

DIRECTORA:

M^a DOLORES RAMÍREZ BENDALA

PROBLEMAS ACTUALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PERSPECTIVA INTERNACIONAL

COORDINADORAS:

M^a JOSÉ CERVILLA GARZÓN

CARMEN JOVER RAMÍREZ

AUTORES:

RAFAEL LEOPOLDO AGUILERA MARTÍNEZ

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

ALEJANDRO ARNET RODRÍGUEZ

MARÍA JOSÉ CERVILLA GARZÓN

ELISABET ERRANDONEA ULAZIA

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREA

MIGUEL GUTIÉRREZ BENGOCHEA

FERNANDO JIMENO JIMÉNEZ

CARMEN JOVER RAMÍREZ

M^a DOLORES RAMÍREZ BENDALA

M^a FUENCISLA RUBIO VELASCO

MARÍA ROSA SÁNCHEZ MONCAYO

Consejo de redacción

ANTONIO OJEDA AVILÉS

Presidente

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

Vicepresidente y Director de Publicaciones

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

MANUEL ABADÍA VICENTE

Exmagistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia

Abogado

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

MIGUEL CARDENAL CARRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ISABEL VICTORIA GONZÁLEZ PACANOWSKA

Catedrática de Derecho Civil

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JUAN MARTÍNEZ MOYA

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia

Vocal del Consejo General del Poder Judicial

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)

Director de la "Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum"

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

CRISTINA SÁNCHEZ RODAS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Magistrado del Tribunal Supremo

Directora

M^a Dolores Ramírez Bendala

Coordinadoras

M^a José Cervilla Garzón

Carmen Jover Ramírez

PROBLEMAS ACTUALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Rafael Leopoldo	Aguilera Martínez	Miguel	Gutiérrez Bengoechea
Juan Carlos	Álvarez Cortés	Fernando	Jimeno Jiménez
Alejandro	Arnet Rodríguez	Carmen	Jover Ramírez
María José	Cervilla Garzón	M ^a Dolores	Ramírez Bendala
Elisabet	Errandonea Ulazia	M ^a Fuencisla	Rubio Velasco
Carlos	García de Cortázar Nebreda	María Rosa	Sánchez Moncayo



Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª - Oficina 21 - 30008 Murcia

Tel.: 968882181 – Fax: 968 88 70 40

E-mail: laborum@laborum.es – URL: www.laborum.es

FRANCISCO ORTIZ CASTILLO

Director editorial

I.ª Edición Ediciones Laborum S.L. 2019

Copyright © de la edición, Ediciones Laborum, 2019

Copyright © del texto, sus respectivos autores/as, 2019

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por el autor/a en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de su autor/a con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el autor/a, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN: 978-84-17789-17-6

Depósito Legal: MU 1220-2019

Impreso en España - Printed in Spain

*A D. José Joaquín Pérez-Beneyto Abad,
magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal
Superior de Justicia de Andalucía*

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	9
<i>M^a Dolores Ramírez Bendala</i>	
EL ACUERDO DE ASOCIACIÓN DE LA UE Y MARRUECOS Y SUS IMPLICACIONES EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.....	11
<i>Carlos García de Cortázar Nebreda</i>	
LA ESCASA REGULACIÓN DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES: ENTRE LOS CONVENIOS BILATERALES Y LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS.....	37
<i>Juan Carlos Álvarez Cortés</i>	
ASISTENCIA SANITARIA Y MIGRANTES	67
<i>Carmen Jover Ramírez</i>	
PENSIONES DE TRABAJADORES FRONTERIZOS Y TRANSFRONTERIZOS.....	97
<i>Fernando Jimeno Jiménez</i>	
CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES SOBRE CUESTIONES RELACIONADAS CON EL DERECHO DE LOS NACIONALES DEL REINO DE MARRUECOS A LAS PRESTACIONES FAMILIARES NO CONTRIBUTIVAS ESPAÑOLAS.....	109
<i>María José Cervilla Garzón</i>	
LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	135
<i>M^a Fuencisla Rubio Velasco</i>	
PILAR SOCIAL EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES Y PRESTACIONES DE RENTA MÍNIMA: ESPECIAL REFERENCIA A LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN SOCIAL ANDALUZA	161
<i>M^a Dolores Ramírez Bendala</i>	
LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES: NOVEDADES EN LOS AÑOS 2018 Y 2019.....	187
<i>Elisabet Errandonea Ullazia</i>	
TRIBUTACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES	219
<i>Miguel Gutiérrez Bengoechea</i>	
LOS PLANES DE PENSIONES: IMPLICACIONES FISCALES TRAS LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y REGLAMENTARIAS	245
<i>Miguel Gutiérrez Bengoechea</i>	

LOS CONFLICTOS ENTRE <i>LEX FORI</i> Y <i>LEX LOCI</i> RELATIVOS A CUESTIONES EN MATERIA DE MATRIMONIOS POLIGÁMICOS EN ESPECIAL ATENCIÓN AL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL	281
---	------------

Alejandro Arnet Rodríguez

PANEGÍRICO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DESDE LA INCLUSIÓN SOCIAL DE DERECHOS SOCIALES	297
--	------------

Rafael Leopoldo Aguilera Martínez

DIMENSIONES DE LA REALIDAD EDUCATIVA DE LAS ALUMNAS DE ORIGEN MARROQUÍ AL LLEGAR A LA EDUCACIÓN SECUNDARIA EN UN MARCO FRONTERIZO COMO ES LA CIUDAD DE ALGECIRAS	315
---	------------

María Rosa Sánchez Moncayo

DESARROLLO DESIGUAL AUTONÓMICO DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS DE JUBILACIÓN EN ESPAÑA. ANÁLISIS DESCRIPTIVO SOBRE INDICADORES	325
---	------------

Fernando Jimeno Jiménez

PRESENTACIÓN

El contenido de esta obra es el resultado del esfuerzo y la colaboración de los profesores y profesionales que han participado en ella, y que se reunieron para transferir sus aportaciones en el Congreso Internacional “Problemas actuales de la Seguridad Social en Perspectiva Internacional” celebrado el pasado 7 de junio en la ciudad de Ceuta.

En este marco territorial, donde confluyen distintas culturas y ciudadanos de distintas nacionalidades, se plantearon algunas de las cuestiones más actuales relativas a la temática de Seguridad Social. Así, se abordan en este libro aspectos destacados del Tratado de Asociación de la UE y el Magreb, analizando las implicaciones que del mismo se desprenden en esta materia, así como diferentes cuestiones sobre las prestaciones familiares no contributivas, en relación al derecho de los nacionales del reino de Marruecos. No podían obviarse las diversas regulaciones en este orden, de los trabajadores migrantes, fronterizos y transfronterizos, así como el Derecho a la asistencia sanitaria de los mismos, e incluso cuestiones de orden tributario.

Se incluyen también otros aspectos que suscitan actualmente importantes problemas interpretativos, doctrinal y judicialmente, en relación a los derechos de Seguridad Social derivados de los matrimonios poligámicos.

La globalización e internacionalización de las relaciones socio laborales hace necesario abordar las cuestiones antes referidas en orden al establecimiento de unos criterios claros que dimanen de la aplicación del ordenamiento jurídico, y no sólo en el ámbito de la Unión Europea.

No podemos dejar de manifestar nuestro más sincero agradecimiento a las personas e instituciones que con su encomiable labor nos han ayudado y han colaborado en que este trabajo sea, no solo gratificante, sino sobre todo tenga visibilidad. En este sentido resaltar nuestra gratitud a la Mutua de Andalucía y Ceuta (CESMA) al financiar el resultado de tantos esfuerzos e investigaciones, y hacer posible la publicación de sus resultados, vía principal de visibilidad y transferencia del conocimiento.

Igualmente, especial mención merece el colegio de Graduados Sociales de Ceuta del cual obtuvimos todo el apoyo personal y profesional durante la celebración del Congreso y la estancia en dicha ciudad, significando un importante pilar para el establecimiento de interrelaciones entre juristas y profesionales del Derecho que se enfrentan diariamente, con el ejercicio y la práctica jurídica, a los problemas que aquí se plantean.

Mención que hago extensiva a la Editorial Laborum S.L. y a su director D. Francisco Ortiz Castillo, por el apoyo que su labor supone para nuestros autores.

M^a DOLORES RAMÍREZ BENDALA

Sevilla, Junio de 2019

EL ACUERDO DE ASOCIACIÓN DE LA UE Y MARRUECOS Y SUS IMPLICACIONES EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDA
VICEPRESIDENTE DE LA AESSS

“Todas las grandes culturas surgieron a partir de formas de mestizaje.”

Günter Grass

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.....	11
II. PANORÁMICA SOCIOLABORAL GENERAL DEL REINO DE MARRUECOS.....	13
III. EL ACTUAL EDIFICIO JURÍDICO DE ARMONIZACIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON LOS TRABAJADORES DE TERCEROS ESTADOS.....	15
IV. EL ACTUAL EDIFICIO JURÍDICO DE LA COORDINACIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON LOS TRABAJADORES DE TERCEROS ESTADOS.....	18
V. EL EDIFICIO JURÍDICO DE LA COORDINACIÓN BILATERAL EN RELACIÓN CON LOS TRABAJADORES MARROQUÍES. LA SENTENCIA GOTTARDO.....	20
VI. INSTRUMENTOS JURÍDICOS BILATERALES ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y EL REINO DE MARRUECOS. EL ACUERDO EUROMEDITERRANEO.....	24
VII. DECISIÓN DEL CONSEJO DE 21 DE OCTUBRE DE 2010.....	32
VIII. CONCLUSIÓN.....	34

I. INTRODUCCIÓN

La mundialización económica o, en otros términos, la globalización de la economía, ha generado un aumento geométrico cuantitativo y cualitativo de intercambios de mercancías, capitales, bienes, servicios y, lo que es aún más importante, de seres humanos. En efecto, los flujos transfronterizos tanto por razones laborales como por causas familiares o personales se multiplican entre países y continentes, lo que está generando, como

consecuencia, la necesidad de reestructurar y acomodar las políticas económicas y sociales al nuevo escenario migratorio.

La Unión Europea ha sido y es progresivamente consciente de que no puede convertirse en una fortaleza ni en una estructura autosuficiente y endogámica, ajena a los problemas de otras regiones y zonas geográficas. En este sentido, ha desarrollado una política de buena vecindad cuyo reflejo programático lo constituye el artículo 8 del Tratado de la Unión Europea¹ que establece:

“La Unión desarrollará con los países vecinos relaciones preferentes, con el objetivo de establecer un espacio de prosperidad y de buena vecindad basado en los valores de la Unión y caracterizado por unas relaciones estrechas y pacíficas fundadas en la cooperación. A estos efectos, la Unión podrá celebrar acuerdos específicos con dichos países. Estos acuerdos podrán incluir derechos y obligaciones recíprocos, así como la posibilidad de realizar acciones en común. Su aplicación será objeto de una concertación periódica”.

La política europea de vecindad (PEV) tiene como objetivo reforzar la prosperidad, la estabilidad y la seguridad, fundamentalmente en los Estados limítrofes². Se basa en la democracia, el Estado de Derecho, respeto a los derechos humanos, buena gobernanza, principios de la economía de mercado y desarrollo sostenible. Es una política bilateral entre la Unión y cada país socio, completada con iniciativas regionales (Asociación Oriental y la Unión por el Mediterráneo) de colaboración y cooperación.

La PEV abarca la coordinación política y una integración económica más profunda, mayor movilidad y contactos interpersonales. Establece asociaciones más fuertes con aquellos vecinos que consiguen hacer mayores progresos en pos de una reforma democrática.

Centrándonos en el Reino de Marruecos, la política de vecindad, auspiciada en su día por Francia³ y posteriormente por el binomio hispano

¹ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea Diario Oficial de la Unión Europea C 83/13 de 30.3.2010.

