solidaridad”²².

²⁰ STSJ de Castilla y León de 6 de junio de 2012.

²¹ La STS de 31 de enero de 2012 que se comenta es contundente al señalar que “no cabe otra interpretación: si se demuestra la imposibilidad de utilización de los medios públicos es del todo evidente que no se ha hecho una utilización desviada o abusiva de los medios privados”.

²² STSJ de Galicia de 11 de junio de 2012.

4. VALORACIÓN FINAL

De los requisitos recién analizados, bien puede afirmarse que todos y cada uno de ellos concurren en el supuesto de hecho sobre el que se pronuncia la STS de 31 de enero de 2012, y así es advertido acertadamente por el alto tribunal. Lo cierto es que el carácter vital, inmediato y urgente de la asistencia sanitaria requerida se desprende abiertamente de la grave lesión cardíaca que presentaba el paciente, y que justificó, según se anticipó en las líneas iniciales del presente comentario, una revascularización miocárdica. Como es consolidada jurisprudencia, la urgencia vital implica la existencia de un riesgo inminente para la vida, así como la pérdida de órganos o miembros fundamentales para el desarrollo normal del vivir, por lo que no se encuentra constreñida a aquellos casos en que se halle en peligro la misma subsistencia, dado que también existe necesidad de recibir asistencia sanitaria urgente y de carácter vital a fin de conservar los aparatos y órganos del cuerpo humano o su mejor funcionalidad, o para lograr una mejor calidad de vida y menor dolor y sufrimiento²³.

En todo caso, la urgencia vital no sólo se desprende en el caso de autos del diagnóstico consignado en los hechos probados, pues también la Sala concluye su concurrencia a raíz de la actuación del Servicio Canario de Salud, el cual remitió al paciente a la Clínica Puerta de Hierro, y dado el rechazo por parte de ésta a la intervención en cuestión, contactó con la Clínica Ruber de Madrid, a fin de solicitar su práctica. A su vez, de tal hecho se extrae la convergencia de otro requisito, más concretamente, la ausencia de una utilización abusiva de los servicios, y es que, según se constata, no fue el paciente quien decidió por propia iniciativa abandonar voluntariamente la sanidad pública para acudir a la privada, sino que, por el contrario, fue el Servicio público de Salud el que le dirigió a la clínica externa, instándole al recurso a la misma, ante la imposibilidad de recibir adecuado tratamiento a su cuadro clínico en los centros públicos asignados al efecto.

Por último, el requisito atinente a la imposibilidad de utilización oportuna de los servicios públicos de salud queda igualmente acreditado en el caso enjuiciado por la sentencia que se comenta, a consecuencia de la negativa que mantiene el centro público indicado a acometer la intervención solicitada. Lo anterior encaja a la perfección con la situación objetiva de riesgo en que se traduce la urgencia vital, en el sentido de que el hecho de que aquél no esté en

²³ STS de 17 de julio de 2007.

condiciones de prestarla en la forma requerida pone en peligro la curación del enfermo. Y es que, como bien aprecia el Tribunal, no resulta exigible al paciente que recorra, por propia iniciativa, otros hospitales públicos en aras de lograr localizar aquel que acceda a la práctica de la operación. Parece que, en empleo esta vez de diferentes términos, el alto tribunal vuelve a proscribir, como ya hizo en otros pronunciamientos²⁴, el “peregrinaje” por los hospitales públicos en la búsqueda de la asistencia sanitaria requerida. La noción de urgencia vital, conviene insistir, denota perentoriedad y supone, pues, que la medida terapéutica es inaplazable, hasta el punto de que cualquier demora determina grave peligro para la integridad del paciente con imposibilidad de utilizar los servicios de la medicina oficial²⁵.

²⁴ Señaladamente, la STS de 19 de diciembre de 2003.

²⁵ STSJ de La Rioja de 4 de abril de 2012.

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

ESTATUTO DE TRABAJADOR Y ESTUDIANTE EN ESTADO MIEMBRO DE ACOGIDA. A PROPÓSITO DEL DEVENGO DE VENTAJAS SOCIALES

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 febrero 2013.
Asunto L.N. contra Styrelsen for Videregående Uddannelser og
Uddannelsesstøtte (C-46/12)*

ILUMINADA R. FERIA BASILIO*

SUPUESTO DE HECHO: En marzo de 2009, el demandante, Sr. L.N., de nacionalidad no precisada pero, en todo caso, extranjero comunitario en Dinamarca, Estado Miembro demandado, solicitó admisión en una escuela de negocio de tal país. Entró en territorio danés el 6 de junio de 2009, encontrando empleo a jornada completa cuatro días después, y expidiéndosele a finales de dicho mes el correspondiente certificado de registro como trabajador por cuenta ajena. En agosto de 2009, solicitó ayuda a la formación a partir de septiembre, mes en el que comenzaría sus estudios en la aludida escuela. Así ocurrió, debiendo renunciar a su trabajo pero volviendo a trabajar poco después a tiempo parcial. El 27 de octubre de 2009, la administración danesa competente le comunicó la denegación de la ayuda. La tramitación del posterior recurso se centró en su no/consideración como trabajador al tiempo de solicitar la ayuda, requisito para ser posible beneficiario de la misma. Finalmente, su estatuto de residencia fue cambiado de trabajador a estudiante al entender la administración que este último casaba mejor con sus circunstancias. Residenciada la cuestión ante el órgano jurisdiccional nacional, y ante el mantenimiento por la administración danesa de sus consideraciones, se plantea cuestión prejudicial que se eleva al TJUE, en torno a la valoración que debe darse a la finalidad de la circulación de los ciudadanos europeos entre Estados Miembros a efectos de su calificación como trabajadores.

RESUMEN: El TJUE se ve enfrentado en esta ocasión a realizar una labor, ya no constructiva, sino puramente interpretativa del concepto “trabajador” en el ámbito de la Unión Europea, pero mantendrá el fin teleológico del marco en

* Becaria FPI del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

el que se plantea la decisión prejudicial: la libre circulación de personas en general, y de trabajadores en particular, por los territorios de los Estados Miembros. Y es precisamente ese fin, la configuración de una ciudadanía europea, el que estará en la base de su pronunciamiento, que acabará por rechazar la valoración de las razones que mueven al ciudadano en cuestión al objeto de concederle un estatuto de estudiante en detrimento del de trabajador. La regulación entre ambos supone a nuestro entender un nuevo paso en la dispensación de la igualdad de trato y en el respeto a la prohibición de discriminación por nacionalidad entre ciudadanos de la Unión.

ÍNDICE:

1. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS: UN ESTADIO POSTERIOR A LA CONSTRUCCIÓN DEL MERCADO ÚNICO
 - 1.1 Libre circulación de trabajadores y ciudadanía de la Unión Europea
 - 1.2 Estatuto de trabajador y no discriminación en razón de nacionalidad
2. PLANTEAMIENTO FORMULADO ANTE EL TJUE: ¿CABE LIGAR LA INTENCIÓN DEL CIUDADANO DE LA UNIÓN EUROPEA QUE SE TRASLADA A OTRO ESTADO MIEMBRO A LA DETERMINACIÓN DE SU ESTATUTO JURÍDICO?
 - 2.1 Concepto de trabajador en el ámbito de la Unión Europea
 - 2.2 Particularidades frente a casos próximos
 - 2.3 Posición de los Estados Miembros en el litigio
 - 2.4 Pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
3. CONCLUSIÓN: CONTINUIDAD DE LA TENSIÓN ENTRE LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS E INTERESES ESTATALES

1. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS: UN ESTADIO POSTERIOR A LA CONSTRUCCIÓN DEL MERCADO ÚNICO

1.1 Libre circulación de trabajadores y ciudadanía de la Unión Europea

La libertad de circulación de personas, como uno de los pilares básicos de la Unión Europea ha sido una constante a lo largo de toda su construcción. De hecho, las someras referencias que sobre la misma se incluían en el Derecho Originario fueron completadas, en primer lugar, por la construcción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), y, en segundo término, por su consagración en el Derecho Derivado. Ahora bien, esta construcción y expansión progresiva de la libre circulación de personas, al comprender no sólo el derecho al libre desplazamiento, sino también a la libre residencia, también se ha enfrentado a numerosos obstáculos, derivados de las reticencias de los Estados Miembros a una concesión indiscriminada de esta libertad a todos los ciudadanos de la Unión.

La libre circulación de personas ya se mencionaba en los arts. 48-51 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Sin embargo, la

restricción de la misma a favor de los trabajadores, junto a la consagración de la libertad de servicios y establecimiento, clarificaba que el reconocimiento de esta libertad sólo pretendía concederse a quienes pudieran generar ingresos o no convertirse en una carga para el Estado Miembro de acogida. Sobre esta base, el Derecho Derivado (especial mención al Reglamento 1612/68¹) y el TJCE fueron concretando el contenido de esa libertad. Hubo que esperar a la redacción del Acta Única Europea de 1986 para que el Derecho Originario plasmara una auténtica libertad de personas dentro de la Unión Europea, con independencia de que el individuo en cuestión desempeñase ninguna actividad económica (implícito en su art. 8 por configurar la libertad de personas como uno de los componentes del mercado único). Ello se vio confirmado en los inicios de la década de los noventa con la aprobación de tres Directivas² en las que se regulaba la libre circulación de estudiantes y jubilados y la residencia de los nacionales de otros Estados Miembros. Ahora bien, esa extensión del ámbito personal no puede llevarnos a pensar que los Estados Miembros han dejado de pensar en el equilibrio de sus balanzas financieras; muy al contrario. Fundamentalmente por la amenaza del llamado “turismo del beneficio social”, la independencia respecto al desarrollo de una actividad económica por cuenta propia o ajena, ha sido sustituida por el requerimiento a los nacionales de un Estado Miembro que pretendan residir en otro que cuenten con un seguro de salud y tengan recursos suficientes para no suponer una carga al sistema de asistencia social de tal Estado (arts. 1 de tales Directivas). De este modo, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea acabó diferenciando entre su art. 18, en el que reconocía la libertad de circulación y de residencia a todos los nacionales de los Estados Miembros, y los arts. 48-51, dedicados a la libre circulación de trabajadores. Finalmente, en este breve recorrido por la regulación tradicional de la libre circulación de personas, debemos mencionar la aprobación de la Directiva 2004/38/CE³, que,

* Doctora en Derecho. Profesora Contratada FPU. Departamento Anton Menger. Este trabajo se enmarca en el Grupo PAIDI SEJ-322 “Integración y desintegración económica de la empresa” y en el Proyecto DER2012-36755 “Mercado de trabajo, transiciones laborales y edad: jóvenes y mayores de 55 años”.

¹ Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, que continúa en vigor a excepción de sus arts. 10 y 11 desde el 30 de abril de 2006.

² Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes; Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional; y Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia.

³ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento

si bien refundió buena parte del Derecho Comunitario en la materia, sistematizándolo y legislando pronunciamientos jurisprudenciales, no alcanzó calmar los temores de los Estados Miembros⁴.

De lo expuesto cabe entender que la libre circulación de persona, aún sin relación directa con el ejercicio de libertades económicas, fue abordada por el Derecho de la Unión Europea aún antes de que la noción de ciudadanía germi-nase⁵. Sin embargo, la declaración de que es ciudadano de la Unión “*toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro*” (art. 2.1 Directiva 2004/38/CE), ha acabado por configurarse como una herramienta esencial para el ahondamiento de la libre circulación desplegando todo su potencial en la aplicación de la misma: ha supuesto la creación de un nuevo estatuto jurídico que, como tal, presenta una vocación expansiva que ha permitido la ampliación progresiva del ámbito personal de libre circulación de personas⁶.

No puede identificarse la ciudadanía europea como una suerte de “supra-nacionalidad”, sino que es una consecuencia de la previa condición de nacional de un Estado Miembro, condición, pues, que se concede o deniega según el criterio de cada uno de ellos, sin que en ningún caso las instituciones de la Unión Europea intervengan en el establecimiento de este vínculo primario. Y de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE/TJUE, “*la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos nacionales que se encuentren en la misma situación obtener, en el ámbito de aplicación razione materiae del TFUE, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico*”⁷. Por tanto, no se trata de un mero símbolo o de un recurso vano de las relaciones públicas⁸, sino que representa una fuente de derechos subjetivos.

(CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

⁴ Pérez van Kappel, A., “*La libre circulación de personas sin motivos económicos tras la adopción de la Directiva 2004/38/CEE y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia CE*”, en: Huelin Martínez de Velasco, J. (dir.), *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 119.

⁵ Kokott, J., “*EU citizenship-citoyens sans frontières?*”, Durham European Law Institute, European Law Lecture, 2005, p. 3. Disponible en: http://www.dur.ac.uk/resources/deli/annuallecture/2005_DELI_Lecture.pdf

⁶ Sarmiento Ramírez-Escudero, D., “*La ciudadanía europea: una nueva dimensión para la libre circulación de personas*”, en: Huelin Martínez de Velasco, J. (dir.), *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 18-20.

⁷ Apto. 31 STJCE de 20 de septiembre de 2011, asunto Rudy Grzelczyk contra Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve, C-184/99, y apto. 28 STJCE de 11 de julio de 2002, asunto Marie-Nathalie D’Hoop contra Office national de l’emploi, C-224/98.

⁸ Por lo que se critica el reflejo que a la misma se han conferido a veces en los Tratados

La consagración tanto de la libre circulación de personas como del estatuto de ciudadanía en el Derecho Originario, entre otros logros, ha permitido minimizar la necesidad de que los ciudadanos sean económicamente relevantes en lo atinente a la libertad de circulación. Así cabe acordar que la noción de ciudadanía ha permitido expandir la libertad de circulación a supuestos que los Estados no habían previsto al momento de su proclamación, pero que, han de aceptar por asunción de la interpretación jurisprudencial. Ahora bien, en todo caso, han de mantenerse en el ámbito de aplicación material del Derecho Comunitario⁹, lo que se ha convertido en un nuevo campo de discusión en torno a la concesión/denegación a los ciudadanos de la Unión que residen en un Estado Miembro de acogida de determinados beneficios o prestaciones como las que ahora nos ocupan, las ayudas a la manutención. Ahora bien, esta conexión material no implica que sólo se refiera a competencias atribuidas a la Unión Europea, sino que basta con que se trate de una situación que siquiera de forma mediata pueda restringir el ejercicio de una libertad básica o de un derecho a la ciudadanía¹⁰.