² La política europea de vecindad se aplica a Argelia, Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Egipto, Georgia, Israel, Jordania, el Líbano, Libia, Marruecos, Moldavia, Siria, Territorios Palestinos, Túnez y Ucrania.

³ *“En un primer momento, por los nexos que le unían con Francia. Nexos que explican (i) que se anejara al Tratado constitutivo de la CEE (Roma, 1957) un Protocolo sobre las mercancías originarias y procedentes de determinados países y que disfrutaban de un régimen especial de importación en uno de los Estados miembros, que permitía el mantenimiento del régimen aduanero (preferencial) aplicado por Francia a los productos originarios y procedentes de Marruecos; y, (ii) que en el momento de la firma de dicho Tratado la Conferencia (...)*

francés, tiene su primera expresión significativa, en el ámbito de la política social, en el Reglamento (C.E.E.) n° 2211 /78 del Consejo de 26 de septiembre de 1978 que cuenta con el Título III “*la Cooperación en el sector de la mano de obra*” en el que figuran una serie de artículos referentes al principio de igualdad de trato y a la coordinación de regímenes de Seguridad Social.

Este Acuerdo fue sustituido por el Acuerdo Euromediterráneo de veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y seis por el que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y el Reino de Marruecos⁴ que reproduce casi literalmente las disposiciones de protección social de su predecesor.

Como señala ADELAIDA DE ALMEIDA NASCIMENTO⁵ “*El progreso social y el apoyo al proceso democrático constituyen factores que no pueden ser disociados del proceso global. Se espera que en un Mediterráneo más equilibrado se pueda alcanzar un grado elevado de integración entre culturas y evitar confrontaciones fruto del desconocimiento mutuo. En esta línea, es de destacar el contraste existente entre los grandes avances aportados por el AEMA CE-Marruecos en materia comercial y los tímidos pasos en la consolidación de la inserción social y laboral de los marroquíes y los nacionales comunitarios en el país de acogida en cuestión*”.

II. PANORÁMICA SOCIOLABORAL GENERAL DEL REINO DE MARRUECOS

Antes de entrar en el ámbito propio de la Seguridad Social y más concretamente desde la perspectiva de la coordinación de regímenes de Seguridad Social, resulta necesario realizar una aproximación a la situación socio laboral de Marruecos.

En primer lugar debe subrayarse la todavía diferente evolución demográfica⁶ (aunque se haya ralentizado en estos últimos años) de Europa

intergubernamental adoptara una Declaración de intenciones con vistas a la asociación a la CEE de los países independientes pertenecientes a la zona del franco, en la que los seis Estados fundadores se declaraban dispuestos a celebrar con tales países convenios de asociación económica a la Comunidad”, MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* ISSN 1138-4026, núm. 34, Madrid, septiembre/diciembre (2009), págs. 895-914 EL «ESTATUTO AVANZADO» DE MARRUECOS EN LA UNIÓN EUROPEA.

⁴ Diario Oficial de las Comunidades Europeas 18.3.2000. L 70/2.

⁵ Las relaciones entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos: el marco general y el Acuerdo Euromediterráneo de Asociación *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001.

⁶ Información recogida de la publicación Euro-Mediterranean Statistics. 2015 Edition. Eurostat Luxembourg. Publication Office of the European Union.

y del Reino Alauita. Así, mientras que el incremento poblacional en la Unión Europea no supera el 0,25% anual, con tendencia a decrecer en un futuro próximo, las cifras de crecimiento de Marruecos (1,3% anual) parecen estables a menos a corto plazo. De todos modos resulta aún más significativa la distribución por segmento de edades. Así, en la Unión Europea la población mayor de 65 años es el 18,2% mientras que en Marruecos es del 6%. Si la referencia se realiza en relación con la población menor de 15 años, los datos son realmente impactantes: Marruecos 26,2%; Unión Europea, 15,6%.

Por otra parte, la tasa de actividad de los Estados Miembros de la Unión Europea ronda el 75% mientras que en Marruecos apenas alcanza el 50%. Esta diferencia se agranda si la comparación la realizamos sobre la tasa de actividad femenina que en Europa se aproxima al 70% mientras que en Marruecos no supera el 30%.

Por sectores de actividad económica en Marruecos, la actividad principal sigue siendo el sector primario (agricultura). Además, debe subrayarse la preponderancia de los trabajos de baja cualificación que son mayoritarios en los sectores de la agricultura, pesca o construcción. Por esta causa, las mayores tasas de desempleo se producen, contrariamente a lo que sucede en Europa, entre las personas de mayor formación.

La emigración marroquí a Europa ha sido y es muy intensa. Aproximadamente cerca de tres millones y medio de ciudadanos marroquíes residen en el territorio de la Unión (Francia 1.300.000, Italia 600.000). En España están censados 812.000 marroquíes⁷.

En general, la presencia femenina suele ser inferior a la masculina. Por ejemplo, en España y en Italia, más del sesenta por ciento de emigrantes son hombres. Respecto a la formación, el 80% de los emigrantes marroquíes en Europa tienen un perfil profesional bajo, con nivel de formación elemental, por lo que solo tienen acceso a ocupaciones de modesta cualificación.

Para entender mejor la intensidad del deseo migratorio de la población marroquí, nada mejor que ofrecer un simple dato: La renta per cápita en Marruecos asciende a 2.800 euros mientras en la Unión Europea es de 32.000 euros. No existe zona geográfica en el mundo con una diferencia tan grande⁸.

⁷ Datos provisionales a 1 de Enero del 2019.

⁸ La relación entre Europa y Marruecos es de 12 a 1. La relación entre México y Estados Unidos es de 7 a 1.

La Seguridad Social del Reino de Marruecos⁹ comprende cuatro regímenes diferenciados: sector público, sector privado, trabajadores temporales y funcionarios locales. Se reconocen pensiones de invalidez y jubilación contributivas y no contributivas. La pensión máxima es de 4.200 dirhams (420 euros aproximadamente) y la mínima es de 1000 dirhams (100 euros aproximadamente) El 75% de las pensiones están por debajo del Salario mínimo interprofesional (alrededor de 250 euros).

La Seguridad social abona pensiones solo a dos millones de pensionistas lo que supone el 26% de la población activa. La limitada cobertura de este sistema es su principal problema puesto que alrededor del 70% de los ciudadanos marroquíes están excluidos del sistema público de pensiones.

En atención sanitaria, funciona el sistema AMO de carácter contributivo para todos los trabajadores, profesionales y pensionistas que superen los 500 dirhams (50 euros aproximadamente) de ingresos mensuales y que cubre la enfermedad, maternidad y accidente y paralelamente, el sistema RAMED que atiende a los menos favorecidos que están excluidos del sistema contributivo.

Las prestaciones del sistema de Seguridad Social marroquí cubren los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte. También se reconocen prestaciones familiares e indemnización por pérdida del empleo.

Para los trabajadores asalariados se cotiza el 27,83% de los que el 21,09% corresponde al empresario y 6,74% al trabajador.

III. EL ACTUAL EDIFICIO JURÍDICO DE ARMONIZACIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON LOS TRABAJADORES DE TERCEROS ESTADOS

La política de no discriminación europea es probablemente la que ha conseguido mayores éxitos prácticos en el panorama mundial. A este respecto, la Unión, además de los compromisos éticos que informan su estructura y desarrollo, ha procurado que la competencia leal impere en su Mercado Interior para evitar dumpings desestabilizadores. Por ello, en la política de extranjería, especialmente en los últimos años, se ha potenciado el apoyo a la migración legal y combatido cualquier forma de emigración ilegal.

⁹ Para un estudio en profundidad del sistema de Seguridad Social marroquí, ver "Le régime marocain de sécurité sociale" CLEISS.
https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_maroc.html.

A tal efecto, la Unión se ha dotado de una serie de normas armonizadoras que ofrecen un espacio básico uniforme de protección social para los más de 22 millones¹⁰ de ciudadanos de terceros Estados residentes en Europa¹¹.

Lógicamente estas disposiciones son aplicables a los trabajadores marroquíes que ejercen su actividad laboral en el territorio de cualquier Estado Miembro de la Unión.

Resulta importante señalar que muchos Instrumentos jurídicos aprobados por el Legislador europeo reguladores de la situación de los trabajadores migrantes de la Unión Europea han incidido, aunque sea parcialmente, en el campo de la Seguridad Social, estableciendo, con carácter general, el principio de Igualdad de trato entre nacionales y ciudadanos de terceros Estados. A este respecto destacan en el aparato jurídico adoptado por el Parlamento y por el Consejo las siguientes disposiciones:

- Directiva 2009/50/CE¹² del Consejo de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. Su artículo 14 establece: *“Los titulares de la tarjeta azul UE disfrutarán de igual trato que los nacionales del Estado miembro que la expidió en cuanto a las disposiciones del Derecho nacional relativas a las ramas de la seguridad social definidas en el Reglamento (CEE) n° 1408/71”*
- Directiva 2011/98/UE¹³ del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. En su artículo 12 se señala: *“los trabajadores de terceros países gozarán de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en el Estado miembro en que residan en lo que se refiere a las ramas de la seguridad social, según lo definido en el Reglamento (CE) n° 883/2004”*. Además, el apartado 4 de dicho precepto

¹⁰ Datos EUROSTAT.

¹¹ Para un estudio en profundidad de los antecedentes sobre las relaciones en materia de Seguridad Social entre la Unión Europea y terceros Estados ver GARÇON ESTRADA, H. *“Los nacionales de países terceros y Europa”*. *Noticias de la Unión Europea*. n° 157. Febrero de 1998. p. 41.

¹² Diario Oficial de la Unión Europea L 155/17 de 8.6.2009.

¹³ Diario Oficial de la Unión Europea 23.12.2011 L 3.

señala : *“los trabajadores de terceros países que se trasladen a un tercer país, o sus supérstites que residan en terceros países y sean titulares de derechos generados por esos trabajadores recibirán las pensiones legales por vejez, invalidez o fallecimiento derivadas del empleo anterior de tales trabajadores y adquiridas con arreglo a la legislación mencionada en el artículo 3 del Reglamento (CE) n° 883/2004, en las mismas condiciones y en las mismas cuantías que los nacionales de los Estados miembros de que se trate cuando se trasladan a un tercer país.*

- Directiva 2014/36/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros. En su artículo 23 se establece: *“Los trabajadores temporeros tendrán derecho al mismo trato¹⁴ que los nacionales del Estado miembro de acogida por lo menos en lo que respecta a las ramas de seguridad social definidas en el artículo 3 del Reglamento (CE) n° 883/2004; Los trabajadores temporeros que se trasladen a un tercer país, o los supérstites de tales trabajadores que residan en un tercer país y a cuyo favor el trabajador temporero haya causado derechos, recibirán las pensiones legales basadas en el empleo anterior del trabajador temporero y adquiridas de conformidad con la legislación que contempla el artículo 3 del Reglamento (CE) no 883/2004, en las mismas condiciones y con arreglo a los mismos baremos que los nacionales de los Estados miembros de que se trate cuando se trasladan a un tercer país”.*
- Directiva 2014/66/UE¹⁵ del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales. En su artículo 18 se establece: *“Las personas desplazadas en un marco intraempresarial disfrutarán de igual trato¹⁶ que los nacionales del Estado miembro en el que se lleve a cabo el trabajo en cuanto a las disposiciones en la legislación nacional sobre las ramas de la seguridad social definidas en el artículo 3 del Reglamento (CE) n° 883/2004, a no ser que se aplique la legislación del país de origen debido a acuerdos bilaterales o el Derecho interno vigente del Estado miembro receptor, con lo que se garantiza*

¹⁴ Los Estados miembros podrán restringir la igualdad de trato excluyendo las prestaciones familiares y las prestaciones de desempleo.

¹⁵ Diario Oficial de la Unión Europea L 157/16 de 27.5.2014.