Sobre esta base histórica, el actual art. 20 TFUE consagra la ciudadanía de la Unión como un estatuto jurídico, generador de derechos y obligaciones, que deriva directamente y se suma a la nacionalidad de un Estado Miembro. Y, precisamente, entre los derechos que conlleva dicho estatuto que se mencionan expresamente se encuentra en segundo lugar el de “*circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*”. Por lo demás, su art. 21 mantiene la regulación originaria que de la misma se hacía y se regula de forma separada la libre circulación de trabajadores (arts. 45-48), reconociéndose, pese a todos los avances, las particularidades que atribuye el ejercicio de una actividad económica.

1.2 Estatuto de trabajador y no discriminación en razón de nacionalidad

Efectivamente, de este breve repaso puede comprenderse que, aún cuando la libre circulación de personas, con el actual sostén de la ciudadanía, se predica

Constitutivos o la significación que le han dado las instituciones comunitarias: Weiler, J.H.H., “*Citizenship and Authority in the TEU*”, *The Selling of Europe: The Discourse of European Citizenship in the IGC*, The Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice - Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, 1996. Disponible en: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/96/9603-Citizens.html>

⁹ Kokott, J., “*EU citizenship-citoyens sans frontières?*”, Durham European Law Institute, European Law Lecture, 2005, p. 4. Disponible en:

http://www.dur.ac.uk/resources/deli/annuallecture/2005_DELI_Lecture.pdf

¹⁰ Martín Vida, M.A., “*La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social*”, Revista de derecho constitucional europeo, nº 8, 2007, p. 125.

sin posibilidad de discriminación en razón de nacionalidad, no se otorga en la misma medida a todos los nacionales de los Estados Miembros. De hecho, es posible catalogar en varios grupos a los sujetos que pueden ejercer este derecho, por ejemplo, personas físicas que desean prestar un servicio o establecerse en otro Estado Miembro, trabajadores por cuenta ajena, y demás individuos no englobados en las categorías anteriores (estudiantes, familiares...) ¹¹, dispensándosele a cada grupo una regulación diferente.

Con carácter general, para un periodo de residencia de hasta tres meses, no se requiere ninguna condición más allá de ser ciudadano de la Unión (art. 6 Directiva 2004/38/CE). Sólo en caso de pretenderse una residencia por tiempo superior, se exige además que: a) se trate de un trabajador por cuenta ajena o propia en el Estado Miembro de acogida (manteniéndose este estatuto en una serie de supuestos aún cuando deje de realizar tal prestación); b) se disponga de recursos suficientes como para no convertirse en una carga para la asistencia social de tal Estado Miembro; o c) se cuente con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos, o esté matriculado en un centro con la finalidad principal de cursar estudios y dispone de recursos y seguro en los términos anteriores (art. 7 Directiva 2004/38/CE).

A los efectos que interesan al presente comentario, cabe resaltar que, de acuerdo con un principio de cierta solidaridad entre Estados Miembros ¹², el principio de no discriminación también se predica respecto al acceso a prestaciones de asistencia social, sin importar que se trate o no de individuos económicamente activos. Ello se manifiesta tanto al momento de concesión de determinado estatuto, como en cualquier momento posterior de la convivencia entre nacionales del Estado Miembro de acogida y demás ciudadanos de la Unión. En relación a la concesión de estatutos, debemos precisar que la exigencia de no constituir una carga para el Estado Miembro de acogida ha perdido peso como criterio de valoración, pues la jurisprudencia del TJUE: considera que casi cualquier aspecto puede restringir, siquiera indirectamente, la libre circulación de personas; requiere que cada Estado Miembro examine individualizadamente cómo se ha generado la situación de necesidad; y determina que todos ellos han de contribuir solidariamente a paliar las dificultades transitorias de los ciudadanos de la Unión Europea ¹³.

¹¹ Sarmiento Ramírez-Escudero, D., “*La ciudadanía europea: una nueva dimensión para la libre circulación de personas*”, en: Huelin Martínez de Velasco, J. (dir.), *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 21-22.

¹² Kokott, J., “*EU citizenship-citoyens sans frontières?*”, Durham European Law Institute, European Law Lecture, 2005, p. 8. Disponible en: http://www.dur.ac.uk/resources/deli/annuallecture/2005_DELI_Lecture.pdf

¹³ Martín Vida, M.A., “*La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial refe-*

En cuanto a la regulación de la convivencia posterior, a los efectos de ayudas sociales que aquí se abordan, debemos destacar dos preceptos. En primer lugar, el art. 24.2 Directiva 2004/38/CE, donde se permite que durante los primeros tres meses de residencia o tiempo en el que los demandantes de empleo puedan demostrar que buscan colocación y tienen posibilidades reales de alcanzarla, el Estado Miembro de acogida no estén obligados a conceder prestaciones de asistencia social, ni tampoco a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios antes de la adquisición de la residencia permanente, salvo a trabajadores por cuenta ajena o propia, quienes mantengan tal estatuto y sus familias. En segundo término, el art. 27.1 Directiva 2004/38/CE, en el que se permite que por razones de orden, seguridad o salud públicos se limiten los derechos de circulación y residencia. Aunque este precepto se relaciona más bien con la denegación de residencia y la expulsión del territorio del Estado Miembro de acogida, debemos recordar que el propio art. 45.3 TFUE reconoce que la concreta libertad de circulación de los trabajadores, también podrá ser sometida a limitaciones justificadas en tales razones.

Por tanto, en la medida en que el estatuto de trabajador también implique de derecho a ayudas sociales anexadas al mismo, se entiende que cabe someter la concesión de prestaciones a una serie de requisitos, siempre que estos no estén relacionados con la nacionalidad, y la legislación nacional pretenda alcanzar mediante ellos razones imperiosas de interés público, el cual, marcará el correspondiente juicio de proporcionalidad¹⁴. La doctrina entiende como factibles en este terreno, por ejemplo, asegurar que cualquier beneficiario mantiene un vínculo con su mercado de trabajo¹⁵.

rencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social”, Revista de derecho constitucional europeo, nº 8, 2007, pp. 126 y 127.

¹⁴ Por todas: aptdo. 26 STJC de 1 de febrero de 2001, asunto Dennis Mac Quen, Derek Pouton, Carla Godts, Youssef Antoun contra Grandvision Belgium SA, C-108/96, sobre la libertad de establecimiento; aptdo. 32 STJCE de 31 de marzo de 1993, asunto Dieter Kraus contra Land Baden-Württemberg, C-19/92, sobre libertad de circulación de personas/trabajadores y de establecimiento; aptdo. 37, STJCE de 30 de noviembre de 1995, asunto Reinhard Gebhard contra Consiglio dell’ Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, C-55/94, sobre libre prestación de servicios; y aptdo. 57 STJCE de 4 de julio de 2000, asunto Salomone Haim contra Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein, C-424/97, sobre libertad de establecimiento y de prestación de servicios.

¹⁵ Giubboni, S., “Free movement of persons and European solidarity”, URGE Working Paper, nº 9, 2006, p. 12. Disponible en: http://www.urge.it/files/papers/2_2_wपुरge9_2006.pdf

2. PLANTEAMIENTO FORMULADO AL TJUE: ¿CABE LIGAR LA INTENCIÓN DEL CIUDADANO DE LA UNIÓN EUROPEA QUE SE TRASLADA A OTRO ESTADO MIEMBRO A LA DETERMINACIÓN DE SU ESTATUTO JURÍDICO?

2.1. Concepto de trabajador en el ámbito de la Unión Europea

Pero el supuesto de hecho al que responde la sentencia que aquí comentamos no parte de una reinterpretación del concepto trabajador, sino, más bien, del intento de relacionar este con el de estudiante sobre la base de la finalidad última del ciudadano de la Unión que se traslada a otro Estado Miembro. En este sentido, pues, deberemos aproximarnos que cabe entender por uno u otro.

Como indicamos, la libre circulación de trabajadores está consagrada en el art. 45 TFUE, y continúa teniendo por principales normas derivadas de desarrollo el Reglamento 1612/68 y la Directiva 2004/38/CE. Sin embargo, el término trabajador nunca ha sido definido por el Derecho de la Unión, sino que parte de la interpretación realizada por el TJCE, que, en cualquier caso, implica un significado propio en su ámbito competencial que lo desvincula de las definiciones nacionales¹⁶. Conforme a dicha interpretación, sería trabajador cualquier persona que: realiza un trabajo genuino y efectivo bajo la dirección de otra persona por el que se le paga¹⁷. Dada la mencionada importancia del concepto de trabajador para el ejercicio de la libertad de circulación, el TJCE ha sido consciente de que no debe interpretarse de forma restrictiva¹⁸, por lo que se incluyen en el mismo, por ejemplo, las personas en formación¹⁹, las que trabajen a tiempo parcial²⁰ (aún cuando dediquen el resto de la jornada a otra actividad²¹) o aquellas cuya remuneración sea escasa²². Ahora bien, la clave se sitúa en la realización de una prestación con valor económico, real y efectiva,

¹⁶ STJCE de 19 de marzo de 1964, asunto Unger, 75/63.

¹⁷ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas: "La libre circulación de trabajadores: La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades", COM(2002) 694 final, Bruselas, 11.12.2002, p. 7.

¹⁸ Aptdo. 13 STJCE de 23 de marzo de 1982, asunto D.R. Levin, 53/81.

¹⁹ STJCE de 21 de noviembre de 1991, asunto Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales de La Savoie (URSSAF) contra Société Hostellerie Le Manoir, C-27/91.

²⁰ STJCE de 13 de julio de 1989, asunto Ingrid Rinner-Kuehn contra FWW Spezial-Gebäudeereinigung GmbH & Co. KG, 171/88, referido a una jornada de 10 horas semanales.

²¹ Aptdo. 25 STJCE de 20 de mayo de 1992, asunto Claus Ramrath contra Ministre de la Justice, C-106/91.

²² STJCE de 3 de junio de 1986, asunto R. H. Kempf contra Staatssecretaris van Justitie, 139/85.

por lo que se excluyen del concepto de trabajador en la Unión a quienes realicen actividades a tan pequeña escala que puedan considerarse meramente marginales y accesorias²³. Para determinar la in/existencia de tal carácter, se han de tomar en consideración las circunstancias concurrentes, tales como la naturaleza de las actividades o de la propia relación²⁴.

Estos trabajadores nacionales de otros Estados Miembros han de disfrutar de las mismas ventajas fiscales y sociales que los nacionales del Estado Miembro de acogida (art. 7.2 Reglamento 1612/68), lo que habría de incluir todas las ventajas que se concedan a los trabajadores nacionales, bien sea por la pura condición de empleados o por residir legalmente en el Estado Miembro²⁵. Pero aunque no pueden introducirse distinciones en las condiciones y beneficios de la convivencia social y económica en base exclusiva a la nacionalidad de los ciudadanos de la Unión, sí puede, como hemos visto someterse a requisitos generales, siempre que no impliquen una discriminación indirecta. Así, las ventajas sociales que se concedan a los trabajadores nacionales desde el primer día de empleo no pueden someterse para el trabajador nacional de otro Estado Miembro a la conclusión de determinado periodo de prestación laboral²⁶, ni puede tomarse en consideración la breve duración del empleo respecto al periodo total de estancia²⁷. Sin embargo, la cuestión que en este litigio se plantea no pone en entredicho ninguno de los planteamientos aquí expuestos, sino que va un paso más allá: plantea la valoración de la intención del ciudadano de la Unión al entrar en un Estado Miembro de acogida en aras de la concesión de un estatuto de trabajador o estudiante, toda vez que desarrolla funciones definitorias de ambos y el primero conllevaría el disfrute de ayudas para la manutención por estudios.

Aunque el Derecho de la Unión tampoco fija un concepto exacto del término “estudiante”, de la mencionada regulación del art. 7 Directiva 2004/38/CE se desprende que el tercer supuesto en el que se ha de conceder el derecho de residencia al nacional de otro Estado Miembro por tiempo superior a tres meses es precisamente el de los estudiantes, entendiéndose por tal los que están matriculados en un centro público o privado “*con la finalidad principal de*

²³ Apto. 17 STCE de 23 de marzo de 1982, asunto D.R. Levin, 53/81.

²⁴ Aptos. 41-48 STJCE de 6 de noviembre de 2003, asunto Franca Ninni-Orasche contra Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst, C-413/01.

²⁵ Por todas, aptdo. 63 STJCE de 12 de mayo de 1998, asunto María Martínez Sala contra Freistaat Bayern, C-85/96.

²⁶ Apto. 22 STJCE de 21 de junio de 1988, asunto Steven Malcolm Brown contra The Secretary of State for Scotland, 197/86.

²⁷ Apto. 32 STJCE de 6 de noviembre de 2003, asunto Franca Ninni-Orasche contra Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst, C-413/01.

cursar estudios". Y es tal elemento finalista sobre el que la Administración danesa pretende cambiar la concesión del estatuto de trabajador por la de estudiante, lógicamente, no porque ello implique la denegación del derecho de residencia por más de tres meses, sino porque impediría la concesión de ayudas sociales conectadas a la condición de trabajador. Por nuestra parte, esta intención también podría apoyarse sobre el art. 45.3.c) TFUE en el que se reconoce el derecho de los trabajadores ciudadanos de la Unión de residir en el territorio de un Estado Miembro "*con objeto de ejercer en él un empleo*".

Pero, más allá de discusiones conceptuales, en el presente comentario entendemos que las motivaciones estatales que impulsan la cuestión prejudicial se identifican con la evitación de operaciones individuales que cabe calificar como abusos. De acuerdo con la construcción de las libertades fundamentales²⁸, la libre circulación no implica la tolerancia de abusos de derecho o fraudes (art. 35 Directiva 2004/38/CE). Aunque tales abusos suelen identificarse únicamente con la celebración de matrimonios de conveniencia²⁹ (pues es el único ejemplo que contiene el mencionado precepto), la doctrina entiende que también puede considerarse abuso el hecho de que la libre circulación se ejercite para aprovecharse de prestaciones sociales más elevadas; en este punto, considera que no puede valorarse de igual modo la situación de necesidad en la que se encuentra el individuo en el mismo momento de entrar en el territorio del Estado Miembro de acogida, que aquella que sobreviene posteriormente por causas ajenas a su control³⁰. Pero quizás, a la hora de valorar no ya una situación, sino una intencionalidad, deberíamos tener presente que la jurisprudencia tradicional del TJCE en materia de libertades no ha de encajar necesariamente bien cuando pretendemos interpretar la libre circulación en clave de ciuda-

²⁸ Generalmente no sometidas a restricciones, pero respecto a las que cabe perseguir el abuso de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE. Por todas: en relación a la libre prestación de servicios, aptdo. 12 STJCE de 3 de febrero de 1993, asunto Veronica Omroep Organisatie contra Commissariaat voor de Media, C-148/91; en materia de libertad de establecimiento, aptdo. 14 STJCE de 3 de octubre de 1990, asunto Bouchoucha, C-61/89; respecto a la libre circulación de mercancías, aptdo. 27 STJCE de 10 de enero de 1985, asunto Association des Centres distributeurs Edouard Leclerc y SA Thouars Distribution y otros contra Sàrl «Au blé vert», Georges Lehec, SA Pelgrim, Union syndicale des libraires de France, Ernest Marchand y Jeanne Palluault, Señora de Demée, 299/83; o en la libre circulación de trabajadores, aptdo. 43 STJCE de 21 de junio de 1988, asunto Sylvie Lair contra Universität Hannover, 39/86.