¹⁶ Los Estados miembros podrán decidir excluir las prestaciones a aquellas personas desplazadas en un marco intraempresarial que hayan sido autorizadas a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro durante un período inferior a nueve meses”.

que la persona desplazada en un marco intraempresarial quede cubierta por la legislación sobre seguridad social de uno de esos Estados.

El escenario armonizador descrito se caracteriza por su carácter unilateral ya que ha sido diseñado y organizado de una forma cerrada, estanca y endogámica en la que la reciprocidad, o el reconocimiento mutuo brilla por su ausencia. A este respecto debe señalarse que no ha existido negociación oficial con terceros Estados (y por supuesto tampoco con Marruecos) lo que implica que la Unión, por ejemplo, puede reconocer unos derechos a los trabajadores de Marruecos pero este país, en cambio, no tiene por qué actuar de la misma forma. Y es que estas normas europeas, al no tener vocación de bilateralidad, no sirven para defender los derechos de los ciudadanos europeos cuando han realizado o realicen actividades laborales en terceros Estados (por ejemplo Marruecos).

De todos modos, tal como señala Dolores Carrascosa.¹⁷ *“No soplan vientos solidarios en Europa, con la crisis económica de telón de fondo, se está transmitiendo un mensaje, a mi modo de ver, no suficientemente contrastado de escasez que genera una lucha de la población por los recursos en el que medran los nacionalismos y el propio Brexit. Las manifestaciones de este fenómeno van mucho más allá del cierre de fronteras a los refugiados, incumpliendo compromisos internacionales, o del rechazo a los emigrantes económicos nacionales de terceros Estados”.* Esperemos que una vez termine el Brexit, las aguas retornen a sus cauces y los nacionalismos se consuman por inacción e inanición

IV. EL ACTUAL EDIFICIO JURÍDICO DE LA COORDINACIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON LOS TRABAJADORES DE TERCEROS ESTADOS

La Unión Europea ha desarrollado múltiples acciones en el ámbito de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembro. La mayoría de estas acciones, pero no todas, son consecuencia del establecimiento y desarrollo de la libre circulación de trabajadores. En este sentido debe reconocerse que la falta de armonización de los sistemas europeos de Seguridad Social puede constituir un grave obstáculo para los movimientos laborales transfronterizos. A ello responde, precisamente, con carácter general, el papel de las normas de coordinación, que intentan que los trabajadores migrantes o personas que se desplacen no pierdan sus derechos o expectativas de derecho cuando se trasladen de un país a otro y

¹⁷ Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social Derecho social Internacional y Comunitario 2017 número 127.

que, como consecuencia, queden sujetos a diferentes sistemas de seguridad social. Para ello, los Tratados¹⁸ establecen, en el ámbito de la coordinación una serie de grandes principios - igualdad de trato, unicidad de legislación aplicable, mantenimiento de los derechos adquiridos (exportabilidad de las prestaciones), conservación de los derechos en curso de adquisición (totalización de períodos) y colaboración administrativa.

Cuando se habla de coordinación europea de los regímenes de seguridad social, inmediatamente surge la referencia directa al Reglamento 1408/71¹⁹, al Reglamento 574/72²⁰ y a sus sucesores los Reglamentos 883/0412²¹ y 987/0913²² que pueden ser considerados uno de los logros más señalados del derecho social/laboral europeo y de la Europa de los ciudadanos.

A este respecto, y centrándonos en las relaciones con el Reino de Marruecos, conviene subrayar que estos instrumentos legislativos tienen una limitación en el campo de aplicación personal ya que no incluyen a los nacionales de terceros estados (excepto refugiados, apátridas, y familiares o supervivientes de nacionales de la Unión). En consecuencia, aproximadamente 4 millones de nacionales marroquíes y 18 millones más de nacionales de terceros Estados que residían en el territorio de la Unión Europea, estaban excluidos del ámbito subjetivo de los Reglamentos, lo que parecía un contrasentido en un mercado único en el que el principio de igualdad actúa en favor de los trabajadores y como barrera para eliminar la competencia desleal entre empresas.

¹⁸ Ver artículo 48 del TFUE.

¹⁹ REGLAMENTO (CEE) n° 1408/71 DEL CONSEJO de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (Versión consolidada — DO n° L 28 de 30.1.1997).

²⁰ REGLAMENTO (CEE) n° 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n°1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad (Diario Oficial n° L 074 de 27.3.1972).

²¹ REGLAMENTO (CE) n° 883/2004 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166 de 30.4.2004).

²² REGLAMENTO (CE) n° 987/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social Diario Oficial de la Unión Europea L 284/1 de 30.10.2009.

No obstante, finalmente se han incluido, a través de una base jurídica ingeniosa²³, los ciudadanos extracomunitarios en el campo de aplicación personal de los Reglamentos. Para ello, se han aprobado los Reglamentos 859/2003²⁴ y 1231/2010²⁵, que extienden los Reglamentos 1408/71 y 883/04 a los nacionales de terceros Estados que realizan su actividad laboral legalmente en territorio de la Unión.

De este modo, se ha conseguido que, en el ámbito transfronterizo exclusivamente europeo, se consagre la igualdad de trato.

Ahora bien, los Reglamentos no interactúan con los sistemas de Seguridad Social de Marruecos sino solamente con los sistemas de los Estados Miembros. Parece lógico pensar que un ciudadano marroquí que haya acreditado cotizaciones en su país de origen debería mantener sus expectativas de derecho sin que estas cotizaciones se pierdan o carezcan de efectividad. Sin embargo, las normas europeas no reconocen la totalización de dichos periodos de seguro lo que plantea graves problemas, sobre todo a la hora de reconocimiento de las pensiones. Tampoco prevén la exportación de las pensiones fuera del territorio de la Unión Europea.

V. EL EDIFICIO JURÍDICO DE LA COORDINACIÓN BILATERAL EN RELACIÓN CON LOS TRABAJADORES MARROQUÍES. LA SENTENCIA GOTTARDO

La Unión, al menos hasta ahora, no ha actuado, con alguna excepción limitada, como interlocutor único y ha dejado a los Estados miembros, por separado, el monopolio de las relaciones externas en materia de Seguridad Social con el Reino de Marruecos. De hecho, a través de los Instrumentos bilaterales se han regulado fundamentalmente la situación en el campo de la Seguridad social de los ciudadanos originarios de las Partes signatarias (Estado miembro y Estado tercero). Esta línea de actuación nacional conlleva, forzosamente, un escenario de geometría variable en el que cada

²³ Artículo 79, apartado 2, letra b) del TFUE: *El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en relación con la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros.*

²⁴ Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166 de 30.4.2004, p. 1).

²⁵ Reglamento (ce) nº 987/2009 del parlamento europeo y del consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las norma de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DOUE L284/1 de 30.10.2009).

Estado Miembro defiende sus propios intereses y celebra Convenios bilaterales en base a sus propios criterios.

No obstante, resulta prácticamente imposible que los 28 Estados de la Unión puedan, por separado, iniciar negociaciones con el Reino de Marruecos o que la negociación bilateral tenga un carácter coordinado y sistematizado ya que los Estados miembros actúan unilateralmente sin tener en cuenta a los restantes Estados Miembros. De todos modos, como señala MOHAMED SAAD BENTAOUET *“no es demasiado frecuente la celebración de Convenios bilaterales de Seguridad Social entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, aunque en este caso el Estado español representa un caso excepcional”*.²⁶

Por otra parte, los Convenios bilaterales tienen un alcance limitado tanto en relación con el campo de aplicación personal, que cubre, en algunos casos solamente a los trabajadores de los países signatarios, como en lo referente a los ámbitos materiales (contingencias cubiertas).

A título indicativo, y teniendo en cuenta que aunque los Convenios bilaterales, precisamente por su bilateralidad, pueden presentar grandes diferencias, se ha tomado como ejemplo el Convenio Hispano marroquí de Seguridad Social²⁷, cuyas características esenciales, extensibles en general a otros Convenios, son las siguientes:

- **Campo de aplicación personal:** españoles y marroquíes que trabajen o hayan trabajado en ambos países y sus familiares y supervivientes²⁸.
- **Campo de aplicación material:**
 - a. En relación con España: Asistencia sanitaria por maternidad, enfermedad común o profesional y accidentes sean o no de trabajo. Prestaciones por incapacidad temporal y maternidad. Prestaciones por incapacidad permanente, vejez y muerte y supervivencia. Protección a la familia. Reeducación y rehabilitación de inválidos. Asistencia social y Servicios sociales.
 - b. En relación con Marruecos: La legislación sobre el régimen de Seguridad Social. La legislación sobre accidentes de trabajo y

²⁶ *E-Revista Internacional de la Protección Social* Vol. 3, Núm. 2 (2018).

²⁷ Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8 de Noviembre de 1979, BOE número 245 de 13 de Octubre de 1982.

²⁸ No se incluyen por tanto a los trabajadores de otros Estados Miembros que hayan ejercido su actividad laboral en España y en Marruecos.

enfermedades profesionales. Las disposiciones acordadas por la Autoridad pública relativa a regímenes particulares de Seguridad Social en tanto cubran a asalariados o asimilados y que sean relativas a los riesgos y prestaciones de la legislación sobre los regímenes de Seguridad.

- **Totalización:** Para adquirir las prestaciones de carácter contributivo previstas en el Convenio se pueden sumar los períodos de seguro cumplidos en España y en Marruecos.
- **Exportación:** Las prestaciones económicas de carácter contributivo se podrán percibir con independencia de que el interesado resida o se encuentre en España o en Marruecos²⁹.

Solamente algunos Estado Miembros de la Unión Europea, además de España, han suscrito Convenios bilaterales con Marruecos³⁰: Alemania, Bélgica, Francia, Portugal y Suecia. En consecuencia, los trabajadores marroquíes que residan en otros Estados que no tengan suscrito Convenio Bilateral pueden verse perjudicados en sus posibles derechos transfronterizos. Por esa razón, la acción bilateral de los Estados Miembros resulta insuficiente, por lo que debería abrirse la posibilidad de un enfoque negociador europeo que supere las limitaciones de la negociación bilateral estatal.

En este sentido, una de las razones que abogan por una acción conjunta de la Unión como tal en el ámbito de la coordinación de la Seguridad Social con Marruecos y con otros Estados terceros es el pronunciamiento de la sentencia del TJUE recaída en el asunto Elide Gottardo contra el Instituto Nacional de Previsión italiano³¹.

El fallo jurisdiccional se centra en la posibilidad de aplicar un Convenio bilateral (totalización de períodos) suscrito entre un Estado tercero A y un Estado Miembro B, a un ciudadano de otro Estado Miembro C que hubiera ejercido una actividad laboral en los Estados A y B, aunque en dicho Convenio Bilateral el campo de aplicación personal solamente estuviera abierto a los nacionales de los Estados signatarios.

²⁹ Las prestaciones no contributivas no son exportables.

³⁰ Información entresacada de Bernhard Spiegel European Commission European Commission Employment, Social Affairs & Equal Opportunities Analysis of Member States' Bilateral Agreements on Social Security with Third Countries Ordered by the European Commission Employment, Social Affairs and Equal Opportunities DG Contract ref. no. VC/2010/0646.

³¹ Asunto 55/00.

El Tribunal fue contundente:

«al aplicar los compromisos suscritos en virtud de convenios internacionales, ya se trate de un convenio entre Estados miembros o de un convenio entre un Estado miembro y uno o varios países terceros, los Estados miembros deben respetar las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. El hecho de que, por su parte, los países terceros no tengan que respetar ninguna obligación con arreglo al Derecho comunitario es, a este respecto, irrelevante.»; «De las consideraciones que preceden, resulta que cuando un Estado miembro celebra con un país tercero un convenio internacional bilateral de seguridad social que prevé el cómputo de los periodos de seguro cubiertos en dicho país tercero para tener derecho a prestaciones de vejez, el principio fundamental de igualdad de trato obliga a dicho Estado miembro a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que aquellas de las que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que pueda justificar objetivamente su denegación».

A este respecto, debe señalarse que el principio de igualdad de trato entre ciudadanos de la Unión trasciende de los límites territoriales europeos.

Sin embargo, desde el punto de vista del derecho se abre una incógnita que nos debería hacer reflexionar. ¿Cómo se puede ejecutar una sentencia por la parte demandada cuando, para su ejecución, se requiere la intervención y colaboración de un tercero que no queda obligado?

Descendamos del mundo de las ideas al de los actos. Es posible que un Estado tercero signatario, que no está obligado más que con los nacionales de los Estados signatarios, se niegue a realizar gestiones, formalizar trámites, cumplimentar impresos, remitir comunicaciones, desarrollar acciones, contestar escritos o acceder a peticiones en relación con personas que no están incluidas en el campo de aplicación personal del Convenio.

En este sentido, imaginemos un trabajador alemán que ha trabajado en España y Marruecos y que necesita de la totalización de períodos de seguro españoles y marroquíes para acceder a una pensión española. Marruecos podría negarse a facilitar datos sobre ese trabajador alemán con lo que España no podría proceder a la totalización de períodos.

En resumen, dos opciones se intuyen en el horizonte: o bien, con el fin de cumplir las obligaciones que la Unión a través de su Tribunal de Justicia se ha autoimpuesto, se desarrolla una política europea de reciprocidad con Marruecos y con otros socios no comunitarios, o bien se incumplen los compromisos adquiridos y dimanantes del propio derecho de la Unión.

VI. INSTRUMENTOS JURÍDICOS BILATERALES ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y EL REINO DE MARRUECOS. EL ACUERDO EUROMEDITERRANEO

El primer ejercicio de bilateralidad, reciprocidad y dimensión externa de las normas de coordinación se produce fundamentalmente con algunos Acuerdos de Cooperación (sustituidos por Acuerdos Euromediterráneos³²), Acuerdos de Asociación, Acuerdos de Estabilización, y en una medida mínima, casi inexistente, con ciertos Acuerdos Comerciales.

El Acuerdo Euromediterráneo con Marruecos es heredero del Acuerdo de Cooperación (Reglamento (C.E.E.) n° 2211 /78 del Consejo de 26 de septiembre de 1978). Para Miguel Ángel Cepillo Galvín³³ *“El modelo de relaciones de la Comunidad con tales países basado en la cooperación comenzaba ya a mostrar, a nuestro juicio, signos inequívocos de agotamiento, en cuanto que no terminaba de solucionar los problemas planteados a raíz de la nueva situación surgida de la ampliación hacia el sur de la Comunidad y de su apertura financiera y comercial hacia el este.”*

El Acuerdo Euromediterráneo³⁴ por el que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y el Reino de Marruecos de veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y seis reproduce casi literalmente las disposiciones de protección social de su predecesor. Así el actual artículo 65 (anterior artículo 41 del Acuerdo de Cooperación) señala:

“Con sujeción a las disposiciones de los párrafos siguientes, los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de sus familias que residan con ellos se beneficiarán, en el sector de la seguridad social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados.

El concepto de “seguridad social” cubre los aspectos de la seguridad social que se refieren a las prestaciones de enfermedad y maternidad, las prestaciones de

³² Para un estudio más profundo de los Acuerdos de Cooperación y Asociación, ver VALDUEZA BLANCO, M.D. "Decisiones del Consejo de la Unión Europea sobre acuerdos de asociación y de estabilización: un avance en la dimensión externa de la Unión en materia de Seguridad Social coordinatoria". *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* número 97 de 2012.

³³ *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*. Número 15 (Julio-Diciembre 2013) ISSN: 1887-4460.

³⁴ ACUERDO EUROMEDITERRÁNEO por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra. Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 70/2 de 18.3.2000.

invalidez, tercera edad y supérstites, las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional, los subsidios por defunción, las prestaciones por desempleo y las prestaciones familiares.

Dichos trabajadores se beneficiarán de todos los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos en los diferentes Estados miembros, en lo que respecta a las pensiones y rentas de vejez, invalidez y beneficios de supervivencia, prestaciones familiares, las prestaciones por enfermedad y maternidad, así como de la asistencia sanitaria para ellos mismos y su familia residente en la Comunidad.

Estos trabajadores se beneficiarán de las prestaciones familiares para los miembros de su familia que residan en la Comunidad.

Dichos trabajadores se beneficiarán de la libre transferencia hacia Marruecos, según los tipos de cambio aplicados en virtud de la legislación del Estado miembro o de los Estados miembros deudores, de las pensiones y rentas de vejez, supérstites y accidente de trabajo o enfermedad profesional, así como de invalidez, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, a excepción de las prestaciones especiales de carácter no contributivo.

Marruecos otorgará a los trabajadores nacionales de los Estados miembros empleados en su territorio, así como a los miembros de su familia, un régimen análogo al previsto en los apartados anteriores”.

Sin embargo, la eficacia de esta disposición se condiciona a un desarrollo posterior: *“Antes de finalizar el primer año tras la entrada en vigor del presente Acuerdo, el Consejo de asociación aprobará las disposiciones que permitan asegurar la aplicación de los principios mencionados en el artículo 65”.*

A este respecto, debe señalarse que ya en el Reglamento (C.E.E.) n° 2211 /78 del Consejo de 26 de septiembre de 1978 existía idéntica norma, sin que se haya ultimado, hasta ahora, este compromiso por lo que llevamos **¡más de 40 años de retraso!**

No obstante, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la aplicación directa de algunos de los preceptos contenidos en el artículo 65 (Artículo 41 del Acuerdo de Cooperación) sin necesidad de tener que esperar a unas normas de desarrollo que parecen no llegar nunca. Así, en el Asunto, Office national de l'emploi (Onem) y Bahia Kziber³⁵ señaló:

“Es jurisprudencia reiterada (véase sentencia de 30 de septiembre de 1987, Demirel, apartado 14, 12/86, Rec. p. 3719) que una disposición de un Acuerdo celebrado por la Comunidad con países terceros debe considerarse que es de

³⁵ Asunto C-18/90.

aplicación directa cuando, habida cuenta de su redacción y del objeto y la naturaleza del Acuerdo, implica una obligación clara y precisa que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a que se produzca un acto posterior.

Procede señalar, a este respecto, que el apartado 1 del artículo 41³⁶ establece en términos claros, precisos e incondicionales, la prohibición de discriminar, por razón de la nacionalidad, a los trabajadores de nacionalidad marroquí y a los miembros de su familia que residan con ellos, en el sector de la Seguridad Social.

De lo antedicho se deduce que procede responder a la cour du travail de Lieja que el apartado 1 del artículo 41 del Acuerdo debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro deniegue la concesión de una prestación transitoria, prevista por su legislación a favor de los jóvenes solicitantes de empleo, a un miembro de la familia de un trabajador de nacionalidad marroquí que reside con él, basándose en que el solicitante de empleo es de nacionalidad marroquí”.

Esta sentencia fue confirmada totalmente en el Asunto C-58/93, Zoubir Yousfi y État belge³⁷, señalando expresamente el Tribunal:

“Dado que el Gobierno de la República Federal de Alemania ha pedido expresamente al Tribunal de Justicia que reconsidere esta jurisprudencia (Bahia Kziber), procede poner de relieve que, tal como ha indicado el Abogado General en los puntos 6 y 7 de sus conclusiones, las observaciones presentadas en el marco del caso de autos no han aportado ningún nuevo elemento de apreciación que pueda inducir a este Tribunal de Justicia a modificar el criterio que adoptó en la ya citada sentencia Kziber”

Estas tesis quedan confirmadas asimismo con el Asunto, Office national de l'emploi y Mohamed Alami³⁸.

Especial interés suscita la Sentencia recaída en el Asunto Hallouzi-Choho y Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank³⁹ en relación con el debate entre derechos propios y derivados de los familiares.

En este sentido conviene recordar la sentencia recaída en el Asunto Slavica Kermaschek, Bottrop et Bundesanstalt fur Arbeit⁴⁰ que se refiere a los familiares de los trabajadores comunitarios. El Tribunal interpretó que, dado que el Reglamento 1408/71 resulta aplicable a dos categorías

³⁶ El Artículo 41 del Reglamento (C.E.E.) n° 2211 /78 del Consejo de 26 de septiembre de 1978 tiene una redacción idéntica al artículo 65 del Acuerdo Euromediterráneo.

³⁷ C-58/93.

³⁸ C-23/02.

³⁹ C-126/95.

⁴⁰ C-40/76.

claramente diferenciables (trabajadores y miembros de sus familias), sólo los primeros podrían invocar los derechos consagrados por el Reglamento como derechos propios o personales, mientras que los segundos únicamente podrían beneficiarse de aquellos derechos que les fueran reconocidos en su condición de miembros de la familia o supervivientes de un trabajador, mientras que los segundos únicamente podrían beneficiarse de aquellos derechos que les fueran reconocidos en su condición de miembros de la familia o supervivientes de un trabajador. Este pronunciamiento fue confirmado por posteriores fallos jurisdiccionales (Hughes⁴¹, Deak⁴², Zaoui⁴³, Frascogna⁴⁴ y Schmid⁴⁵).

Pues bien, al contrario de lo dispuesto en la Sentencia Kermaschek, la Corte de Justicia en el Asunto Hallouzi-Choho señala textualmente:

“La SVB, no obstante, adujo que una nacional marroquí, esposa de un trabajador migrante marroquí, pero que nunca tuvo la condición de trabajadora, no puede invocar las disposiciones del apartado 1 del artículo 41 del Acuerdo para percibir prestaciones, como los beneficios transitorios previstos por la AOW, debido a que en la legislación nacional de que se trata éstos se consideran derechos propios, y no derechos derivados adquiridos por la interesada en virtud de su condición de miembro de la familia de un trabajador migrante”

“A este respecto, basta destacar que el ámbito de aplicación personal del apartado 1 del artículo 41 del Acuerdo no es idéntico al del Reglamento n° 1408/71, definido en su artículo 2, de modo que la jurisprudencia que distingue entre derechos derivados y derechos propios de los miembros de la familia del trabajador migrante en el marco del Reglamento n° 1408/71 ...no puede ser aplicable en el marco del Acuerdo, tal como resulta de la sentencia Kziber, antes citada ...

Como destaca magníficamente Cristina Sánchez Rodas⁴⁶ *“Por lo tanto, resultará que mientras que los cónyuges y demás familiares de los trabajadores ciudadanos de los Estados miembros sólo pueden invocar el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad respecto a las prestaciones familiares y aquellas otras que no estén vinculadas a la condición de trabajador, los cónyuges y familiares de los trabajadores magrebíes pueden reclamar el citado derecho a la no*

⁴¹ C-78/91.

⁴² C-94/84.

⁴³ C-147/87.

⁴⁴ C-157/84.

⁴⁵ C-310/91.

⁴⁶ Las uniones matrimoniales y extramatrimoniales en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la comunidad europea: su impacto en la esfera de la protección de los trabajadores inmigrantes. Anuario de Derecho Europeo, 4, 73-86.

discriminación con respecto a cualquier prestación de Seguridad Social, incluso respecto de aquellas que no les sean reconocidas en su calidad de miembros de la familia”.

Por otra parte, lo dispuesto en el artículo 65 del Acuerdo Euromediterráneo implica el reconocimiento de la bilateralidad y reciprocidad, es decir, también es aplicable a los ciudadanos europeos que trabajan en Marruecos. Sin embargo, al no estar aprobadas las normas de desarrollo previstas, Marruecos no considera que los preceptos contenidos en el artículo 65 sean de aplicación directa (tampoco el principio de igualdad de trato) por lo que se ejemplifica en la práctica un modelo de geometría variable con dos escenarios diferentes

También en nuestro país, el Acuerdo de Cooperación y, concretamente su artículo 41 han sido objeto de análisis y aplicación. Así el Tribunal Constitucional⁴⁷ dictaminó:

“En consecuencia...en el presente caso no cabe desconocer que por el Reglamento 2.211/1978 del Consejo de la CEE se ha aprobado el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad y el Reino de Marruecos, firmado en Rabat el 27 de abril de 1976, cuyo art. 41.1 constituye una disposición que ha de considerarse de aplicación directa en la Comunidad e implica «una obligación precisa que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a que se produzca un acto posterior» por parte de los Estados miembros como ha declarado el mencionado Tribunal en su Sentencia de 31 de enero de 1991” (Asunto Kziber).