²⁹ Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, p. 10.

³⁰Kokott, J., "*EU citizenship-citoyens sans frontières?*", Durham European Law Institute, European Law Lecture, 2005, p. 5. Disponible en:

http://www.dur.ac.uk/resources/deli/annuallecture/2005_DELI_Lecture.pdf

danía³¹ en lugar de mercado³², ya que no se trata tanto de determinar la subsunción de la situación en el Derecho Comunitario, como de conectarla con el ejercicio de las libertades fundamentales del tratado³³, y, como tal, no puede apreciarse con tanta facilidad una intención abusiva por parte de los ciudadanos de la Unión que pretenden aprovechar la libre circulación para intereses económicos personales si de la ciudadanía deriva un principio de solidaridad entre Estados Miembros.

El caso que ahora abordamos representa, a nuestro entender, la máxima expresión de la tensión que se entabla entre libertad de movimiento y principio de solidaridad, sobre todo, por la “universalización” de los sujetos beneficiarios³⁴. Y es que la concesión del estatus de trabajador ha sido, y continúa siendo, el elemento diferenciador sobre el que los distintos Estados han articulado el acceso a la mayoría de los beneficios sociales³⁵ aun cuando el art. 24 Directiva 2004/38/CE abarca también a las ayudas de carácter no contributivo³⁶. El debate, pues, se centra en la articulación de medidas nacionales que, respetando las excepciones que permite el aptdo. 2 de dicho precepto, reduzca el número de beneficiarios no nacionales del Estado Miembro.

2.2. Particularidades frente a casos próximos

A nuestro entender, las consideraciones de los Gobiernos danés y noruego devienen del intento por evitar el uso abusivo de las normas sobre ciudadanía de la Unión Europea. En este sentido, no es el caso aquí comentado el primero que presenta tal trasfondo, por lo que consideramos conveniente realizar

³¹ Sarmiento Ramírez-Escudero, D., “La ciudadanía europea: una nueva dimensión para la libre circulación de personas”, en: Huelin Martínez de Velasco, J. (dir.), *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 25.

³² Kochenov, D., “Rounding up the circle: the mutation of Member States’ nationalities under pressure from EU citizenship”, EUI Working Paper RSCAS, n° 23, 2010, p. 19. Disponible en: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13634/RSCAS_2010_23.corr.pdf?sequence=3

³³ Pérez van Kappel, A., “La libre circulación de personas sin motivos económicos tras la adopción de la Directiva 2004/38/CEE y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia CE”, en: Huelin Martínez de Velasco, J. (dir.), *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 133.

³⁴ Giubboni, S., “Free movement of persons and European solidarity”, URGE Working Paper, n° 9, 2006, p. 2. Disponible en: http://www.urge.it/files/papers/2_2_wpurge9_2006.pdf

³⁵ Giubboni, S., “Free movement of persons and European solidarity”, URGE Working Paper, n° 9, 2006, p. 3. Disponible en: http://www.urge.it/files/papers/2_2_wpurge9_2006.pdf

³⁶ Pérez van Kappel, A., “La libre circulación de personas sin motivos económicos tras la adopción de la Directiva 2004/38/CEE y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia CE”, en: Huelin Martínez de Velasco, J. (dir.), *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 133 y 134.

siquiera una somera referencia a algunos de los mismos con objeto de revelar las particularidades de este frente al acervo comunitario jurisprudencial.

El primer caso que mencionaremos, fue abordado por la STJCE de 20 de septiembre de 2001³⁷. En la misma se planteaba el rechazo a conceder ayuda no contributiva para cubrir la subsistencia mínima a un ciudadano de la Unión residente en Bélgica y con estatuto de estudiante. La razón para ello era la no aplicación al mismo del Reglamento 1612/68, requisito que sólo habían de satisfacer los ciudadanos de la Unión sin nacionalidad belga, y que, por tanto, no impedía la concesión de la ayuda a los estudiantes belgas no trabajadores. Lógicamente, la inexistencia de justificación legítima y de medios proporcionales para tal media, inclinó la balanza en contra de las pretensiones del Gobierno belga. Pero lo que tiene relevancia a efectos del presente comentario es comprobar que, en este caso, no se abordó la intencionalidad del demandante, ya que era evidente que se trasladó a territorio belga con la exclusiva intención de cursar en él estudios universitarios, si bien trabajó para su sustento durante los primeros tres años, y únicamente solicitó la ayuda en el último curso, cuando no pudo compaginar las obligaciones laborales con las académicas. Lo que tiene en común con la STJUE descrita en esta ocasión es la relación que cabe entablar entre estudiantes y trabajadores a la hora de conceder ayudas sociales. No obstante, el asunto Grzelczyk planteó en cierta medida el supuesto contrario, ya que, no se trataba de un sujeto que fuera al mismo tiempo trabajador y estudiante, sino de un sujeto que, reuniendo ambos calificativos, había dejado de ser trabajador y se le exigía continuar siéndolo para poder acceder a la ayuda nacional. En este sentido, el TJCE estableció claramente que *“la situación económica de un estudiante puede cambiar a lo largo del tiempo por razones ajenas a su voluntad. Por ello, la veracidad de su declaración [referida a la posesión de recursos suficientes] sólo puede valorarse en el momento en que se realiza”* (apdo. 45 STJCE de 20 de septiembre de 2001).

El segundo caso, fue resuelto mediante sentencia de 19 de octubre de 2004³⁸. En él, se abordaba la concesión del derecho de residencia de larga duración a una nacional de otro Estado Miembro cuyos padres no lo eran. Concretamente, el padre de la bebé en cuestión era directivo de una empresa china que en el marco de su actividad profesional, viaja con frecuencia a diversos Estados Miembros, entre ellos, Reino Unido. En ningún momento se discutió que su madre, también trabajadora de la misma empresa, entró en territorio irlandés al objeto expreso de dar a luz y así, conforme a las normas nacionales del país,

³⁷ STJCE de 20 de septiembre de 2001, asunto Rudy Grzelczyk contra Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, C-184/99.

³⁸ STJCE de 19 de octubre de 2004, asunto Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra Secretary of State for the Home Department (United Kingdom), C-200/02.

obtener la correspondiente nacionalidad en detrimento de la china y lograr que se le reconociera el derecho de residencia de larga duración en Reino Unido. Los Gobiernos irlandés y británico, participantes en el proceso, no cuestionaron en ningún momento la adquisición de la ciudadanía de la Unión Europea, sino que, respecto a los temas aquí abordados, apoyaron la negativa de la residencia en atención a la posesión de los “*recursos suficientes*” que le impedirían convertirse en carga para el Estado Miembro de acogida: los mismos no eran propios, sino de la progenitora a la que habría de conceder también la residencia por la dependencia que unía a ambas. No se puso en entredicho la solvencia de la madre por cuanto ambos progenitores eran profesionales en ejercicio y la bebé estaba siendo objeto en Reino Unido de atención médica y puericultura privada. Así, el TJCE acabó por considerar infundadas las alegaciones de los Gobiernos mencionados, ya que la exigencia de los recursos necesarios no es condicionada a una determinada procedencia, la libre circulación de personas debe interpretarse en sentido amplio y sus posible limitaciones en sentido restrictivo (aptdos. 29-32 STJCE de 19 de octubre de 2004). En consecuencia, este caso presenta a nuestro entender un supuesto en el que no se entra a considerar si constituye abuso o no la utilización “*fraudulenta*” de las normas comunitarias, aún cuando era evidente y reconocida la intención de valerse de las reglas irlandesas de atribución de la nacionalidad y del ordenamiento comunitario por parte, en este caso, de un ciudadano extracomunitario.

Finalmente, nos detendremos en un último supuesto, resuelto por la STJCE de 15 de marzo de 2005³⁹, versado, como el comentado en estas páginas, sobre la denegación de una ayuda para la manutención durante el estudio. En Inglaterra las ayudas económicas de este tipo de suelen conceder a través de préstamos con un interés ligado al índice de inflación. En el caso abordado, los requisitos para su concesión comprendían, tanto estar establecido en el país, como ser residente en el mismo durante un periodo mínimo de tres años. En este pronunciamiento el TJCE despejó cualquier duda en torno a la inclusión de las ayudas destinadas a sufragar la manutención de estudiantes en el ámbito competencial de la Unión Europea y, por tanto, la posibilidad de alegar la prohibición de discriminación en razón de la nacionalidad por los distintos ciudadanos que pretendieran beneficiarse de ellas⁴⁰. Aunque es cierto que pueden establecerse limitaciones a su concesión que afecten en mayor medida

³⁹ STJCE de 15 de marzo de 2005, asunto Dany Bidar contra London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills, C-209/03.

⁴⁰ El aptdo. 48 STJCE de 15 de marzo de 2005 recordó que las nuevas previsiones del por entonces TCE en torno a educación habían actualizado las previsiones de las SSTJCE de 21 de junio de 1988, asunto Sylvie Lair contra Universität Hannover, 39/86, y de 21 de junio de 1988, asunto Steven Malcolm Brown contra The Secretary of State for Scotland, 197/86, en las que se situaba a aquellas fuera de la *ratione materiae* del Derecho Comunitario.

a los nacionales de otros Estados Miembros que a los propios, tal y como sucedía entonces, este pronunciamiento recordó que dichas limitaciones no pueden basarse únicamente en la nacionalidad de los peticionarios y que han de ser proporcionales al fin legítimo que persigan. El Gobierno británico argumentaba que aquellos requisitos perseguían garantizar que los padres de los estudiantes realizaban una contribución suficiente a través de su tributación y que existía una vinculación real entre estudiantes y mercado laboral del Estado Miembro de acogida. Al respecto, el TJCE determinó que no podía pretenderse una conexión futura entre estudios y cierto mercado geográfico de trabajo y que, si bien el fin de vinculación era legítimo, no tenía sustento impedir la concesión del estatuto de establecido a los estudiantes que, como en este caso, llevaban varios años residiendo y cursando estudios en el territorio nacional (aptdos. 58 y 61 STJCE de 15 de marzo de 2005). En este supuesto, nada se dice respecto a la intención del sujeto (que, por otra parte, era trasladarse con su madre al lugar donde recibiría tratamiento médico) ni cabe plantear la existencia de abuso (había cursado estudios previos sin solicitar ningún tipo de ayuda) ni se trata del mismo tipo de ayudas, pero cabe extraer similitud con el caso que ahora se comenta: aunque no se trata de una medida ligada a la condición de trabajador, sino del establecimiento de unos requisitos de acceso, comprobamos cómo los Estados Miembros ya han pretendido denegar el acceso a ayudas sociales a través de la manipulación de los estatutos de residencia.

A través de esta pequeña muestra se comprueba cómo la dificultad para apreciar abuso ha guiado las argumentaciones de aquellos Estados Miembros que han pretendido reducir el número de beneficiarios a ayudas sociales por caminos distintos al de la intención. Y en este sentido, la relación entre estatutos y el establecimiento de arduos requisitos han sido las opciones más barajadas.

2.3. Posición de los Estados Miembros en el litigio

La discusión planteada no sólo despertó el interés del Estado Miembro de acogida en cuestión, Dinamarca, sino que también impulsó al Gobierno noruego para la presentación de observaciones. Ambos Estados comparten la consideración de que la intención con la que el ciudadano entra en el territorio de acogida debe ser tenida en cuenta a los efectos de otorgar determinado estatuto, lo que, en su opinión, derivaría de una interpretación conjunta de los arts. 7.1.c) y 24.2 Directiva 2004/38/CE.

En el primero de estos preceptos, se establecen los supuestos en los que un ciudadano-estudiante tendría derecho a residir en el Estado Miembro de acogida por un período superior al trimestre; en el segundo, se reconoce la ausencia de obligación de los Estados Miembros de acogida de conceder

ayudas sociales durante los tres primeros meses de estancia a quienes no sean trabajadores, mantengan tal consideración ni sean familiares de estos. En la medida en que es innegable que el objetivo último de estos Gobiernos es restringir el número de beneficiarios de prestaciones asociadas a la condición de trabajador, se pretende recurrir a la intención que esconde la residencia en el Estado Miembro de acogida para hacer primar el estatuto de estudiante sobre el estatuto de trabajador.

En ningún caso se cuestiona que el Sr. N. desarrollara una actividad merecedora de la calificación de “trabajo” en cuanto a relación por cuenta ajena, real y efectiva, con valor económico, no marginal ni accesoria (aunque al comienzo fuese a jornada completa y posteriormente a tiempo parcial), tanto antes como después de solicitar la ayuda para la manutención de estudios. Tampoco se ha pretendido que el Sr. N. haya de desarrollar necesariamente una actividad económica con suficiente retribución como para sostenerle durante su periodo de estudios, ya que ello supondría la imposición de una exigencia no prevista para los propios nacionales que contravendría el principio de igualdad impuesto por el art. 24.1 Directiva 2004/38/CE. Los Gobiernos, tanto de Noruega como de Dinamarca, apoyaban la actuación administrativa consistente en cambiar el estatuto previamente reconocido de trabajador por el de estudiante, más acorde con la pretensión última del Sr. N., que, tal como demuestra la solicitud de admisión realizada antes de entrar en el territorio del Estados Miembro de acogida, era cambiar su residencia para completar su formación en una escuela de negocios situada en el territorio de aquel. De este modo, puesto que el art. 7.1.c) Directiva 2004/38/CE otorga la residencia permanente al ciudadano que esté matriculado en un centro público/privado reconocido por el Estado como de enseñanza “*con la finalidad principal de cursar estudios*”, se prima esta situación sobre la ejecución de tareas laborales y, en base a la misma, la residencia permanente como estudiante. Se le deniega, pues, al Sr. N. la ayuda de manutención para estudios que solicitaba sobre el anterior reconocimiento de su estatuto como trabajador, en el entendimiento de que había entrado en el territorio danés con la intención principal de formarse, y “*siendo, por ende, el objetivo de su residencia en Dinamarca, según las autoridades competentes nacionales, de tal naturaleza que le priva del estatus de “trabajador” en el sentido del artículo 45 TFUE*” (aptdo. 38 STJUE de 21 de febrero de 2013).