Ha de estarse, pues, a lo dispuesto en el citado art. 41.1 del referido Acuerdo en el que se dispone que los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de su familia residentes en el territorio de un Estado miembro de la CEE «se beneficiarán, en el sector de la seguridad social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados». Precepto interpretado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la mencionada Sentencia de 31 de enero de 1991 señalando que aquel principio de no discriminación basada en la nacionalidad implica que al interesado cumplidor de todos los requisitos exigidos por la legislación nacional para disfrutar de las prestaciones de desempleo «no puede denegársele la concesión de dichas prestaciones por razón de su nacionalidad». Declaración del Tribunal de Luxemburgo que ha llevado a la Circular 11/94, de 24 de marzo, de la Dirección General del I.S.M., a reconocer que los trabajadores

⁴⁷ Recurso de Amparo nº 2.823/1992. Sentencia 11 de Septiembre de 1995.

del mar de nacionalidad marroquí están protegidos por la contingencia de desempleo por disfrutar de la misma protección que la legislación española atribuye a los trabajadores de nacionalidad española”.

Pasando a otro tema debe subrayarse que el Acuerdo Euromediterráneo contemple para los trabajadores marroquíes la totalización de todos los períodos de seguro, cumplidos en los diferentes Estados Miembros y la percepción de prestaciones familiares cuando los beneficiarios residan en cualquier Estado de la Unión.

Esta obligación no puede ser considerada de aplicación directa y requiere para su articulación y materialización normas de desarrollo tal como se recuerda en la sentencia recaída en el Asunto Bahía Kziber:

“El hecho de que el apartado 1 del artículo 41 precise que esta prohibición de discriminación sólo es válida con la salvedad de lo dispuesto en los apartados siguientes, significa que, respecto a la totalización de los períodos, esta prohibición de discriminación sólo se garantiza dentro de los límites de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 41”.

En consecuencia, la totalización o acumulación de períodos de seguro, no puede considerarse como una obligación de cumplimiento directo sino que exige una serie de normas de desarrollo para su efectividad.

Pues bien, los Reglamentos 859/2003 y 1231/2010, citados en párrafos precedentes, aunque con cierto retraso, dan cumplimiento a este compromiso unilateral al extender el campo de aplicación personal de los Reglamentos 1408/71 y 883/04 a los trabajadores de terceros Estados. A este respecto, el artículo 6 de este último Reglamento establece:

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

Con respecto a las exportación de pensiones dentro del territorio de la Unión tampoco este principio resulta de aplicación directa tal como establece el artículo 65 del Acuerdo: *“No obstante, esta disposición no podrá tener por efecto convertir en aplicables las demás normas de coordinación previstas*

por la normativa comunitaria basada en el artículo 51⁴⁸ del Tratado CE, en condiciones distintas de las que establece el artículo 67 del presente Acuerdo”.

No obstante, el Reglamento 1231/2010 antes citado, viene a solucionar este compromiso al extenderse a los trabajadores marroquíes el artículo 7 del Reglamento 883/04 que establece:

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

Asimismo, se recuerda que el mencionado artículo 65 del Acuerdo Euromediterráneo garantiza a los trabajadores marroquíes el percibo de las prestaciones familiares para los miembros de su familia que residan en la Comunidad. Pues bien, la aplicación del Reglamento 1231/2010 implica la activación del artículo 67 del Reglamento 883/04:

“Cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente, que serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro, como si residieran en el Estado miembro competente. No obstante, los titulares de pensiones tendrán derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente respecto de sus pensiones”.

Parece que se ha avanzado mucho, pero todavía quedan lagunas importantes. De hecho, los nacionales marroquíes que trabajen y residan en el territorio de la Unión tienen una serie de derechos que podríamos denominar internos o comunitarios pero que se diluyen cuando aparece un sistema de Seguridad Social o el territorio de un tercer Estado.

Un ejemplo puede servir para subrayar esta afirmación: A un trabajador marroquí que realice su actividad laboral en Polonia le sería reconocido el principio de igualdad de trato en base a las Directivas mencionadas en el apartado C. Además, le sería de aplicación el propio Artículo 65 del Acuerdo Euro mediterráneo.

Si sus hijos residen o estudian en Francia, Polonia debe reconocer prestaciones familiares en base al Reglamento 1231/10.

⁴⁸ Exportación de prestaciones dentro del territorio de la Unión.

También, el referido trabajador marroquí podría recibir, asistencia sanitaria en Francia si, como consecuencia de un desplazamiento temporal dicho país, tuviera necesidad de ello, corriendo Polonia con los costes causados. Asimismo, a la hora de recibir pensión, si hubiera cotizado, por ejemplo 8 años en Francia y 17 en Polonia (Período mínimo en Polonia 25 años) se deberían totalizar los períodos franceses y polacos para alcanzar la pensión francesa y polaca. Igualmente, las pensiones francesas y polacas se exportarían a España si el interesado pudiera acreditar que reside legalmente, en territorio español.

Ahora bien, todos estos derechos se reconocen solamente dentro de la dimensión geográfica europea. Traspasemos esta dimensión y volvamos con el ejemplo anterior algo modificado. El trabajador marroquí que trabaja en Polonia y cuyos hijos residieran en Marruecos, no tendría derecho a prestaciones familiares polacas porque las normas europeas no cubren estos supuestos y no existe, entre Polonia y Marruecos, Convenio bilateral de Seguridad Social. Tampoco podría recibir asistencia sanitaria con cargo a Polonia si enfermase durante una visita a Marruecos.

Además, aunque hubiera cotizado 15 años en Polonia y 8 años de seguro en Marruecos, estos períodos no serían tenidos en cuenta (totalización) a la hora de calcular la pensión polaca (17 años) ni marroquí (3.250 días de seguro) por lo que se le denegaría esta prestación en uno y otro Estado.

Por último, en el caso de que el trabajador marroquí pudiera acceder a cualquier tipo de pensión por los años cotizados en Polonia, solamente tendría derecho a la exportación de la misma si la legislación polaca así lo previera en relación con sus propios nacionales.

En consecuencia, pueden apreciarse las limitaciones de las normas europeas que están elaboradas en Europa y para Europa y que necesitan de una dimensión externa para que cubran situaciones, por lo demás muy comunes, que aparecen fuera del territorio de la Unión.

Por ello, resulta de tremendo interés el apartado 4 del Artículo 65 del Acuerdo que establece: *“Dichos trabajadores se beneficiarán de la libre transferencia hacia Marruecos, según los tipos de cambio aplicados en virtud de la legislación del Estado miembro o de los Estados miembros deudores, de las pensiones y rentas de vejez, supervivencia y accidente de trabajo o enfermedad profesional, así como de invalidez, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, a excepción de las prestaciones especiales de carácter no contributivo”*.

Por supuesto esta disposición no es aplicable directamente y requiere de una norma de desarrollo acordada por ambas Partes. Además, todos los

derechos que los Estados Miembros reconocen a los trabajadores marroquíes, bien por aplicación de Directivas, bien en base al Reglamento 1231/2010, bien por la interpretación efectuada por el Tribunal sobre la eficacia directa del principio de igualdad de trato contenido en el Acuerdo Euro mediterráneo, se reconocen sin bilateralidad o reciprocidad alguna por lo que Marruecos no está obligado a reconocer derechos a los europeos que realicen su actividad laboral al en Marruecos.

No obstante, ya se ha dado el primer paso importante con la adopción de la Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010 relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea, con respecto a la a coordinación de los sistemas de seguridad social⁴⁹.

VII. DECISIÓN DEL CONSEJO DE 21 DE OCTUBRE DE 2010

Las famosas y tan anunciadas normas que fijaban un plazo perentorio de un año desde la aprobación del Reglamento (C.E.E.) n° 2211/78 del Consejo de 26 de septiembre de 1978, para desarrollar las disposiciones contenidas en el Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos, reciben un primer impulso con la Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010 que fue aprobada por el Consejo de Ministros Europeos y que fija la posición de la Unión en este ámbito.

La tramitación de esta Decisión no fue fácil. Así como señala MARÍA DOLORES VALDUEZA⁵⁰ *“Durante la negociación, se contaba con varias dificultades, como la reticencia de algunos Estados miembros en orden al reconocimiento de derechos de los migrantes –por más que los Acuerdos los contemplaran– también la especial situación de «opting in» y «opting out» del Reino Unido, Dinamarca e Irlanda en determinados campos relacionados con la inmigración. También, ciertamente, existían aspectos favorables como lo fueron la voluntad y tenacidad de la propia presidencia española del Consejo de la UE y, por supuesto, los cambios sustanciales que había introducido el Tratado de Lisboa en la adopción de las disposiciones y normas legislativas en relación con los nacionales de terceros Estados al sustituirse la regla de la unanimidad por la de la mayoría cualificada”*.

En dicha Decisión se destaca, para los intereses europeos, el artículo 3 apartado 2 que establece *“Los trabajadores que sean nacionales de un Estado*

⁴⁹ Diario Oficial de la Unión Europea L 306/1 de 23.11.2010.

⁵⁰ Decisiones del Consejo de la Unión Europea sobre acuerdos de asociación y de estabilización: un avance en la dimensión externa de la Unión en materia de Seguridad Social coordinatoria. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* número 97 de 2012.

miembro y estén empleados legalmente en Marruecos, y los miembros de su familia que residan legalmente con ellos, disfrutarán de un trato sin discriminación alguna por razones de nacionalidad respecto de los nacionales marroquíes”.

Como se ha señalado en párrafos precedentes, aunque el Tribunal de Justicia ha declarado el efecto directo del principio de igualdad de trato contenido en el Acuerdo de Cooperación y en el Acuerdo Euromediterráneo, los fallos recaídos solo afectan a los Estados Miembros y, por supuesto, no a Marruecos.

Por otra parte, la novedad más importante para los ciudadanos europeos y marroquíes es la exportación de prestaciones de la Unión Europea a Marruecos y viceversa. A este respecto el Artículo 4 de la Decisión establece: *“Las prestaciones exportables⁵¹..., a las que tengan derecho las personas..., no estarán sujetas a reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida ... en el territorio de Marruecos ... o en el territorio de un Estado miembro”.*

A diferencia de las Directivas examinadas en el Apartado C, la exportación de prestaciones no se hace depender de que por parte de un Estado Miembro se reconozca a sus propios nacionales este derecho por lo que esta disposición implica un valor añadido de gran importancia. En este sentido se puede producir un efecto expansivo ya que algunas legislaciones nacionales europeas no prevén la exportación de prestaciones en ningún caso, excepto si existe un Instrumento Internacional bilateral o multilateral, por lo que cuando el Consejo de Asociación ratifique esta Decisión serían exportables las pensiones reconocidas tanto para los marroquíes retornados como para los nacionales que fijen su residencia en territorio marroquí.

Por otra parte, las pensiones marroquíes reconocidas a los ciudadanos Europeos también serán exportables al territorio de la Unión Europea.

Se excluyen de la exportación las prestaciones especiales en metálico no contributivas.

Tampoco se prevé la exportación de las pensiones de invalidez derivadas de enfermedad común o accidente no laboral, debido a que esta Decisión es una norma de desarrollo del Acuerdo de Asociación que no contempla la exportabilidad de este tipo de prestaciones.