2.4. Pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Como bien reconoce el TJUE, la denegación que motiva el presente comentario recae sobre una ayuda conformada como una beca; se trata, pues, de una ayuda no contributiva, que como tal, bien podría entrar en las excepciones que permite el art. 24.2 Directiva 2004/38/CE. Por tanto, podría ser

correcta la consideración de la administración danesa de rechazar la solicitud del ciudadano de la Unión que aún no ha adquirido la residencia permanente y que tiene estatuto de estudiante. Ahora bien, es jurisprudencia consolidada del TJUE/TJUE que estas limitaciones, en virtud del principio de no discriminación en razón de nacionalidad entre ciudadanos de la Unión (arts. 18 TFUE y 24.1 Directiva 2004/38/CE), han de ser objeto de interpretación restrictiva (aptdo. 33).

Ahora bien, también es jurisprudencia consolidada que los ciudadanos de la Unión que se desplazan a otro Estado Miembro con objeto de cursar estudios no se ven privados de los derechos que pueda conferírseles en atención a otras circunstancias, tales como el desarrollo de actividades por cuenta ajena (aptdo. 29). En este sentido, es cierto que la concesión de la residencia prolongada prevista en el art. 7.1.c) Directiva 2004/38/CE menciona la finalidad que mueve al ciudadano que se traslada a otro Estado Miembro para estudiar, pero, y esta es a nuestro entender la gran aportación de este pronunciamiento jurisprudencial, ello no impide que, de cumplir los mencionados requisitos, pueda ser calificado como “trabajador” (aptdo. 36). Un concepto en términos comunitarios que, además, tampoco puede interpretarse en sentido restrictivo según la jurisprudencia (aptdo. 39). Quedó acreditado que el Sr. N. había trabajado por cuenta ajena desde escasos días después de su entrada en territorio danés, primero a jornada completa y luego a tiempo parcial, sin que en ningún momento la administración de Dinamarca cuestionase el encaje de su prestación de servicios en el concepto “trabajador” del art. 45 TFUE.

El estatuto de trabajador debe concederse o denegarse en atención a las circunstancias concurrentes, que han de indicar la realización de tareas por cuenta ajena, a favor y bajo la dirección de otra, de manera real, efectiva y con contenido económico, además de por el tiempo y entidad suficiente como para no ser calificada de marginal o accesorio. La STJUE de 21 de febrero de 2013 viene a nuestro entender a reforzar la consideración de que el estudio particularizado sobre la presencia de tales notas ha de efectuarse del modo más objetivo posible, sin que puedan tomarse en consideración factores subjetivos, por ejemplo, la finalidad por la que el ciudadano de la Unión se desplazó a otro Estado Miembro, tal como los Gobiernos danés y noruego pretendían. El TJCE había descartado la valoración del comportamiento del ciudadano antes y después del periodo de trabajo⁴¹; el TJUE también descarta ahora la de la intención.

⁴¹ Aptdo. 28 STJCE de 6 de noviembre de 2003, asunto Franca Ninni-Orasche contra Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst, C-413/01.

3. CONCLUSIÓN: CONTINUIDAD DE LA TENSIÓN ENTRE LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS E INTERESES ESTATALES

Aunque, como adelantáramos, el significado en el ámbito de la Unión Europea del término “trabajador” no esté condicionado a las definiciones nacionales, ello no impide lógicamente que el mismo y las disposiciones que en su amparo resultan aplicables puedan ser objeto de interpretación por los operadores jurídicos de los Estados Miembros. Ahora bien, en la medida en que todo nacional de un Estado Miembro tiene derecho a acceder y prestar una actividad por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de este (art. 1.1 Reglamento 1612/68), no cabe cuestionar cuál ha sido la finalidad última que le ha movido para, en el caso de que así sea, haber entrado en su territorio. Tal y como se desprendía de otros elementos definitorios como la tenencia de recursos suficientes, la apreciación de estos ha de constatarse en el momento en el que la misma se requiere para la tramitación de un estatuto o una prestación asociada, sin que en este sentido sea posible valorar su concurrencia pasada o futura. Una intención determinada no es precisada para la concesión del estatuto de trabajador, por lo tanto no puede ponderarse.

Ahora bien, tampoco se pretendía ello en el supuesto de hecho aquí referido. La intención no ha sido esgrimida para la denegación del estatuto de trabajador, que se le concedió inicialmente al Sr. N. sin mayor problema, sino para cambiar este por el de estudiante. En ningún caso se cuestiona el tenor literal del art. 7.1.c) Directiva 2004/38/CE. Lo que este pronunciamiento aporta es la imposibilidad de cambiar un estatuto por otro (factible por satisfacerse los requisitos exigidos para ambos) al objeto de denegar una ayuda social ligada a sólo uno de ellos. Esto bien podría conectarse con la situación crítica por la que atraviesan los sistemas del bienestar, que sometidos a revisión pero llamados a servir de impulso a la recuperación económica, parece abocar a los Estados Miembros hacia la adopción de las oportunas medidas para reducir el número de beneficiarios, al menos no nacionales, del sistema social.

La resolución de este caso, a nuestro entender, dificultad aún más esta posible pretensión de los Estados Miembros ya que, puesto que la STJUE de 21 febrero 2013 ha impedido la imposición del estatuto de estudiante sobre el de trabajador, es posible realizar la siguiente lectura. En la medida en que un ciudadano de la Unión Europea satisfaga los requisitos del ordenamiento de esta para encajar en uno o varios estatutos, y en atención al principio de

igualdad de trato y de prohibición de discriminación en razón de nacionalidad, se le habrá de reconocer como tal y se le habrá de permitir acceder a los beneficios y ventajas que se conecten al mismo (de cumplirse los otros requerimientos de concesión que legalmente pudieran establecerse a tales efectos, pero que, como hemos indicado, también son objeto de un estricto control). Es decir, puesto que el TJUE parece indicar que un estatuto no puede primar sobre otro, el ciudadano de la Unión que pudiera encajar en varios podrá alegar indistintamente uno u otro para acceder a las ventajas y beneficios predicables de cada uno de ellos. En definitiva, se han cerrado nuevamente las pretensiones estatales, impertérritas pese a la labor jurisprudencial, de poner coto a la universalización derivada de la noción de ciudadanía. La situación de crisis actual nos lleva a pensar que dichas pretensiones estatales se reforzarán, comprobándose que, al menos por el momento, continúa oponiéndose a ellas la labor de expansión y consolidación asumida por el TJUE.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

OBLIGATORIEDAD DE LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS, CONSENTIMIENTO INFORMADO Y PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS TRABAJADORES

*STSJ Extremadura (Sala de lo Social), Sección Primera
núm. 44/2013, de 5 de febrero*

ESTHER CARRIZOSA PRIETO*¹

SUPUESTO DE HECHO: El demandante ha prestado servicios para la empresa SS, SL desde el enero de 1999, con la categoría profesional de vigilante de seguridad. Desde hacía meses desempeñaba su prestación de servicios en Mérida. No obstante, al requerirse los servicios de su empresa en Cáceres, lugar de residencia del trabajador, se le asigna un puesto disponible en dicha ciudad. Concretamente se le encomienda la vigilancia, en solitario, de instalaciones ubicadas en un lugar despoblado y a horas nocturnas. El cliente de la obra en cuestión exigía que todos los vigilantes de seguridad hubiesen pasado el oportuno reconocimiento médico. Atendiendo a esta circunstancia, la empresa demandada requirió en varias ocasiones al actor para que acudiera a los servicios de MC Mutual, que es con quien aquélla tenía concertado el servicio. El demandante se negó reiteradamente a someterse al reconocimiento médico. No obstante, acudió a su médico de cabecera que le facilitó un informe en que se declaraba que el trabajador no estaba afectado de enfermedad infecciosa ni mental y que estaba capacitado para desempeñar las tareas de vigilante de seguridad. Con fecha 9 de julio de 2012, la empresa demandada remite comunicación escrita al trabajador por la que le participa su despido por indisciplina y desobediencia. El trabajador impugna la decisión ante el Juzgado que dicta sentencia reconociendo la procedencia del despido.

* Prof. Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Trabajo elaborado en el marco del Proyecto “La protección jurídica de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación: Un análisis interdisciplinar” (SEJ-6735), Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, Junta de Andalucía.

RESUMEN: El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia de instancia. Se mantienen, en consecuencia, la declaración de procedencia del despido al considerar que existen circunstancias que justificaban la limitación (justificada) del derecho a la intimidad del trabajador despedido.

ÍNDICE:

1. LA REALIZACIÓN DE RECONOCIMIENTOS MÉDICOS. POSIBILIDADES Y GARANTÍAS EN LA REGULACIÓN LEGAL
2. RECONOCIMIENTOS MÉDICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL
3. LA SOLUCIÓN ADOPTADA EN EL SUPUESTO CONCRETO. MÁS SOMBRAS QUE LUCES SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD
4. VALORACIÓN FINAL

La protección de la salud de los trabajadores ha sido siempre una de las actuaciones prioritarias en el ámbito social del derecho, si bien la atención recibida se ha concentrado tradicionalmente en el ámbito de la protección social y una vez que se habían producido alteraciones en el estado de salud como consecuencia del trabajo. A pesar de ello, no se puede negar que desde la aparición de esta rama del derecho se han regulado instituciones en el ámbito estrictamente laboral que directa o indirectamente han protegido la salud y el bienestar de los trabajadores; así ha ocurrido con las limitaciones de jornadas, la regulación de descansos, la suspensión del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador, etc.²

Sin embargo, no cabe duda de que el impulso fundamental en la tutela del derecho a la salud de los trabajadores se produce con la implantación de las políticas de prevención de riesgos laborales en el seno de las organizaciones productivas. Efectivamente, la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, en adelante LPRL³, instaura, de acuerdo con la normativa internacional en la materia, un conjunto de garantías y mecanismos dirigidos a establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados del trabajo. En consecuencia, su principal línea de actuación es el establecimiento de obligaciones dirigidas a preservar la salud y el bienestar de los trabajadores cuando desempeñan sus servicios dentro de las organizaciones productivas, siendo el empresario el sujeto principalmente obligado en este ámbito.

² Una consideración desde esta perspectiva, Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores”, *REDT*, núm. 157, pp. 135-164.

³ BOE núm. 269 de 10 de noviembre.

El conjunto de obligaciones que impone este marco legal se justifica en la preservación de una serie de derechos constitucionales de los trabajadores, destacadamente el derecho a la salud plasmado en el art. 43 CE, y, como manifestación de este último y en consonancia con las conexiones efectuadas por la doctrina constitucional, el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE)⁴. De acuerdo con estas exigencias constitucionales, la legislación sobre prevención de riesgos laborales reconoce el derecho de los trabajadores a la protección eficaz frente a los riesgos laborales y, en consecuencia, el deber del empresario de proteger a los trabajadores frente a dichos riesgos (art. 14 LPRL), deber que implica múltiples obligaciones, entre otras: ofrecer información a los trabajadores, establecer y respetar los cauces de consulta y participación en materia de prevención, facilitar formación en materia preventiva, paralizar la actividad en caso de riesgo grave e inminente y, en un plano más general, vigilar el estado de salud de los trabajadores, obligación esta última que ha de protagonizar nuestro análisis.

1. LA REALIZACIÓN DE RECONOCIMIENTOS MÉDICOS. POSIBILIDADES Y GARANTÍAS EN LA REGULACIÓN LEGAL

Con respecto al reconocimiento del deber empresarial de vigilar (y garantizar, podríamos añadir) el estado de salud de los trabajadores, la regulación normativa es bastante clara y así lo recuerda el pronunciamiento jurisprudencial que examinamos⁵. Efectivamente, el art. 22 de la LPRL establece la obligación empresarial de garantizar la vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores, vigilancia que se debe efectuar en función de los riesgos inherentes al puesto de trabajo desempeñado. La manifestación fundamental de esta obligación es la exigencia al empresario de facilitar y sufragar el coste de reconocimientos médicos periódicos para sus trabajadores⁶, reconocimientos que, en principio y con carácter general, son de carácter voluntario, por lo que son los propios trabajadores los que deciden si se someten o no a ellos. En materia de reconocimientos médicos rige, por tanto y como regla general, la voluntariedad⁷.

No obstante, la propia regulación prevé excepciones por las que este tipo de reconocimientos se configuran con carácter obligatorio. De acuerdo con

⁴ STC núm. 62/2007 de 27 marzo (F. J. 4º y 5º).

⁵ STSJ Extremadura núm. 44/2013 de 5 de febrero (F. J. 3º).

⁶ Navarro Nieto, F., "Los reconocimientos médicos como instrumentos de vigilancia de la salud laboral. Condicionantes legales y jurisprudenciales", *AS*, núm. 11/2012, pág. 153; Toscani Giménez, D., *Reconocimientos médicos y su régimen jurídico laboral*, Albacete, Bomarzo, pág. 21.

⁷ Navarro Nieto, F., "Los reconocimientos médicos...", op. cit., pág. 154.

estas previsiones, los trabajadores no podrán negarse a los reconocimientos médicos cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se trate supuestos en los que la realización de los reconocimientos sean imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores; b) que estos reconocimientos sean necesarios para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa y; c) que los reconocimientos médicos vengan exigidos en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

En todo caso, y con independencia del carácter voluntario u obligatorio, la regulación establece varias exigencias con objeto de garantizar la preservación de los derechos fundamentales de los trabajadores. La primera requiere que este conjunto de medidas y actuaciones se desempeñen por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada (art. 22. 6 LPRL). La segunda, de gran trascendencia, exige que las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se lleven a cabo respetando sus derechos a la intimidad y a la dignidad personal, por lo que, aclara la propia regulación, deberá optarse por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo que soporta (art. 22. 2 LPRL). Conectada con la anterior se encuentra la tercera exigencia, que demanda la realización de estos controles de forma que se respete la confidencialidad de la información relacionada con el estado de salud del trabajador. Ello requiere, de un lado, que los resultados de los controles efectuados se comuniquen únicamente a los trabajadores afectados y que el acceso a la información médica de carácter personal se limite al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador (art. 22.3 y 4 LPRL). Esta última garantía no implica un desconocimiento total y absoluto por parte del empresario, pues la propia norma prevé que este y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención sean informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva (art. 22.4 LPRL). Por último, y con ello la norma intenta cerrar el marco de protección legal, se prohíbe que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores sean usados con fines discriminatorios ni en perjuicio de los propios trabajadores (art. 22.4 LPRL). En consecuencia, es la propia regulación legal, esto es, el art. 22 de la LPRL, la que esboza el cúmulo de garantías que debe regir la práctica de reconocimientos médicos que,

de acuerdo con los estudios realizados sobre la materia, se caracterizan por la voluntariedad, la vinculación a riesgos, la imprescindibilidad y proporcionalidad y la confidencialidad⁸.