⁵¹ Por parte de los Estados Miembros se exportarán las pensiones de vejez, pensiones de supervivencia, pensiones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, pensiones de invalidez derivada de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales. Falta por cumplimentar el Anexo I que fijará las prestaciones exportables por parte de Marruecos.

Además, los trabajadores marroquíes solo se beneficiarán de las prestaciones familiares por los miembros de su familia que residan en el territorio de la Unión pero no por aquellos que residan en territorio marroquí.

Finalmente, y aunque sea con una redacción muy poco clara, los artículos 9 y 10 permiten la pervivencia de los Convenios bilaterales existentes y abre la opción a otros que posteriormente puedan suscribirse *“Los procedimientos administrativos incluidos en otros acuerdos bilaterales entre los Estados miembros y Marruecos ya existentes podrán seguir aplicándose siempre que dichos procedimientos no afecten negativamente a los derechos y obligaciones de los interesados establecidos en la presente Decisión. Uno o varios Estados miembros y Marruecos podrán celebrar acuerdos para complementar las modalidades administrativas de aplicación de la presente Decisión, en particular en lo que se refiere a la prevención y la lucha contra el fraude y el error”*

En consecuencia, cuando Marruecos en el Consejo de Asociación finalmente ratifique este Instrumento Jurídico bilateral se habrá dado el primer paso en lo que denominaríamos dimensión externa de las normas de coordinación europea y al desarrollo de las relaciones de vecindad en materia de Seguridad Social entre la Unión y Marruecos.

VIII. CONCLUSIÓN

Aunque proverbialmente, algunos Estados Europeos y Marruecos han intentado proteger a sus trabajadores migrantes a través de la suscripción de Convenios bilaterales, sin embargo, el enfoque meramente bilateral comienza a quedarse obsoleto ante la complejidad del actual fenómeno migratorio que se aleja de conceptos clásicos tales como estabilidad y fijeza en el nuevo país de empleo y que está generando modalidades originales (migraciones circulares, sucesivas, múltiples, desplazamientos temporales de trabajadores) o estableciendo tendencias direccionales geográficas que no responden a las pautas tradicionales.

Además, debe reconocerse que la solución de negociar Instrumentos bilaterales entre todos los Estados Miembros y Marruecos resulta inviable y aunque fuera posible, tampoco se cubrirían todos los supuestos y necesidades. De hecho, la bilateralidad tiene sus límites materiales y formales por lo que deben buscarse otras alternativas complementarias o sustitutivas.

Asimismo, desde el ámbito empresarial también subsisten reticencias a la técnica bilateral por no resultar, a día de hoy, totalmente apropiada ni ajustada a las nuevas situaciones.

Por otra parte, la sentencia recaída en el asunto C-55/00, Elide Gottardo e Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) marca las limitaciones de los Convenios Interestatales y abre las puertas a la idea de un enfoque europeo que supere el estrictamente bilateral.

Realmente, la negociación bilateral resulta incompleta por lo que están surgiendo otras alternativas, cuyo mejor exponente es el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. En este sentido, la protección de los ciudadanos europeos o marroquíes que desarrollen su carrera laboral en Europa o en Marruecos estaría más garantizada a través de un Instrumento de Coordinación europeo con Marruecos, cuya base podría estar precisamente en el Acuerdo Euromediterráneo. La Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010 podría ser la línea a seguir si finalmente fuera ratificada por la dos Partes.

La necesidad de evitar, en un mercado globalizado e interrelacionado, ventajas de costes sociales (dobles cotizaciones) dependiendo de la existencia o no de un Instrumento bilateral, está reclamando un nuevo enfoque más integral y universal.

En realidad debemos aceptar que la situación actual aunque sea mejorable cuantitativamente, requiere un cambio cualitativo a través de una protección multilateral basada en enfoques globales.

Temas como la totalización de períodos (importantísima para tener derechos a la pensión de jubilación), conservación de los derechos adquiridos o unicidad de la legislación aplicable son esenciales en esta época de globalización en la que los flujos migratorios se han incrementado geométricamente en múltiples direcciones, sin que las normas de coordinación clásicas bilaterales estén dando solución a las nuevas exigencias y problemáticas. Además, en el enfrentamiento y dialéctica entre economía formal e informal, la existencia de normas de coordinación adecuadas podría ser un instrumento de normalización que contribuya a que trabajadores migrantes y empleadores valoren las ventajas que ofrece la Seguridad Social y, en consecuencia, procedan a las correspondientes afiliaciones y abono de las cotizaciones para dichos trabajadores.

Igualmente, a nadie se le debe escapar que las normas de coordinación, para su materialización, requieren de un larguísimo proceso que debe basarse en la voluntad, en la constancia y en la paciencia. Se trata de una carrera de obstáculos que presupone tenacidad, perseverancia y, sobre todo, gradualidad en las metas y objetivos.

En concreto, lo que se desea proponer es que la Unión Europea apueste por una línea de actuación unitaria celebrando Acuerdos

multilaterales entre Unión Europea y Marruecos o Magreb en su conjunto que, inspirado en el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social⁵², ofrezca tanto a los trabajadores y a las empresas de la Unión, de Marruecos o de todo el Magreb, un espacio en el que impere la protección y la libre competencia.

Mientras tanto, se debería perfeccionar la situación actual a través de la Ratificación por parte del Consejo de Asociación de la Decisión de 21 de Octubre de 2010.

Marruecos y la Unión Europea son unos vecinos que están condenados a entenderse.

⁵² Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Santiago de Chile el 10 de noviembre de 2007.

LA ESCASA REGULACIÓN DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES: ENTRE LOS CONVENIOS BILATERALES Y LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN	38
II. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN NORMAS INTERNACIONALES COORDINADORAS	40
1. La protección por desempleo de los trabajadores migrantes en normas internacionales coordinadoras: breve referencia a las de la OIT y del Consejo de Europa	41
1.1. Las normas internacionales de protección por desempleo de los trabajadores migrantes: a nivel mundial	45
1.2. A nivel europeo: en el Consejo de Europa	46
2. La contingencia de desempleo en los convenios bilaterales de Seguridad Social	47
3. A nivel europeo, en especial, en el marco de la Unión Europea	50
3.1. Las prestaciones por desempleo para los trabajadores por cuenta ajena	51
3.1.1. La totalización de períodos de seguro o empleo	52
3.1.2. El cálculo de las prestaciones por desempleo de los trabajadores migrantes comunitarios	53
3.1.3. La exportación de prestaciones por desempleo	53
3.2. Las prestaciones por cese de actividad o prestaciones por desempleo para los trabajadores por cuenta propia	61
3.2.1. Trabajadores autónomos fronterizos	63
3.2.2. En especial, la compleja totalización de períodos para el acceso a las prestaciones por desempleo o cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia	64

I. INTRODUCCIÓN

La migración es una constante de la historia de la humanidad, individuos y familias dejan su país de origen por razones de distinta índole. Las migraciones internacionales son resultado del sistema de Estados-Nación independientes y soberanos establecido en el Tratado de Westfalia. Este Tratado introduce, en el siglo XVII, una forma de organización política definida por la tríada formada por una población, un territorio y un gobierno soberano. Las fronteras que delimitan los territorios de los distintos Estados-Nación sirven de separación entre los gobiernos y sus poblaciones, dando lugar a la aparición, por primera vez en la historia, de la figura del migrante internacional (aquella persona que ha cruzado la frontera de un Estado para acceder al territorio de otro).

La importancia de la población extranjera en la política interna de los países de recepción se hace evidente a partir de la primera mitad del s. XX¹, cuando la masiva entrada de inmigrantes comienza a ser considerada como un factor de desarrollo, fruto de profundos desequilibrios económicos entre países emisores y de recepción.²

Definida como problema social y político, la migración internacional ha de ser reglamentada no sólo desde el derecho interno de cada país, sino también desde el propio Derecho Internacional. El art. 13 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 reconoce el derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso del suyo propio. Este reconocimiento del derecho a emigrar carece de valor real desde el momento

¹ Un análisis histórico de las corrientes migratorias, destacando la importancia del número de sujetos implicados, puede verse en CHIROUX; R., en "Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales", en AAVV *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Ed. Pedone, París, 1979, págs. 4 a 16.

² Como señala RAMOS QUINTANA, M.I., en *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 36. Al analizar las cuestiones de ideología y las teorías de la política migratoria, MARTINEZ VEIGA, V. recoge dos magníficas citas ubicadas a finales del siglo pasado en las que se observan las dos caras del problema: "Pero quizás lo más importante es la constatación de que las autoridades alemanas pensaban que 'una cantidad grande de sujetos indigentes constituyen un peligro social y una carga para el erario público y que por lo tanto era mejor dejarlos partir'. Lo curioso es que en los países receptores se daban perfectamente de esto. El americano R. Mayo Smith afirmó en 1890 que 'es repugnante la ansiedad de ciertos países por liberarse de la población sobrante y escapar de la obligación de soportar los pobres, los indigentes y los depravados'", en *La integración social de los inmigrantes extranjeros en España*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 223.

en el que la DUDH no reconoce la obligación de los Estados a acoger inmigrantes³.

Esta falta de concordancia se debe a la necesidad de evitar la injerencia en un terreno tan delicado como la soberanía nacional dejando que cada Estado organizara su propia vida, economía y seguridad⁴. Dejando a un lado el coste humano y material de la política fronteriza antimigratoria, los flujos migratorios funcionan como un sistema de vasos comunicantes (Schmoll, Thiollet y Wihtol de Wenden⁵): el cierre parcial de una ruta migratoria provoca un aumento de los flujos en otra. Esto se debe, por una parte, a factores de atracción (*pull factors*) tales como demanda de mano de obra barata temporal e irregular⁶ y la existencia de Tratados de libre circulación dentro del espacio Schengen. En segundo lugar, los factores de expulsión (*push factors*) no responden a este tipo de medidas: quienes huyen de la pobreza, de las guerras, de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos o de las consecuencias del cambio climático (aquellos a los que Betts⁷ llama “migrantes de supervivencia”) se lanzan a las fronteras porque carecen de otras opciones. Cada vez resulta más difícil distinguir entre las distintas categorías de la migración (voluntaria o forzada, política o económica), llegándose a hablar de la preponderancia de flujos migratorios mixtos⁸.

³ Con la excepción de las cada vez más amenazadas figuras jurídicas del demandante de asilo y el refugiado, cuyo derecho a ser acogido en un país del que no son ciudadanos queda recogido en el Convenio de Ginebra de 1951 sobre los Refugiados y el Protocolo de Nueva York de 1967, art. 31.

⁴ *Vid.*, en sentido similar, el estudio del Instituto de Estudios Políticos (IEP) llamado “Emigración política social y seguridad social”, publicado en CPS, nº 46, 1960, págs. 8 y 9.

⁵ SCHMOLL, C., THIOLLET, H. t WIHTOL DE WENDEN, C. (2015) *Migrations en Méditerranée. Permanences et mutations à l'heure des révolutions et des crises*. Paris: CNRS Éditions.

⁶ Como apunta IZQUIERDO ESCRIBANO, A., los inmigrantes “son rentables en épocas de crisis para disciplinar, para presionar sobre los salarios; son rentables en épocas de abundancia porque hay gente que no quiere hacer esos trabajos; son rentables porque son más móviles, porque son más flexibles. La política del mercado de trabajo es como toda política, se lleva según los grupos de presión y según la rentabilidad de las empresas y lo que ocurra en cada momento. En el análisis del ‘fenómeno’ de las migraciones se está sobrevalorando excesivamente el motivo económico de las migraciones”, en “Percepciones y realidades”, en AAVV, *Migraciones: Tópicos y realidades*, op. cit., pág. 29.

⁷ *Vid.*, BETTS, A. *Survival migration. Failed governance and the crisis of displacement*. Ithaca, NY: Cornell University Press. 2013.

⁸ CRAWLEY, H. y SKLEPARIS, D. "Refugees, migrants, neither, both: categorical fetishism and the politics of bounding in Europe's 'migration crisis'". *Journal of Ethnic and Migration Studies* 44, 2018.