Mucho más genéricas, aunque no carentes de interés, son las previsiones estatutarias, que, además de reconocer, en el marco de la relación laboral, el derecho de los trabajadores a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene y el respeto a su intimidad (art. 4.2 ap. d y e), contiene una síntesis de los derechos de los trabajadores en torno a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 19 ET) y alguna previsión específica sobre los reconocimientos médicos. Concretamente, dentro de la regulación sobre el control de la actividad laboral, el art. 20 ET establece dos previsiones con alcance distinto sobre la cuestión que venimos analizando. La primera habilita al empresario para adoptar *“las medidas de vigilancia y control más oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos”* (art. 20.3 ET). La segunda permite al empresario *“verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones”* (art. 20.4 ET).

Estas previsiones normativas ponen de manifiesto que los reconocimientos médicos pueden desempeñar distintas funciones en la empresa y que dependiendo de estas funciones tendrán un régimen jurídico u otro. Así, pueden constituir un instrumento fundamental para la prevención o detección de riesgos (art. 22 LPRL) o bien un mecanismo para verificar el estado de enfermedad alegado por el trabajador y, en consecuencia, justificar las ausencias al trabajo (art. 20.4 ET)⁹. Es precisamente en relación con esta segunda función con la que la norma estatutaria prevé que la negativa a someterse a ellos por parte del trabajador pueda determinar la suspensión del cualquier derecho económico que sea exigible al empresario por esta situación. En cuanto instrumento esencial para la detección de riesgos, y especialmente en aquellos casos en que tengan carácter obligatorio, el sometimiento a los reconocimientos médicos por parte de trabajador constituye una obligación derivada de la relación laboral que el trabajador debe cumplir necesariamente, de forma que su inobservancia supone un incumplimiento laboral de los establecidos en el art. 58 ET (art. 29

⁸ Navarro Nieto, F., “Los reconocimientos médicos...”, op. cit., pág. 154.

⁹ Toscani Giménez, D., *Reconocimientos médicos...*, op. cit., págs. 43 y ss.

LPRL). Siendo así, la negativa reiterada del trabajador a someterse a dichos reconocimientos puede constituir un supuesto de indisciplina o desobediencia sancionable con el despido disciplinario (art. 54.2 b ET).

2. RECONOCIMIENTOS MÉDICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

El análisis efectuado sobre la normativa existente, centrada, como hemos tenido ocasión de comprobar, en el establecimiento de un cúmulo importante de límites y garantías, no evita que surjan innumerables cuestiones en torno a la incidencia que provoca esta institución sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, con especial intensidad, en relación con el derecho a la intimidad y algunas de sus facultades esenciales, especialmente la intimidad corporal y la protección de datos personales (art. 18 CE). Tan es así que en el primer trimestre de este año se han planteado numerosas controversias jurisprudenciales sobre esta materia. Intentaremos con nuestro análisis resumir la jurisprudencia vertida sobre las cuestiones más controvertidas al hilo del análisis del pronunciamiento seleccionado, no sin antes hacer una rápida consideración sobre la doctrina constitucional existente sobre la materia.

A efectos de determinar esta doctrina sobre los reconocimientos médicos y su incidencia sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores, debemos partir de la STC 196/2004, de 15 de noviembre, pronunciamiento paradigmático que analiza la legitimidad constitucional de una decisión empresarial de despido basada en falta de aptitud para desempeñar el trabajo¹⁰. La trascendencia del supuesto se encuentra en que la falta de aptitud se deduce de un reconocimiento médico de empresa donde se detecta, a través de análisis de orina, el consumo de drogas por parte de la trabajadora¹¹. El TC considera, siguiendo la doctrina establecida en pronunciamientos anteriores, que el derecho a la intimidad garantiza “*la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario (según las pautas de nuestra cultura) para*

¹⁰ Comentarios a esta Sentencia en Cavas Martínez, F., “Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador”, *AS*, núm. 19, 2004. BIB 2005/3.

¹¹ No obstante, existen otros pronunciamientos relevantes como la STC 159/2009, de 29 de junio, que analiza la decisión de cese de un policía por parte del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián por padecer diabetes, aun habiendo superado un concurso-oposición, tres exámenes médicos y el respectivo curso de formación. Interesante también se perfila la STC 70/2009, de 23 de marzo, que analiza una decisión administrativa de iniciar de oficio el procedimiento de jubilación de un funcionario de educación, basándose en que dos informes psicológicos de su historial clínico ponían de manifiesto la incapacidad (permanente) para desarrollar el trabajo.

mantener una calidad mínima de la vida humana". De hecho, su reconocimiento y configuración constitucional impone a terceros *"el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno"*¹².

De estas consideraciones se deduce que la vulneración del derecho a la intimidad se puede producir por distintas circunstancias: a) porque no exista habilitación legal que justifique la injerencia; b) porque, a falta de habilitación legal, no exista autorización expresa e informada del titular del derecho; o c) porque se trate de una medida que, aun autorizada por el titular del derecho, no se adecue o exceda los términos de esta autorización. Existen, en consecuencia, dos posibilidades de salvar la lesión del derecho a la intimidad en materia de reconocimientos médicos: mediante una autorización (consentimiento informado) por parte del trabajador o bien por una habilitación legal que permite prescindir de este consentimiento o autorización. La doctrina coincide plenamente con la regulación contenida en el art. 22 de la LPRL y la propia legislación específica. Efectivamente, las intromisiones en el ámbito del derecho a la intimidad serán ilegítimas, tal como especifica en el art. 7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, cuando, sin contar con el consentimiento del titular, supongan *"la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción"*; *"la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo"*, y, *"la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela"*. Dicha regulación es coherente con el art. 2.2 de la misma disposición, que claramente establece que no se apreciarán intromisiones ilegítimas cuando estuvieren expresamente autorizadas por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso.

Siendo este el panorama legislativo, la importancia del pronunciamiento

¹² STC 196/2004, de 15 de noviembre (F. J. 2). El pronunciamiento reitera la doctrina establecida, entre otras, en las SSTC 292/2000, de 30 de noviembre (F. J. 16); 70/2002, de 3 de abril (F. J. 10); 83/2002, de 22 de abril (F. J. 5).

mencionado se encuentra en la atenta consideración que se efectúa sobre la forma y condiciones en las que se debe expresar el consentimiento y en la interpretación restrictiva de las excepciones a la voluntariedad que en materia de reconocimientos médicos regula la LPRL. Por lo que concierne al consentimiento, el TC exige (sin perjuicio de las condiciones que se puedan imponer por el marco legal) que sea previo, exteriorizado (bien de forma escrita, de forma verbal o mediante actos concluyentes), informado y pleno. Independientemente de la forma en que se exteriorice, el consentimiento debe mostrar la voluntad real de someterse a las pruebas médicas y ser un consentimiento informado. El trabajador, en consecuencia, deberá recibir información expresa y previa sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal o sobre cualquier reconocimiento médico que, sin afectar al derecho a la intimidad corporal, constituya una injerencia en el más amplio derecho a la intimidad personal, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad (por ejemplo, el consumo habitual de drogas), o cuando las pruebas a practicar sean ajenas a la finalidad normativa de vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo. Por último, el consentimiento debe ser pleno, porque debe expresarse respecto del contenido y alcance de las pruebas que se pretenden realizar, de la información que con ellas se busca obtener y de la utilización que va a hacerse de la información sanitaria obtenida¹³. Añade el TC, y ello constituye una matización importante a la vez que cuestionable, que respecto al resto de supuestos, esto es, en lo que resulte previsible en atención al objeto y propósito de los reconocimientos médicos en relación al trabajo desempeñado, no habrá vulneración del art. 18.1 CE si el trabajador puede tener acceso, de solicitarlo, al conocimiento del contenido y alcance de la detección, tipo de pruebas que le vayan a ser practicadas y sus efectos, sus contraindicaciones y riesgos probables en condiciones normales, así como de las posibles eventualidades y contingencias que en su salud pudieran derivarse de no realizar el reconocimiento médico.

Por lo que se relaciona con la interpretación de las excepciones a la voluntariedad, el TC parte de que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental de contenido relativo que puede ser limitado atendiendo a “razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la evitación y prevención de riesgos y peligros relacionados con la salud”. Ahora bien, su naturaleza constitucional exige que la “limitación deba estar fundada en una previsión legal que tenga justificación

¹³ Navarro Nieto, F., “Los reconocimientos médicos...”, op. cit., pág. 155.

*constitucional, sea proporcionada y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora*¹⁴. Dichas exigencias, aplicadas a los supuestos de obligatoriedad de los reconocimientos médicos plasmados en la LPRL, exige que estos sólo se efectúen cuando concurren las siguientes circunstancias: a) que exista un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable (esto es, los supuestos tipificados en el art. 22.1 LPRL y los consiguientes intereses constitucionales que se pretende proteger); b) que dichos reconocimientos constituyan el instrumento necesario y adecuado en atención al riesgo que se procura prevenir (adecuación y necesidad); y c) que no existan opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos afectados por la medida restrictiva (indispensabilidad)¹⁵. En definitiva, que además de verificar que efectivamente se trata de uno de los supuestos tipificados en el art. 22 de la LPRL, el juzgador deberá comprobar que el reconocimiento médico constituye una medida proporcionada (adecuada, indispensable y proporcionada) al fin que justifica la restricción del derecho a la intimidad del trabajador y, en consecuencia, una restricción legítima de acuerdo con los parámetros que exige nuestro texto constitucional.

3. LA SOLUCIÓN ADOPTADA EN EL SUPUESTO CONCRETO. MÁS SOMBRAS QUE LUCES SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD

No son estas, sin embargo, las directrices que sigue el pronunciamiento analizado, en el que margina por completo, como veremos en seguida, el análisis de la injerencia que la obligatoriedad del reconocimiento médico implica para el derecho a la intimidad del trabajador. Efectivamente, la primera cuestión a esclarecer es si el reconocimiento médico que se exige al actor constituye una lesión de su derecho a la intimidad y, siendo así, si podría subsumirse en algunos de los casos en los que se puede imponer su carácter obligatorio o en cambio es necesario que se preste el consentimiento (expreso e informado) por parte del trabajador. En este sentido, y siguiendo la doctrina constitucional mencionada, el Tribunal considera que el derecho a la intimidad, aun siendo un derecho fundamental que rige en las relaciones laborales, tiene un contenido relativo que le hace ceder ante otros intereses relevantes desde el punto de vista constitucional. Estos intereses relevantes son los que se han tenido en consideración a la hora de regular los supuestos en los que cabe

¹⁴ STC 196/2004, de 15 de noviembre (F. J. 5).

¹⁵ STC 196/2004, de 15 de noviembre (F. J. 6).

exigir la obligatoriedad de los reconocimientos médicos, esto es, los supuestos previstos en el art. 22 de la LPRL.

No obstante, y a pesar de la tipificación legal, al constituir estos supuestos limitaciones de un derecho fundamental, deben ser interpretados de forma rigurosa y restrictiva, garantizando el poder judicial que la realidad de los hechos responde efectivamente a los supuestos legales y que la imposición del reconocimiento médico constituye una medida proporcionada a la finalidad perseguida con la restricción, comprobación que de ser positiva constataría la existencia de una limitación justificada. No se corresponde con ello la actuación del juzgador que se limita a declarar: a) que en el supuesto concreto se está ante un supuesto de excepción a la voluntariedad en el reconocimiento médico, aunque no entra a concretar el supuesto específico que justifica la limitación; b) que el trabajador ha sido informado por parte del Gerente de la empresa, sin que se valore la importancia y el alcance que tiene el suministro de esa información, y c) que la empresa cliente exigía que los trabajadores hubieran pasado el oportuno reconocimiento médico, como si dicha exigencia constituyese, por sí sola, un requisito válido para demandar su obligatoriedad¹⁶.

El razonamiento, ciertamente, se sustenta en la doctrina constitucional que hemos comentado, esto es, la configuración del derecho a la intimidad como un derecho de contenido relativo que admite limitaciones dirigidas a satisfacer otros bienes o derechos constitucionalizados; pero siendo esta la doctrina aplicable, el Tribunal tendría que haber identificado el supuesto descrito por la LPRL en que se puede encuadrar los hechos para posteriormente razonar si la lesión del derecho se encuentra o no justificada. Lejos de realizar ese conjunto de operaciones, el Tribunal se limita a declarar la legitimidad de la exigencia empresarial, amparándose en que existe habilitación legal expresa¹⁷. Hubiese sido deseable y necesario, además de constatar la existencia de habilitación legal, valorar si la limitación efectuada sobre el derecho a la intimidad estaba justificada de acuerdo con las circunstancias, esto es, efectuar la ponderación necesaria para determinar qué derecho o interés debía ceder en el contexto analizado. Así lo exige la doctrina constitucional, que claramente considera que el derecho a la intimidad puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes “*siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcionada para alcanzarlo*”¹⁸.

¹⁶ STSJ Extremadura núm. 44/2013 de 5 de febrero (F. J. 3º).

¹⁷ STSJ Extremadura núm. 44/2013 de 5 de febrero (F. J. 3º).

¹⁸ STC 70/2009, de 23 de marzo, (F. J. 3º).