Los países desarrollados han respondido al reto de la inmigración no deseada con la creación de medidas preventivas (por ejemplo, la ayuda al desarrollo para evitar la salida de emigrantes en origen) y defensivas (para evitar la entrada en las fronteras de estos inmigrantes)⁹.

Para comprender adecuadamente los movimientos migratorios internacionales deben ser analizados los diversos aspectos de este fenómeno en el marco de disciplinas como la demografía, geografía, historia, economía, derecho, ciencias políticas, sociología y psicología social¹⁰.

De los distintos tipos de migración, en esta aportación nos centramos en la realizada para conseguir la subsistencia de las familias o para la consecución de una forma de vida digna, la referida a motivos laborales. Particularmente, el objeto de este trabajo es la protección por desempleo de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes.

Aunque inicialmente, a nivel mundial, la OIT reducía la condición de trabajador migrante a los trabajadores por cuenta ajena en situación regular, excluyendo a diversos colectivos (fronterizos, artistas, profesionales liberales o trabajadores del mar), como se indica en los Convenios 97 y 143 sobre trabajadores migrantes. Pero en el momento actual el concepto de trabajador migrante, desde la perspectiva de la Seguridad Social, es más amplio¹¹ a causa de la labor de los Estados en las negociaciones internacionales en materia de migración laboral y de Seguridad Social y, por supuesto, a la concepción del derecho a la Seguridad Social como un derecho humano por Naciones Unidas.

II. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN NORMAS INTERNACIONALES COORDINADORAS

El fenómeno migratorio hace que el Estado, si quiere ofrecer un sistema de protección que continúe respondiendo a las necesidades de las personas trabajadoras migrantes, deba de suscribir convenios

⁹ Véase VIVES, L. (2017) "The EU - West African sea border: anti-immigration strategies and territoriality. European". *Journal of Urban and Regional Studies*, 24: 209-224. También SCHMOLL, C., THIOLLET, H. T., WIHTOL DE WENDEN, C. *Migrations en Méditerranée. Permanences et mutations à l'heure des révolutions et des crises*. Paris: CNRS Éditions. 2015.

¹⁰ Como señala, por todos, ABADAN-UNAT, N., en el "Resumen de los resultados del Congreso sobre el Futuro de las Migraciones", en *Informes OCDE: El futuro de las Migraciones*, Ed: MTSS, Madrid, 1989, pág. 31.

¹¹ Esto es, un derecho que se refiere a cualquier trabajador, por cuenta ajena o por cuenta propia, que haya obtenido autorización para ejercer su actividad en el territorio de otro Estado.

internacionales de Seguridad Social para asegurar la protección de los nacionales propios que migren a otros Estados o de los extranjeros nacionales de otros Estados que se encuentren en su territorio trabajando con las correspondientes autorizaciones, siempre que exista un convenio internacional que así lo prevea.

Las reglas de coordinación tienen por efecto asegurar la conexión entre las diferentes legislaciones nacionales sin crear un régimen común de Seguridad Social entre los Estados que se encuentran ligados por tales acuerdos, por ello para elaborar normas coordinadoras eficaces, además de otros aspectos, deberán de tenerse muy presentes las particularidades propias de cada una de las legislaciones¹².

De forma particular, por lo que se refiere al objeto de este estudio, tanto a nivel mundial como a nivel europeo existen numerosos textos que hacen referencia a la necesidad de protección del desempleo desde la perspectiva de la Seguridad Social.

1. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN NORMAS INTERNACIONALES COORDINADORAS: BREVE REFERENCIA A LAS DE LA OIT Y DEL CONSEJO DE EUROPA

A causa de la diferente concepción de los sistemas de Seguridad Social por las legislaciones de los diferentes países, los migrantes podrían perder, si no se adoptan las disposiciones oportunas, sus derechos de Seguridad Social, quedando el trabajador y su familia en situación de necesidad.

Lo más curioso de todo es que, en la mayor parte de los casos, el migrante que abandona el país sólo piensa en su bienestar o calidad de vida actual y, aunque muchos piensan en labrarse un futuro económicamente holgado, ninguno se percató de las consecuencias que, en caso de fracaso, puede tener la decisión de emigrar en sus derechos de Seguridad Social. Son muchas las situaciones en las que el trabajador migrante puede tener un problema de falta de cobertura por la Seguridad Social, ya que son muchas las prestaciones que en los diferentes países se califican de inexportables desde el país de empleo (asistencia sanitaria, desempleo y asignaciones familiares, las más comunes); por otro lado, la salida del país de origen puede suponer la pérdida de los derechos a pensión en vías de adquisición al haber comenzado una carrera de seguro en el mismo, teniendo que esperar en el país de destino el que se cumplan los requisitos para adquirir una pensión en este Estado a donde se emigra. De todas estas diversas

¹² Como con acierto indica PERI, G., en "L'interpretation des instruments de coordination de Sécurité Sociales", *Revue Belge de Sécurité Social* nº 8-9, 1991, págs. 459-460.

situaciones puede derivar una denegación de protección social y una discriminación injustificada entre nacionales y extranjeros¹³. Dicho de otro modo, la independencia de los sistemas nacionales de Seguridad Social puede tener pesadas consecuencias para los trabajadores migrantes y frenar considerablemente las migraciones, siendo cada vez más deseable, tanto del punto de vista económico como humanitario, facilitar las migraciones y mejorar lo más posible la suerte de los emigrantes¹⁴.

El Derecho internacional coordinador de la Seguridad Social parte de la necesidad de regular las situaciones de los emigrantes en el sentido de que sean protegidos, al menos, del mismo modo que los nacionales y que su migración no les produzca una disminución o pérdida de sus derechos adquiridos o por adquirir. Así, los acuerdos bilaterales y multilaterales han procurado evitar la discriminación entre nacionales y extranjeros.

Se han logrado progresos muy importantes en la coordinación de las legislaciones pero aún no existe una protección completa ante la pérdida de los derechos de Seguridad Social cuando se produce el traslado de una persona al extranjero¹⁵. Los principales problemas provienen, por un lado, de que los convenios internacionales realizados hasta ahora no cubren todas las posibilidades migratorias que puedan existir entre todos y cada uno de los países del mundo, excluyendo importantes movimientos de personas entre los países¹⁶. Por otro lado, existen prestaciones, sobre todo las referidas

¹³ Como se señala en el informe que para la OIT realizaron diversos expertos, publicado como *La Seguridad Social en la perspectiva del año 2000*, OIT, Ginebra, 1984, págs. 37 y 38.

¹⁴ Como afirma DUPEYROUX, J.J., en *Sécurité Sociale*, quinta ed., Sirey, París, 1985, pág. 237 y ss.

¹⁵ Como grupo, los trabajadores migrantes son muy vulnerables social y económicamente, y aunque la Seguridad Social no pueda darles la protección completa que su situación requiere, es un elemento esencial de la protección social de la que son acreedores por tratarse de un derecho fundamental, como se señala la propia OIT en *Introducción a la Seguridad Social*, Ginebra, 1987, pág. 182.

¹⁶ Aunque el número de convenios suscritos entre los distintos Estados es muy alto, puede observarse que, ni incluso en el caso de países de origen y destino de los migrantes, no hay convenios bilaterales que vinculen a todos los Estados del mundo con los restantes. Así puede verse en el *Repertoire des instruments internationaux de Sécurité Sociale*, BIT, Ginebra, 1987. Por otro lado, un número relativamente importante de los convenios e instrumentos internacionales, sobre todo los multilaterales, dentro de la noción de trabajadores migrantes quedan fuera grupos o categorías de migrantes: fronterizos, artistas y profesionales del espectáculo y deportes contratados temporalmente, profesionales liberales que hayan ingresado en un país por corto período de tiempo, gente del mar, personas en formación, trabajadores de temporada y destacados.

a ingresos mínimos y las no contributivas, que son excluidas de casi todos los acuerdos internacionales a causa de sus características peculiares¹⁷.

El tema, sin duda, sigue estando de actualidad, sobre todo en países de inmigración como el nuestro. Ya que, por un lado, tenemos un colectivo importante de españoles que han decidido emigrar al extranjero sobre todo a partir de la crisis de 2009. Y de otro lado, al considerarse España un país “desarrollado” es el punto de destino de muchos extranjeros que buscan mejorar sus condiciones de vida. Como apuntó en su momento ERIKSEN, “la aceleración de las migraciones en todo el mundo y el movimiento de grupos de población cada vez más importantes son temas de seria preocupación, en particular para las instituciones de Seguridad Social que están llamadas a salvaguardar los derechos de los trabajadores migrantes. Por consiguiente, parece deseable responder a esta preocupación creciente y examinar los diferentes problemas que plantea garantizar el derecho de los trabajadores migrantes a las prestaciones sociales sobre una base permanente y sistemática”¹⁸.

Así pues, la protección de los trabajadores migrantes en materia de Seguridad Social ha sido una cuestión que ha preocupado a todos los niveles o ámbitos normadores de la Comunidad internacional: Naciones Unidas, –y, especialmente en su ámbito, la OIT–, Consejo de Europa, Unión Europea y, por supuesto, en las relaciones bilaterales entre Estados (a parte de las soluciones a este problema que podemos encontrar en el Derecho interno de cada país, claro está).

La incorporación de España a la Comunidad Europea y el desarrollo económico de la misma supuso en su momento un cambio sustancial en las tendencias migratorias en nuestro país. Desde 1980 se vino a producir una inversión en la migración: nuestro país, que siempre había sido un importante exportador de mano de obra, observó una regresión importante en el número de nacionales que abandonaban nuestro territorio para buscar trabajo en otros Estados. Pese a ello, esta tendencia ha vuelto a cambiar desde la crisis económica mundial de 2009: se ha producido un enorme crecimiento de los españoles que han decidido emigrar buscando fortuna en

¹⁷ Como se ha dicho, para la conclusión de acuerdos, las mayores dificultades se han encontrado cuando en un país los derechos dependen exclusivamente de hecho de residir en él y en el otro de las cotizaciones o del tiempo trabajado. Surgen problemas especiales cuando las prestaciones son de un nivel muy diferente en cada país, en informe de Expertos a la OIT denominado *La Seguridad Social en la perspectiva del año 2000*, cit., 1984, págs. 38 y 39.

¹⁸ ERIKSEN, T., en *Los derechos a pensión de los trabajadores migrantes*, AISS, Ginebra, 1993, pág. 31.

otros países comunitarios o no¹⁹. En el año 2009 había 1,47 millones de residentes españoles en el extranjero, según el INE, de los que 751.200 eran hombres y 720.500 eran mujeres. La cifra no paró de crecer durante los ocho ejercicios posteriores hasta situarse en casi 2,5 millones de personas a 1 de enero de 2018, lo que supone el nivel más elevado de la serie histórica.

Pues bien, desde la perspectiva española, la Seguridad Social de los trabajadores migrantes es una cuestión que tiene una doble cara: la protección de los españoles que emigran y la protección de los extranjeros que vienen a nuestro Estado.

Además, respecto de los extranjeros que vienen a nuestro país, podemos encontrarnos con la variable de encontrarse en situación regular o irregular, lo que también tendrá efectos en sus derechos a la Seguridad Social y por supuesto a la protección por desempleo (y es que, tras la reforma de 2009, la Ley Orgánica 4/2000 de Extranjería establece en su art. 36.5 *in fine*, que “*en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo*”).

Por tratarse de una prestación que exige un control por los organismos públicos encargados de las políticas activas para la reinserción en el mercado de trabajo, las prestaciones por desempleo han sido consideradas como prestaciones “inexportables”. Más aún, los subsidios por desempleo, al tener carácter asistencial o de solidaridad social, reafirman esa “inexportabilidad”, porque, por lo general, las prestaciones asistenciales se han regulado en el derecho coordinador de la Seguridad Social impidiendo su disfrute fuera del país que las concede. Aunque ello no significa que hayan sido incluidas en las normas internacionales de protección de los trabajadores migrantes en materia de Seguridad Social.