Un razonamiento de estas características sorprende por varias circunstancias; la más importante es que la lesión del derecho a la intimidad es la cuestión fundamental que se plantea en el supuesto y, siendo así, es ciertamente censurable que el Tribunal ofrezca una argumentación tan débil y desordenada, máxime cuando el caso ofrece posibilidades, sin alterar el sentido de la resolución, para elaborar un razonamiento mucho más elaborado y acertado. Y sorprende aún más cuando comprobamos que ese razonamiento se efectúa, pero no para justificar la limitación al derecho a la intimidad, sino para demostrar que el incumplimiento del trabajador constituye un supuesto de indisciplina y desobediencia ante una orden empresarial legítima¹⁹. Aunque esta circunstancia no evita que el razonamiento se termine reflejando en la resolución del supuesto, sí debiera llamar la atención sobre la necesidad de responder adecuada y ordenadamente a las demandas efectuadas por los ciudadanos a través del procedimiento judicial. La lesión de un derecho fundamental merece al menos una explicación coherente, razonada y justificada de las razones que justificaron su restricción; lo contrario sería lesivo del propio derecho fundamental afectado y del más genérico derecho a la tutela judicial efectiva.

Constatada la legitimidad, en los términos que hemos destacado, de la limitación que suponen los reconocimientos médicos obligatorios sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores, la segunda cuestión importante que plantea el pronunciamiento es si la negativa del trabajador a someterse al reconocimiento médico puede constituir un supuesto de disciplina o desobediencia y, en consecuencia, justificar un despido disciplinario. A estos efectos, la doctrina establecida en el pronunciamiento realiza un reiterado análisis sobre las características que ha de cumplir el incumplimiento del trabajador para ser considerado un supuesto de indisciplina o desobediencia *ex art. 54.2. b) ET*. De acuerdo con el razonamiento del Tribunal, será necesario, de un lado, que la orden empresarial incumplida se encuentre dentro del círculo de atribuciones del empresario, y de otro, que el “*incumplimiento del trabajador sea grave, culpable, trascendente o notoriamente relevante e injustificado*”, pues si, por el contrario, tuviera algún tipo de justificación, merecería un trato menos drástico que el despido disciplinario²⁰.

La aplicación de esta doctrina al supuesto concreto pone de manifiesto, a juicio del Tribunal, las siguientes circunstancias. En primer lugar, que la orden empresarial era plenamente legítima al encontrarse absolutamente respaldada por la regulación legal (arts. 22 y 25.1 LPRL y 196.3 de la LGSS) y plenamente

¹⁹ STSJ Extremadura núm. 44/2013 de 5 de febrero (F. J. 4º).

²⁰ STSJ Extremadura núm. 44/2013 de 5 de febrero (F. J. 4º).

justificada por las circunstancias concurrentes. Efectivamente, el Tribunal considera que si se atiende a la categoría profesional del actor y sus características (guardia de seguridad armado), las funciones atribuidas (vigilancia en solitario de una obra en horario nocturno) y las circunstancias personales que parecen afectarle (se tenía conocimiento de que padecía sordera de un oído), está plenamente justificado, en aras de proteger su integridad física y la de terceros, el requerimiento de someterse a un reconocimiento médico de carácter obligatorio. En segundo lugar, que el actor, delegado de prevención y, por tanto, representante de los trabajadores, se ha negado en reiteradas ocasiones a someterse a dicho reconocimiento sin alegar razones de peso, por lo que su conducta, tanto por la reiteración como por los perjuicios que puede ocasionar a la empresa, al propio trabajador y a terceros, debe considerarse constitutiva de un supuesto de indisciplina y desobediencia susceptible de justificar un despido disciplinario *ex art. 54.2 b) ET*, que además debe ser calificado de procedente, como hizo la sentencia recurrida.

La calificación como procedente, tal como pone de manifiesto el razonamiento del Tribunal, debe considerarse correcta al darse efectivamente un supuesto de desobediencia, aunque ciertamente en otros pronunciamientos la descripción de las características que ha de presentar la desobediencia se efectúa de forma mucho más clara. La solución hubiese sido completamente distinta si el despido se hubiese basado en la falta de aptitud para desempeñar el trabajo, pues, en este caso, como vienen aceptando otras sentencias, antes que acudir a la extinción existe obligación empresarial de adaptar el puesto de trabajo o asignar un nuevo puesto de trabajo que sea compatible con las limitaciones físicas o funcionales que afectan al trabajador (arts. 15.1 ap. d, 15.2 y 25.1 LPRL).

4. VALORACIÓN FINAL

El pronunciamiento, con las matizaciones y comentarios que hemos efectuado, enfoca correctamente la cuestión, aunque es excesivamente parco a la hora de construir los argumentos fundamentales que van a soportar la resolución del supuesto. Ya hemos mencionado esta circunstancia con respecto al análisis de la limitación del derecho a la intimidad, y es necesario destacarlo igualmente de otra serie de cuestiones que, no por ser secundarias, son de menor importancia.

Deficiencia importante y que salta a la vista de forma ostensible en la mayoría de los pronunciamientos es la escasa consideración que merece la delimitación de las distintas facultades que integran el contenido del derecho a la intimidad. Las consideraciones sobre este aspecto se hacen de forma completa-

mente general, sin entrar a diferenciar las distintas facultades y, por tanto, sin valorar la trascendencia y consecuencias que estas y sus posibles limitaciones o restricciones puedan tener en el ámbito de las relaciones laborales. El deber empresarial consistente en vigilar de forma periódica la salud de los trabajadores que se reconoce en el art. 22 de la LPRL y, concretamente, la realización de reconocimientos médicos incide de diversas formas en las facultades que integra el derecho a la intimidad (intimidad corporal, protección de datos personales, protección de datos de tráfico, etc.), por lo que es necesario diferenciarlas para articular un sistema eficaz de tutela.

Otra aspecto fundamental, que tampoco se analiza al construir el razonamiento del Tribunal es la falta de valoración de los motivos que llevan a los trabajadores a negarse a someterse a los reconocimientos médicos, negativa que en caso de ser reiterada y tratarse de un reconocimiento médico obligatorio puede desembocar en un despido disciplinario por indisciplina o desobediencia. Convendría en estos casos valorar, puesto que hablamos de cumplir o incumplir ordenes empresariales que pudieran ser legítimas, que la negativa del trabajador a someterse a los reconocimientos médicos se debe, en la mayoría de las ocasiones, al miedo a perder el puesto de trabajo por falta de aptitud, y no es que ello pueda justificar una declaración de improcedencia del despido, sino que convendría dejar claro que, en estas circunstancias, el trabajador tiene alternativas distintas prevista en la regulación legal, por ejemplo, solicitar una evaluación de riesgos y la consiguiente adaptación del puesto de trabajo a su grado de discapacidad.

Se pone de manifiesto, en consecuencia, que son numerosas y complicadas las cuestiones jurídicas que plantean y que llegarán a plantear los reconocimientos médicos en el ámbito laboral. La solución de estas controversias se debe efectuar sin perder de vista que su realización pretende hacer efectivo el derecho a la salud de los trabajadores en las organizaciones productivas y que dicha efectividad, cada vez más frecuentemente, entra en conflicto con otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, tanto en su faceta de intimidad corporal como en la más genérica de protección de datos personales relacionados con la salud. El problema no ha hecho más que comenzar, y en el futuro más inmediato deberemos hacer frente a otras facetas del derecho a la salud y del derecho a la intimidad que vendrán, sin lugar a dudas, a complicar el panorama judicial. Conviene, por tanto, que tanto doctrina como jurisprudencia abogemos, en nuestros respectivos ámbitos de actuación, por la efectividad del derecho a la intimidad en la organizaciones productivas, y ello pasa necesariamente por definir su contenido e identificar el haz de facultades que lo componen, por determinar con respecto a cada una de ellas hasta donde puede llegar el consentimiento del trabajador y, por último, por aplicar de forma clara y expresa, y siempre que así se requiera, el juicio de proporciona-

lidad a cualquier limitación que se pueda establecer desde el ámbito empresarial. Son exigencias mínimas que, como demuestra el pronunciamiento analizado, están pendientes de determinar y consolidar.

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ABRIL A JUNIO DE 2013

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

DECRETO-LEY 4/2013, DE 2 DE ABRIL, POR EL QUE SE MODIFICA LA LEY 4/2002, DE 16 DE DICIEMBRE, DE CREACIÓN DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO (BOJA NÚM. 63, 3 DE ABRIL DE 2013).

Su convalidó por el Parlamento de Andalucía mediante la Resolución de 25 de abril de 2013, de la Presidencia, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Decreto Ley 4/2013, de 2 de abril, por el que se modifica la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo (BOJA núm. 88, 8 de mayo de 2013).

La reforma aprobada por el Decreto-Ley 4/2013 tiene su origen en la necesidad de completar el traspaso de las competencias en materia de formación profesional para el empleo derivada de la aprobación del Decreto del Presidente 3/2012, de 5 de mayo, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías, cuyo artículo 6 atribuye a la Consejería de Educación las competencias en materia de formación profesional para el empleo desempeñadas por la entonces Consejería de Empleo a través del Servicio Andaluz de Empleo (SAE). A consecuencia de ese traspaso de competencias en materia formativa:

a) Se modifican los arts. 3 y 8.3 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, para suprimir la materia relativa a la formación profesional de las funciones asumidas por el SAE. Al mismo tiempo, se concretan los procedimientos transitorios en materia de subvención y ayudas; y se aclara el organismo al que se adscribe el personal y los puestos de trabajo que gestionaban la materia transferida, que pasan a depender provisionalmente de la Consejería de Educación hasta que se apruebe la modificación de las RPT. Este personal ejercía sus competencias en el Servicio de Análisis y Planificación de la Formación para el Empleo, el Servicio de Gestión y Programación de la FPO, el Servicio de Centros, Programas Formativos y Formación Continua y Servicio de Programas de Empleo; todos ellos en los servicios centrales del SAE; así como en los Servicios de Formación para el Empleo y Departamentos de Escuelas Taller (escuelas taller, casas de oficio y talleres de empleo), y en los Centros de Formación Profesional adscritos a las Direcciones Provinciales del SAE.

b) Se lleva a cabo lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera del

Decreto 149/2012, de 5 de junio, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, suprimiendo del ámbito del SAE, las competencias en materia de personas trabajadoras autónomas.

c) Se establece el inicio de un plazo máximo de 12 meses para que se proceda a modificar el Decreto 451/1994, de 15 de noviembre, por el que se crea el Consejo Andaluz de Formación Profesional.

Las modificaciones legislativas aprobadas entraron en vigor el día 3 de abril de 2013.

DECRETO-LEY 8/2013, DE 28 DE MAYO, DE MEDIDAS DE CREACIÓN DE EMPLEO Y FOMENTO DEL EMPRENDIMIENTO (BOJA NÚM. 105, 31 DE MAYO DE 2013; CORRECCIÓN DE ERRORES: BOJA NÚM. 126, 1 DE JULIO DE 2013).

Conforme a lo dispuesto en los arts. 9 y 10.3.1ª del Estatuto de Autonomía, el Gobierno andaluz en fecha de 13 de febrero de 2013 aprobó un acuerdo con medidas de reactivación económica, posteriormente consensuado con los agentes económicos y sociales más representativos en el marco del Acuerdo para el Progreso Económico y Social de Andalucía del 20 de marzo de 2013. Esas medidas completan las aprobadas en este Decreto-Ley, que, al mismo tiempo, introduce la racionalización de las ayudas existentes mediante la derogación del Decreto 109/2006, de 6 de junio y de diversas ordenes de apoyo al empleo que se especifican en la Disposición Derogatoria única del Decreto-Ley 8/2013.

La líneas de reactivación económica se organizan en tres bloques; el primer bloque, contiene medidas para potenciar el empleo a través de programas especiales de carácter colectivo, de carácter territorial o centrados en la reactivación del empleo juvenil (Programa de Bono de Empleo Joven; Programa de apoyo a la economía social; Programa de Apoyo y Fomento del Trabajo Autónomo; y Programa de Becas de Internacionalización para Titulados Superiores de Formación Profesional, aprobados mediante el Decreto-Ley 7/2013, de 30 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para la lucha contra la exclusión social en Andalucía); el segundo bloque, se centra en medidas destinadas a favorecer la inversión productiva generadora de empleo; y el último bloque, trata de reforzar las políticas activas de empleo, dotando de mayores medios a las Oficinas de empleo, mediante el incremento de su dotación de personal.

El Decreto-Ley 8/2013 se desarrolla en 99 artículos, una disposición transitoria única, una disposición derogatoria única y cuatro disposiciones finales; cerrándose con los correspondientes anexos en los que se incluyen, fundamentalmente, los formularios oficiales necesarios para solicitar los distintos programas. El Decreto-Ley 8/2013 entró en vigor el día 1 de junio de 2013.

Los aspectos más relevantes de los siete títulos en los que subdivide la norma son los siguientes:

A) Título I (artículos 1 a 3). Desarrolla los principios generales.

Se señala que el principal objetivo es la aprobación de medidas urgentes para crear el empleo y para fomentar el emprendimiento, para lo que incide en los factores causantes del desempleo, tratando de favorecer a los colectivos más afectados; al mismo tiempo, abre la convocatoria para el año 2013 del Programa Bono de Empleo Joven, el Programa de Apoyo y Fomento del Trabajo Autónomo, el Programa de Apoyo a la Economía Social y el Programa de Becas de Internacionalización para técnicos superiores de formación profesional.

Se establecen unas zonas territoriales de especial atención para la aplicación de las medidas, que en el año 2013 se han concretado mediante los datos reseñados en el Indicador Sintético del Mercado de Trabajo Local de Andalucía, elaborado por el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía a partir del número de demandantes de empleo no ocupados inscritos en el SAE, así como del número de ocupados estimado a partir de las afiliaciones a la Seguridad Social y la población de 16 a 64 años de cada municipio. La fórmula de cálculo se especifica en el Anexo I del Decreto-ley; mientras que en el Anexo II se relacionan los municipios de especial atención, clasificados por provincias.

B) Título II (artículos 4 a 16), regula el “Régimen Específico del Programa Bono de Empleo Joven”.

Este programa se someterá tanto a las disposiciones contenidas en el mismo, aplicándose para lo no previsto lo dispuesto en el Título VII del Decreto-Ley 8/2013, como a la normativa de subvenciones.

El programa tiene la finalidad de fomentar el empleo y tratar de facilitar la incorporación laboral de los jóvenes andaluces de entre 18 y 35 años, inclusive, que: a) Tengan la vecindad administrativa en Andalucía. b) No estén de alta en la Tesorería de la Seguridad Social, ni estén desempeñando un trabajo retribuido por cuenta ajena. c) No hayan obtenido en los 3 años anteriores, un título universitario oficial o título superior equivalente de enseñanzas artísticas superiores; título de técnico o técnico superior de Formación Profesional o título de técnico o técnico superior en artes plásticas o enseñanzas deportivas; título de graduado en ESO a través del Programa de Segunda Oportunidad Educativa.