Así pues, la protección por desempleo de los trabajadores migrantes en relación con nuestro Estado dependerá del país del origen de los extranjeros que vienen a trabajar a España o del país de destino que hayan escogido los españoles para emigrar.

Y además la regulación legal de la protección por desempleo de los trabajadores migrantes tiene dos caras: la interna que supone la posibilidad de que una legislación de un país pueda establecer *motu proprio* la posibilidad de que los extranjeros que se encuentren legalmente en su territorio con las correspondientes autorizaciones para trabajar, como consecuencia de su aportación obligatoria a la financiación del sistema de Seguridad Social, prevean la concesión de prestaciones por desempleo a los

¹⁹ http://www.ine.es/prensa/cp_2018_p.pdf

migrantes que cumplan los correspondientes requisitos, como si de un nacional se tratase.

La segunda cara sería la internacional, que supone, asimismo, distinguir, de un lado, entre los trabajadores nacionales de países de la Unión Europea, Espacio Económico Europea o Suiza que han emigrado a países de la Unión, que se regirán por la normativa comunitaria específica al efecto y, de otro, respecto de los españoles que se establezcan en países no comunitarios o los ciudadanos extracomunitarios que vengan a trabajar a España con sus correspondientes autorizaciones, que, en su caso, se regirán por lo que haya podido establecerse en un convenio bilateral o multilateral suscrito que afecten a los países tanto de partida como de recepción de migrantes.

1.1. LAS NORMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES: A NIVEL MUNDIAL

Ha sido la OIT, como organismo especializado de Naciones Unidas, la que en diferentes textos ha procurado implantar los principios de igualdad de trato (inicialmente, como reciprocidad)²⁰ y de conservación de derechos adquiridos y en curso de adquisición²¹. Pero lo cierto es que, como se vio, más arriba el papel más importante en la protección por desempleo de los trabajadores migrantes se ha centrado en la proclamación de la igualdad de trato, especialmente en el Convenio nº 102 Seguridad Social norma mínima de 1952, el Convenio nº 118 sobre igualdad de trato (Seguridad Social) de 1962 y el Convenio nº 143 sobre los trabajadores migrantes de 1975.

²⁰ Aunque en algunos convenios de rama o armonizadores se trató este problema, los que a continuación se citan pueden considerarse los más reconocidos en la instauración de este principio:

- El Convenio nº 19 de 1925 sobre igualdad de trato en los accidentes de trabajo.
- El Convenio nº 97 de 1949 sobre trabajadores migrantes (revisado).
- La Recomendación nº 86 de 1949 sobre los trabajadores migrantes (revisado).
- El Convenio nº 118 de 1962 sobre la igualdad de trato en materia de Seguridad Social.
- El Convenio nº 143 de 1975 sobre trabajadores migrantes.
- La Recomendación nº 151 de 1975 sobre los trabajadores migrantes.

²¹ Son dos los convenios que han abordado este espinoso problema:

- El Convenio nº 48 de 1935 sobre conservación de los derechos de pensión de los migrantes.
- El Convenio nº 157 de 1982 sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social.

Lo más interesante, a mi juicio, es que la OIT ha conseguido elevar a nivel de principio internacional la igualdad de trato de los trabajadores migrantes en general y, específicamente, en materia de Seguridad Social respecto de los trabajadores nacionales de los Estados en los que realizan su actividad. Así lo ha recogido en numerosos convenios, algunos de ellos circunscribiéndolos a la reciprocidad: art. 6 1 b) del Convenio nº 97 (revisado) sobre los trabajadores migrantes de 1949, arts. 3 y 4 Convenio nº 118 sobre la igualdad de trato (Seguridad Social) de 1962, art. 10 Convenio nº 143 sobre los trabajadores migrantes, de 1975. Lo que permite a los trabajadores migrantes que se encuentren trabajando en situación regular acceder a la protección por desempleo del país en el que prestan sus servicios.

Desde luego, es una regulación muy laxa y poco aceptada por los Estados (lo demuestra el escaso número de ratificaciones de estos Convenios) por lo que la coordinación de las prestaciones por desempleo de los trabajadores migrantes no puede decirse que haya sido un objetivo prioritario de esta organización internacional.

1.2. A NIVEL EUROPEO: EN EL CONSEJO DE EUROPA

En el marco del Consejo de Europa, junto a textos de carácter armonizador que de forma tangencial han podido referirse a este tema, son varios los instrumentos que se han ocupado de la protección social de los extranjeros y de los trabajadores migrantes.

Sin duda, el más importante fue el Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972, que sustituyó a los Acuerdos Interinos o Provisionales de 1953, que viene a establecer un sistema completo y complejo en orden a la conservación de los derechos de los trabajadores migrantes en el que se incluyen las prestaciones por desempleo (aunque ha sido un convenio con pocas ratificaciones, la inmensa mayoría por países a los que le afectan la regulación comunitaria que es preferente en su aplicación por ser más completa y beneficiosa para los trabajadores).

No nos centramos en el mismo, a pesar de que el art. 2.1 g) contempla expresamente las prestaciones por desempleo, ya que los firmantes del mismo son Estados miembros de la UE, por lo que este instrumento internacional se ha visto superado por la legislación comunitaria. Sólo los trabajadores turcos, país que suscribió este convenio, podrían verse afectados por esta regulación (ya que ni el Acuerdo de Asociación de Turquía con la UE, ni la Decisión 3/1980 CEE incluyen la contingencia de desempleo).

2. LA CONTINGENCIA DE DESEMPLEO EN LOS CONVENIOS BILATERALES DE SEGURIDAD SOCIAL

La labor más importante de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social a nivel internacional se ha producido a través de los convenios bilaterales²² que fueron los primeros instrumentos establecidos para la protección de los migrantes. Los convenios bilaterales, fruto de la negociación “cuerpo a cuerpo” de los Estados, han sido los instrumentos que producen mayor seguridad jurídica y un mayor nivel de eficacia y ello porque la mayor parte de los instrumentos multilaterales han sido adoptados con la suficiente holgura, salvo los Reglamentos comunitarios, como para que puedan adherirse al mismo o aceptarlos un conjunto importante de Estados con diferencias importantes en la configuración de sus sistemas de Seguridad Social y de sus políticas migratorias.

Los acuerdos bilaterales suponen la fórmula más adecuada para la regulación de los problemas de Seguridad Social de los trabajadores migrantes también por el hecho de que los convenios bilaterales son firmados por países que reconocen un problema de desprotección determinadas comunidades de trabajadores, bien porque son países de origen o de destino de los mismos, por lo que se ajustan perfectamente a la situación real del trasiego de migrantes entre los dos países que firman el acuerdo y de las posibles diferencias entre las legislaciones y sistemas de Seguridad Social que han de coordinarse, esto es, los motivos se encuentran en la ventaja de adaptarse perfectamente a la situación existente en cada parte contratante, facilitando el compromiso mediante una justa apreciación de las ventajas e inconvenientes recíprocos. Así puede comprenderse porque nuestro Estado, tradicionalmente un país de migrantes, donde en el momento actual emigran los mejor preparados académicamente, pero que, aun así, sigue recibiendo emigrantes de países menos prósperos tanto provenientes del continente africano como del centro y del sur de América, tiene suscritos un número elevado de convenios bilaterales (además de los Reglamentos Comunitarios que les une a otros 28 estados en Europa más los del Espacio Económico Europeo).

El contenido y estructura de los convenios bilaterales, como los de los multilaterales, apuntan siempre un mismo patrón. Respecto del contenido, aunque con variaciones en las fórmulas de desarrollo, es también similar: se recogen los principios de igualdad de trato y de conservación de derechos, y

²² Al menos en cuanto al número de los firmados y en cuanto a la efectividad real de los mismos.

otros elementos necesarios para la consecución de los mismos²³. Lo que sí es normal es que varíen en el contenido respecto de las ramas o prestaciones de la Seguridad Social a las que se destinan: así pueden observarse convenios que se refieren a todas o casi todas las ramas del sistema de Seguridad Social²⁴, convenios que sólo se refieren a la protección dispensada por el sistema por las contingencias clásicas (jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia) que generan derecho a prestaciones vitalicias y, por último, convenios que sólo se refieren a una sola prestación²⁵.

La cuestión, por lo que se refiere al objeto de este trabajo, es que la cobertura de la protección por desempleo en los convenios bilaterales es decepcionante.

De los 24 convenios bilaterales que tiene suscritos España al día de hoy, 20 no hacen referencia a dicha prestación, esto es, no la incluyen en sus catálogos. Ello no significa que, en el caso de España, cuando un nacional de tales países se encuentre trabajando y residiendo legalmente en nuestro país no pueda acceder a las mismas, como posteriormente veremos. Habría que ver en la legislación de cada país, en caso de que cubran la contingencia de desempleo, si esta misma regla se aplica a los españoles que residan y trabajen legalmente en tales países.

Son solo 4 convenios los que recogen en sus catálogos de prestaciones de forma expresa a las de desempleo: Australia, Chile, China y Corea.

En el convenio con China se recoge en el catálogo de prestaciones el “seguro de desempleo” por lo que tanto los emigrantes españoles en dicho país como los ciudadanos chinos que se encuentren en España de forma

²³ Nos referimos a:

- La determinación de la legislación aplicable (generalmente la del lugar de trabajo).
- La exportación de las prestaciones para la conservación de los derechos adquiridos.
- La totalización de los períodos de seguro y la utilización de la técnica de la prorrata para la determinación de la cuantía de las prestaciones, bien de forma principal o accesorio.
- Y, por último, la colaboración administrativa como medio de consecución de los objetivos de protección establecidos en el convenio.

²⁴ Salvo desempleo que es una prestación que en muchos ordenamientos se encuentra ligada, más que al sistema de Seguridad Social, al conjunto de políticas de empleo. No obstante, existen algunos convenios que sí recogen esta prestación.

²⁵ Son los más inusuales, España sólo tenía firmado uno, con Panamá, que se refería únicamente a las prestaciones sanitarias.

regular trabajando tendrán derecho a la protección por desempleo de la Seguridad Social. Además, al no regularse de forma específica esta prestación, la regla general indica que tales prestaciones no se reducirán ni modificarán *“únicamente por razón de que el beneficiario se encuentre o resida en el territorio de la otra Parte Contratante o en un tercer Estado”*. Ahora bien, el convenio con China tiene un enigmático final, en su art. 5, que establece que las prestaciones se abonarán *“de conformidad con lo establecido en la legislación interna”* de la parte que las abona. Si ello se entiende como una regla aclaratoria de la exportación de las prestaciones, supondría que un ciudadano chino que obtuviese esta prestación, como cualquier español beneficiario, no tendría la posibilidad de disfrutarlas fuera de España.

El convenio con Corea solo ofrece las prestaciones del seguro de desempleo para los ciudadanos españoles que trabajen en dicho país, pero no se contemplan para los ciudadanos coreanos que trabajen en España. Pero el hecho de que no se contemplen, no significa que, de conformidad con la legislación interna, los trabajadores coreanos, que hayan cotizado a la Seguridad Social española, no puedan recibirlas. De otro lado, el convenio con Corea permite de forma ilimitada la *“exportación”* de las prestaciones por desempleo que reciban los españoles, que pueden recibirlas tanto en España como en cualquier otro Estado (como indica el art. 5 del convenio bilateral).

El convenio bilateral con Australia contempla en su catálogo las prestaciones por desempleo en relación con las prestaciones que ofrece España, por lo que un ciudadano australiano que trabaje en España de forma regular y haya contribuido a la Seguridad Social podrá acceder a las prestaciones por desempleo, pero un español solo podrá acceder a las prestaciones por desempleo australianas, en caso de que las mismas existan, dependiendo de lo