Se establece un número de bonos (3125) que podrá incrementarse por las aportaciones de las entidades privadas. La ayuda de cada bono alcanza a una cuantía máxima de 4.800 euros, distribuida en 12 mensualidades, para un contrato a jornada completa.

El proceso de selección de los solicitantes de este programa se realizará por la persona titular de la Dirección de Gerencia del SAE, mediante los formularios que se desarrollan en el Anexo III del Decreto-Ley 8/2013. Los interesados pueden presentar las solicitudes, acompañada de la documentación exigida en

su art. 9.3, de manera telemática o presencialmente en el Registro General del SAE y sus registros auxiliares, o a través de los mecanismos previstos en el art. 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La Administración dispone de un plazo máximo de 3 meses para resolver y publicar la resolución concediendo o no el bono solicitado.

Las solicitudes serán valoradas conforme a la puntuación que se desarrolla en el art. 10; ésta considerará la calificación académica, la pertenencia a los colectivos preferentes, la inscripción como demandante de empleo y el itinerario personalizado de inserción laboral, así como la pertenencia a zonas prioritarias de empleo. En materia de obligaciones, se regulan por un lado, los derechos de las personas titulares del Bono de Empleo Joven (art. 11), y por otro, las de las entidades contratantes de dichas personas (art. 12).

C) Título III (artículos 18 a 42), que desarrolla el “Régimen Específico de Apoyo y Fomento del Trabajo Autónomo”.

Para su puesta en práctica se tendrá en cuenta el régimen de concurrencia competitiva, siguiendo las pautas previstas en el procedimiento general de concesión establecido en el Título VII del Decreto-Ley 8/2013. El objetivo previsto en relación con el trabajo autónomo, es potenciar y desarrollar la actividad realizada por personas físicas que ejerciten una actividad económica de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia, dando o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena, y que tengan residencia y domicilio fiscal en Andalucía, para ello dispondrán de la colaboración en la gestión de la entidad Andalucía Emprende, a través de la firma de un Convenio de Colaboración con la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo (art. 30).

El programa tiene unas cantidades fijas asignadas para el año 2013 y se diversifica en seis líneas distintas que no son compatibles entre sí en todos los casos, sino sólo en los términos establecidos en el art. 23. Las líneas aprobadas son las siguientes:

a) Línea 1. Creación de empleo en el trabajo autónomo.

Fomenta la creación de empleo estable favoreciendo las contrataciones indefinidas realizadas por las personas autónomas; al mismo tiempo trata de conciliar la vida personal, laboral y familiar en el trabajo autónomo en supuestos de maternidad o riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento adoptivo, potenciando la contratación de otra persona que les permita disfrutar de los permisos correspondientes.

Esta línea subvenciona los conceptos especificados en el art. 24.3 del Decreto-Ley 8/2013, por las cuantías siguientes:

1- 3.000 euros por cada nuevo contrato formalizado con carácter indefinido ordinario, cuando fuere a jornada completa.

2- Hasta 3.000 euros por un periodo de ocho meses cuando la contratación fuere a jornada completa, por cada contrato de interinidad, para sustituir a personas con riesgo durante el embarazo.

3- Hasta 1.500 euros por un periodo de dieciséis semanas cuando la contratación fuere a jornada completa, por cada contrato de interinidad, para sustituir a personas que se encuentren en situación de permiso por maternidad, incluido el supuesto de cesión inicial al otro progenitor de dicho periodo de suspensión, adopción o acogimiento.

Las cantidades reseñadas se adaptarán proporcionalmente en supuestos de contratación a tiempo parcial; igualmente cuando el periodo contratado, en el caso de los contratos de interinidad previstos en los apartados 2 y 3, fuere inferior al periodo subvencionable.

b) Línea 2. Consolidación de empleo en el trabajo autónomo.

Subvenciona las transformaciones de contratos de duración determinada en contratos por tiempo indefinido ordinario. El máximo de contratos que se podrán subvencionarse por persona trabajadora autónoma es de 3 contratos temporales transformados en indefinidos, siendo la subvención de 3000 euros por contrato transformado a tiempo completo. Las excepciones a las transformaciones contractuales son las previstas en el art. 25.3.d) del Decreto-Ley 8/2013.

c) Línea 3. Creación de empresas de trabajo autónomo.

Pretende potenciar, por un lado, el establecimiento como trabajadores autónomos de aquellas personas que se den de alta por primera vez como autónomos o que no hayan estado de alta en el RETA en los últimos 5 años, o en aquel otro régimen que legal o estatutariamente les corresponda con 2.000 euros; y por otro, subvencionar a aquellas personas que hubieren capitalizado la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, con un importe equivalente al 50% de las cuotas como autónomos, calculada sobre la base mínima de cotización en el RETA, durante el tiempo en que se hubiere percibido la prestación por desempleo, de no haberse capitalizado en su modalidad de pago único.

Los beneficiarios de cada submodalidad tendrán que cumplir los requisitos que se establecen en el art. 26.2 del Decreto-Ley 8/2013.

d) Línea 4. Consolidación empresarial del trabajo autónomo.

Pretende potenciar el tejido empresarial del trabajo autónomo andaluz subvencionando a las personas que reúnan los requisitos establecidos en el art. 27.2 y para los conceptos y gastos subvencionables desarrollados en los apartados 3 y 4 del art. 27 del Decreto-Ley 8/2013. En lo que se refiere a la cuantía de las subvenciones que se reconocen, estas serán las siguientes:

- Para la cooperación empresarial por constitución de empresas, hasta el 100% de los gastos de constitución, hasta un tope máximo de 1.000 euros.

- El resto de las medidas, se subvencionan hasta el 100% de los gastos necesarios para su ejecución, con un límite de 90.000 euros; distribuidos en hasta el 80% los gastos de personal y desplazamiento y hasta un 20% los gastos generales.

d) Línea 5. Fomento de la innovación en el trabajo autónomo.

Subvenciona la “creación o la consolidación de las unidades económicas de trabajo autónomo, sociedades civiles o comunidades de bienes que, promovidas por personas tituladas universitarias, implanten o desarrollen proyectos innovadores, mediante bono innovación en el trabajo autónomo” (art. 28.1). Los beneficiarios deberán de estar de alta en el RETA o en la mutualidad que legal o estatutariamente les corresponda y disponer de un plan de viabilidad de la actividad. Los conceptos y los gastos subvencionables se desarrollan en los apartados 2 y 2 del art. 28, siendo la cuantía de las subvenciones la siguiente:

- 2.000 € a las personas que implanten y desarrollen un proyecto innovador como trabajadores autónomos o integrados en civil o de bienes.

- Hasta 8.000 euros para la implantación y desarrollo del proyecto de innovación, en función de la inversión prevista presentada.

- 3.000 euros por cada nueva contratación por tiempo indefinido ordinario o transformaciones de contratos de duración determinada en contratos por tiempo indefinido ordinario, a jornada completa y hasta un máximo de tres contrataciones indefinidas o transformaciones de contratos. Si son contrataciones parciales de, al menos, 20 horas semanales o su promedio en cómputo anual, la cuantía se adaptará proporcionalmente.

e) Línea 6. Promoción del trabajo autónomo.

Se promocionan las medidas de información y difusión de trabajo autónomo, la orientación y asesoramiento empresarial, así como los estudios de prospección del trabajo autónomo. Los beneficiarios, los conceptos y gastos subvencionables se desarrollan en los apartados 2 al 4 del art. 28, siendo la cuantía de las subvenciones la siguiente: para los conceptos definidos se subvencionará hasta el 100% de gastos subvencionables necesarios para su ejecución, con una proporción de hasta un 80% de gastos de personal y desplazamiento y un 20% de gastos generales, con los límites siguientes: 90.000 € para la medida de difusión y del trabajo autónomo; 250.000 € para la medida de orientación y asesoramiento empresarial para el trabajo autónomo; y 90.000 € para la medida de estudios de prospección del trabajo autónomo.

En cuanto a las subcontrataciones y el mecanismo de solicitud de las distintas líneas reseñadas anteriormente, tenemos lo siguiente: 1) Procede la subcontratación para las líneas 4 (Consolidación empresarial del trabajo autónomo) y 6 (Promoción del trabajo autónomo) en los términos indicados en el art. 31. 2) El mecanismo de petición de las ayudas comienza presentado la solicitud, las cuales se dirigirán en los casos de las Líneas 1 a 3 a la persona titular de la Delegación Territorial de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo; las de las líneas 4 y 6 a la Dirección General de Autónomos de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo; y las de la Línea 5 a la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología.

La valoración de las solicitudes se realizará de acuerdo con los criterios objetivos y de ponderación desarrollados en el cuadrante del art. 34, siendo titulares para instruir y evaluar las solicitudes las personas a las que se dirigen las

mismas. Es destacable las obligaciones específicas de las personas beneficiarias de las acciones subvencionables (art. 38) y la forma de justificar la subvención (art. 48).

D) Título IV (artículos 43 a 64). Programa de Apoyo a la Economía Social.

Además de lo previsto en este título, se tendrán que tener en cuenta las disposiciones sobre régimen de concurrencia competitiva, siguiendo las pautas previstas en el procedimiento general de concesión establecido en el Título VII del Decreto-Ley 8/2013.

Este programa tiene por objeto “fomentar el empleo estable, cualificado y de calidad en cooperativas y sociedades laborales, así como apoyar el desarrollo de proyectos que contribuyan a lograr una economía social innovadora, competitiva y emprendedora en el marco del tejido productivo andaluz y en el de sus propios valores y principios económicos y sociales” (art. 43.1) mediante las siguientes líneas subvencionables:

- Línea 1. Fomento del Empleo en Cooperativas y Sociedades Laborales (arts. 46 a 48), que establece medidas de apoyo a la incorporación de personas socias trabajadoras o de trabajo en cooperativas y sociedades laborales y medidas para la contratación de gerentes y personal técnico especializado.

- Línea 2. Fomento del Emprendimiento Social (art. 49), para el mantenimiento de empresas de economía social.

- Línea 3. Intercooperación Empresarial en la Economía Social (art. 50), teniendo por finalidad subvencionar “los proyectos empresariales de cooperación de cooperativas y sociedades laborales, exceptuando las de carácter agrario, que persigan un incremento en el dimensionamiento de una actividad de interés común que les permita compartir y optimizar recursos, reducir riesgos y costes, aumentar los ingresos y, en definitiva, mejorar la productividad y eficiencia, fortaleciendo su posición competitiva” (art. 50).

El procedimiento para solicitar las ayudas previstas en este Título se desarrolla a lo largo de los arts. 51 a 64, regulándose la subcontratación, el ámbito de la competitividad, las solicitudes, los criterios para evaluar las peticiones y la documentación acreditativa necesaria para solicitarlas, los órganos competentes para instruir las peticiones; el plazo para resolver (3 meses), las obligaciones de las entidades beneficiarias, y forma de justificar y reintegrar las subvenciones.

E) Título V (artículos 65 a 78: Programa de Becas de Internacionalización para Técnicos Superiores de Formación Profesional).

Pretende fomentar la formación práctica en comercio internacional a las personas que sean Técnicos Superiores de Formación Profesional (Comercio Internacional, Marketing y Publicidad, Transporte y Logística; y Administración y Finanzas) menores de 35 años, inclusive, y las titulaciones las hubieran obtenido a los cinco anteriores a la solicitud.

Estas becas se encuentran cofinanciadas por la Unión Europea e incluidas en el Programa Operativo del Fondo Social Europeo 2007-2013 para Andalucía.

Para el año 2013 se establece un plazo máximo de 100 becas, que serán compensados con una asignación bruta anual máxima de 4.800 euros; teniendo una duración máxima de 12 meses.

Estas solicitudes se instruyen por la persona titular de la Secretaría General de Economía, valorándose conforme a los criterios que se establecen en el art. 72. Se precisan, igualmente, los términos de renuncia a la beca (art. 74), el plazo de resolución (art. 75, un máximo de 3 meses), la forma de justificar la actividad de la persona beneficiaria de la beca (art. 77), y finalmente, los requisitos y obligaciones que deberán de cumplir los centros colaboradores para realizar las prácticas (art. 78).

F) Título VI (artículos 79 a 80): Otras iniciativas de actuación.

Se regulan dos iniciativas distintas, la primera denominada “Acción de Fomento de las Personas Emprendedoras” para financiar los proyectos de las personas emprendedoras jóvenes y facilitar su acceso al crédito con objeto de fomentar la creación de empleo; y la segunda, “Línea de atención preferente a personas desempleadas mayores de 45 años procedentes de expedientes extintivo de regulación de empleo del sector industrial”, destinadas a las personas procedentes de la industria manufacturera.

G) Título VII (artículos 81 a 99) regula extensivamente el procedimiento general de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva.

DECRETO 52/2013, DE 14 DE MAYO, POR EL QUE SE DETERMINA EL CALENDARIO DE FIESTAS LABORALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL AÑO 2014 (BOJA NÚM. 95, DE 17 DE MAYO DE 2013).

Establece, en el marco de las competencias que tiene asumidas, el Calendario de Fiestas Laborales para el año 2014 de la Comunidad Autónoma de Andalucía, fijándolas en los siguientes días: 1 de enero (miércoles); 6 de enero (lunes); 28 de febrero (viernes); 17 de abril (jueves); 18 de abril (viernes); 1 de mayo (jueves); 15 de agosto (viernes); 13 de octubre (lunes); 1 de noviembre (sábado); 6 de diciembre (sábado); 8 de diciembre (lunes); y 25 de diciembre (jueves).

Respecto a las 2 fiestas que corresponde con carácter local, cada municipio tenía un plazo de dos meses, a computar desde el día 16 de mayo de 2013, para proponer las mismas ante la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo; este mandato culminó mediante la publicación de la **Resolución de 4 de junio de 2013, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se determinan las fiestas locales de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2013, no incluidas en las Resoluciones de 31 de octubre de 2012, y 19 de diciembre de 2012, así como las modificaciones en las ya incluidas** (BOJA núm. 115, 14 de junio de 2013).

ORDEN DE 20 DE MARZO DE 2013, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA DE LAS SUBVENCIONES CONCEDIDAS EN EL MARCO DE LOS PROGRAMAS DE ORIENTACIÓN PROFESIONAL, ACOMPAÑAMIENTO A LA INSERCIÓN, E PROFESIONALES PARA EL EMPLEO Y ACCIONES EXPERIMENTALES REGULADOS EN EL DECRETO 85/2003, DE 1 DE ABRIL, POR EL QUE SE ESTABLECEN LOS PROGRAMAS PARA LA INSERCIÓN LABORAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, Y SE EFECTÚA SU CONVOCATORIA PARA EL AÑO 2013 (BOJA NÚM. 67, 9 DE ABRIL DE 2013; CORRECCIÓN DE ERRORES EN BOJA NÚM. 78 DE 23 DE ABRIL DE 2013).

El Servicio Andaluz de Empleo (SAE) se creó mediante Ley 4/2002, de 16 de diciembre, como órgano gestor de la política de empleo de la Junta de Andalucía, atribuyéndosele el impulso y coordinación de las políticas activas de empleo e intermediación laboral a la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, facultades reconocidas por el Decreto 149/2012, de 5 de junio, por el que se regula la estructura orgánica de la citada Consejería. Para la consecución de esos objetivos se impulsaron los programas de orientación e inserción laboral mediante la aprobación de la Orden de 26 de diciembre de 2007, por la que se desarrolla los programas de Orientación Profesional, Itinerarios de Inserción, Acompañamiento a la Inserción, Experiencias Profesionales para el Empleo, Acciones Experienciales y Estudio y Difusión sobre el Mercado de Trabajo, establecidos por el Decreto 85/2003, de 1 de abril, los cuales:

1. Se modifican en el régimen de concesión de concurrencia no competitiva que pasa a ser un sistema de concurrencia competitiva, en igualdad de condiciones para toda la ciudadanía.

2. Se reorientan mediante el reparto territorial equitativo de los recursos para lo que se tiene en cuenta el número de personas demandantes de empleo no ocupadas inscritas como desempleados en el SAE para el Programa de Orientación Profesional y Acompañamiento a la Inserción; para lo que se asignan los recursos para cada provincia para los Programas de Experiencias Profesionales para el Empleo y de Acciones Experimentales.

La aprobación de la Orden de 20 de marzo de 2013 conlleva:

1. Concretar qué es un empleado de larga duración, se definen como aquellas personas que lleven inscritas en la Oficina de empleo como demandantes de empleo desempleados, al menos durante 12 meses ininterrumpidos; y desempleado de muy larga duración, aquellas personas que se encuentren inscritas al menos 24 meses de forma ininterrumpida.

2. La derogación de los preceptos de la Orden de 26 de diciembre de 2007 relativos al procedimiento de concesión de subvenciones y gastos subvencionables; los arts. 5, 15 y 25 y el Capítulo V, a excepción de los párrafos 1 al 4

del art. 44, quedando en vigor el resto del articulado en desarrollo del Decreto 85/2003, de abril. Así mismo, se modifica el apartado b9 del art. 8.2.1; apartado 2 del art. 8.3; apartado 2 del art. 18; apartado 3 del art. 23; adicionándose los apartados c) y d) en el art. 23.1; así como un apartado 4 en el art. 23.

3. La aprobación de las bases reguladoras de los programas de Orientación Profesional, Acompañamiento a la Inserción, Experiencias Profesionales para el Empleo y Acciones Experimentales reguladas por el Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas de Inserción Laboral de la Junta de Andalucía, desarrollados por una Orden de diciembre de 2007.

4. La convocatoria de subvenciones para la ejecución de los Programas de Orientación Profesional, Acompañamiento a la Inserción, Experiencias Profesionales y Acciones Experimentales, para el que se abre un plazo de presentación de 20 días hábiles, a computar desde el día 10 de abril de 2013, cerrado a la fecha de publicación de este resumen.

5. La modificación del apartado a) del art. 4.1 de la Orden de 21 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de incentivos a la contratación con carácter indefinido regulados en el Decreto 149/2005, de 14 de junio.

6. La modificación del art. 5 de la Orden de 21 de febrero de 2008, por la que se exonera a las personas interesadas de la obligación de presentar la documentación relativa a las demandas de empleo y la situación de desempleo prevista en las disposiciones reguladoras de los Programas y Servicios de desarrollo de las políticas activas del Servicio Andaluz de Empleo.

La modificación afecta a la condición de desempleado de larga duración, que se atribuye a la persona que lleva inscrita como demandante de empleo no ocupada en la Oficina de empleo un mínimo de 12 meses ininterrumpidos.

7. La concreción del régimen transitorio del procedimiento de concesión de las subvenciones desarrollada en la Disposición Transitoria Única de la Orden de 20 de marzo de 2013.

8. La autorización de la persona titular de la Dirección General competente en materia de intermediación e inserción laboral del SAE para adoptar las medidas necesarias para la aplicación y el desarrollo de la orden.

A continuación se reseñan alguno de los aspectos más significativo de las Bases reguladoras tipo para la concesión de subvenciones en el marco de los Programas de Orientación Profesional, Acompañamiento a la Inserción, Experiencias Profesionales para el Empleo y Acciones experimentales aprobadas por la Orden de 23 de marzo de 2013:

1. Se desarrollan en 29 artículos que por si mismos no resuelven las diversas cuestiones que tratan, dado que habrá que relacionarlos con el cuadro resumen que contiene 27 apartados y que finaliza con diversos formularios anexos, siendo los siguientes:

→ Anexo I: Solicitud de ayuda compuesta por 3 páginas.

- Anexo II: Formulario de alegaciones/aceptación/reformulación y presentación de documentos (3 páginas).
- Anexo III: Establece la distribución geográfica de las líneas de actuación del Programa de Orientación Profesional y Acompañamiento de la inserción concretado por provincias.
- Anexo IV: Modelo de fichas para cumplimentar por la Unidad de Orientación correspondiente (3 páginas).
- Anexo V. Ficha para cumplimentar los datos general y el Presupuesto global para el programa de Orientación Profesional y Acompañamiento a la Inserción (2 páginas).
- Anexo VI. Formulario para los datos específicos de solicitudes de acción experimentales (3 páginas).
- Anexo VII. Fichas de experiencias profesionales (3 páginas).

2. Las ayudas tratan de promover la inserción laboral de las personas demandantes de empleo inscritas como desempleadas en el SAE a través de la orientación profesional (mediante las Unidades de Orientación Profesional que integran la red de Andalucía Orienta); el asesoramiento personalizado; la cualificación; las necesidades formativas; y la búsqueda de empleo o asesoramiento en el autoempleo. La consecución de los objetivos propuestos conlleva, tal como establece el art. 2 de la Orden, la remisión a la normativa aplicable en cada supuesto y, expresamente, a la comunitaria en las subvenciones cofinanciadas con los fondos europeos.

3. Los requisitos que deberán de reunir las personas o entidades solicitantes: entidades sin ánimo de lucro, universidades y otras entidades de derecho público, así como las entidades beneficiarias que cuenten con miembros asociados que se comprometan a efectuar la totalidad o parte de las actividades que fundamentan la concesión en nombre de la misma.

Las entidades citadas deberán de reunir, además, los requisitos que se especifican en el punto 4.a).2ª del cuadro resumen de las bases.

4. La cuantía de las subvenciones desarrolladas en el art. 4 de la Orden y en el apartado 5.a) del cuadro resumen podrían llegar a un porcentaje máximo del 100% de la subvención. En todo caso, no se consideran subvencionables los intereses deudores de las cuentas bancarias; los intereses y recargos derivados de situaciones administrativas y penales; así como los gastos derivados de procedimientos penales.

5. La concreción de los límites presupuestarios y de control (art. 5); la financiación y el régimen de compatibilidad de las subvenciones (art. 6); y los supuestos en los que procede, o no, realizar la subcontratación de la ejecución de la actividad subvencionada (art. 8).

6. Respecto al procedimiento de concesión, se detalla en los arts. 9 a 21 de la Orden, concretándose su forma y secuencia de pago en el art. 25.

7. Respecto a las obligaciones de las partes y de la Administración, se establece, por un lado, la obligación para la Administración o del órgano encargado

de conceder las subvenciones, correspondiéndoles proceder a la publicación de las subvenciones en los términos indicados en el art. 22; iniciándose de oficio el acuerdo para modificar la subvención (art. 23); y por otro lado, las obligaciones de las personas o entidades beneficiarias, las entidades colaboradoras o terceras entidades relacionadas con el objeto de la subvención, se desarrollan en el art. 24 de la Orden. Los beneficiarios de las subvenciones tendrán la obligación de justificar la inversión en los términos señalados en el art. 27 de la Orden, procediéndose a tramitar el reintegro en los casos de nulidad y anulabilidad de la resolución de concesión conforme al contenido del art. 36 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, así como en los supuestos detallados en el art. 28 de la Orden.

ORDEN DE 5 DE JUNIO DE 2013, POR LA QUE SE DELEGAN COMPETENCIAS EN ÓRGANOS DIRECTIVOS DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO (BOJA NÚM. 114, 13 DE JUNIO DE 2013).

La norma es consecuencia de la aprobación del Decreto del Presidente 3/2012, de 5 de mayo, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías, establece en su artículo 7 las competencias de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, y de la necesidad de agilizar la tramitación y resolución de los expedientes administrativos, por lo que se disponen delegaciones de competencias en las siguientes personas pertenecientes a la estructura de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo:

- Titular de la Viceconsejería.
- Titulares de las Secretarías Generales de de Economía; de Innovación, Industria y Energía; de Universidades, Investigación y Tecnología; y de Empleo.
- Titular de la Secretaría General Técnica.
- Titulares de las Direcciones Generales.
- Titulares de las Delegaciones Territoriales.
- Titulares de la dirección de las agencias administrativas adscritas a la Consejería.
- Titular de Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo.
- Titular de la Presidencia del Consejo Económico y Social de Andalucía.
- Estas delegaciones, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 112.c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, ponen fin a la vía administrativa, las resoluciones, actos o acuerdos que se dicten en el ejercicio de las competencias delegadas por la presente Orden.

La aprobación de esta Orden conlleva la derogación de cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente

Orden y, expresamente, la Orden de 24 de junio de 2010, por la que se delegan competencias en órganos directivos de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, la Orden de 19 de septiembre de 2011, por la que se delegan competencias de la Consejería de Empleo, en diversos órganos administrativos, y la Orden de 17 de noviembre de 2008 por la que se delegan las competencias en materia de contratos atribuidas al Presidente del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales en la persona titular de la Secretaría General Técnica de la Consejería.

RESOLUCIÓN DE 26 DE ABRIL DE 2013, DE LA SECRETARÍA GENERAL DE ECONOMÍA, POR LA QUE SE CONVOCA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES RECOGIDAS EN LA ORDEN DE 27 DE JULIO DE 2011, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA NO COMPETITIVA PARA EL APOYO A LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y LAS EMPRESAS ANDALUZAS (BOJA NÚM. 85, 3 DE MAYO DE 2013).

Abre la Convocatoria para el año 2013 para la concesión de las subvenciones reguladas en la Orden de 27 de julio de 2011, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva para la internacionalización de la economía y las empresas andaluzas. Se estableció un plazo de solicitud de 2 meses, a computar desde el 4 de mayo de 2013, para solicitar los siguientes programas:

- Línea 1. Programa de promoción internacional de la empresa andaluza.
- Línea 2. Programa de implantación en el exterior.
- Línea 3. Programa de cooperación empresarial en el exterior.
- Línea 4. Programa de apoyo a asociaciones.
- Línea 5. Programa de apoyo a la formación empresarial en Internacionalización.
- Línea 6. Programa de profesionales internacionales.

INSTRUCCIÓN DE 24 DE MAYO DE 2013, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL, DE ADAPTACIÓN DE LA GUÍA TÉCNICA PARA LA ELABORACIÓN DE LOS PLANES DE PREVENCIÓN DE LAS CONSEJERÍAS, A LO DISPUESTO EN EL DECRETO 342/2012, DE 31 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULA LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL PROVINCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA (BOJA NÚM. 123, DE 26 DE JUNIO DE 2013).

Las directrices se emiten para los casos en los que una Consejería, en su organización territorial, integren a nivel orgánico los servicios periféricos de

otra u otras Consejerías; en estos supuestos, la competencia para la elaboración, implantación, control, revisión y actualización de su Plan de Prevención se atribuye al titular del Órgano Directivo Central competente en materia de personal de la Consejería de la que dependan orgánicamente. En todo caso, les corresponderá a los titulares de los Órganos Directivos Centrales competentes en materia de personal de los servicios periféricos de las otras Consejerías adscritos a nivel provincial, incluir en sus respectivos Planes de Prevención los centros de trabajo en los que se presten servicios específicos correspondientes a sus competencias sectoriales.

Los Planes de Prevención indicarán en los epígrafes de asignación de competencias y funciones, establecidos en la Guía Técnica, los órganos que asumen las actuaciones referentes a la gestión preventiva.

ESTUDIOS

El factor de sostenibilidad: ¿el caballo de Troya del sistema público de pensiones?
Borja Suárez Corujo

El procedimiento administrativo francés de la “extensión” como mecanismo de atribución de eficacia general al convenio colectivo sectorial
Pierre-Henri Cialti

La aplicación del régimen matrimonial en la delimitación de los beneficiarios de la pensión de viudedad
Cristina Blasco Rasero

La modificación de la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por la ley 3/2012, de 6 de julio. Análisis de una nueva situación
Jesús Barceló Fernández

MERCADO DE TRABAJO

La incidencia de la crisis económica en la persistente desigualdad de género en el mercado de trabajo español, y en particular en la estructura salarial
Mª Angels Cabasés Piqué y Joan Ridaó Martín

INFORMES Y DOCUMENTOS

Informe de actuaciones del SERCLA durante 2012

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PODER DE DIRECCIÓN
Universidad de Córdoba
Facultades de control empresarial y circuito cerrado de televisión
Mª Luisa Rodríguez Copé

PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
Universidad de Granada
La urgencia vital en el reintegro de gastos médicos. Régimen jurídico y requisitos
Victoria Rodríguez-Rico Roldán

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO
Universidad de Huelva
Estatuto de trabajador y estudiante en estado miembro de acogida. A propósito del devengo de ventajas sociales
Iluminada R. Feria Basilio

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
Universidad Pablo de Olavide
Obligatoriedad de los reconocimientos médicos, consentimiento informado y protección de datos de los trabajadores
Esther Carrizosa Prieto

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía
Mª Dolores Rubio de Medina

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



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO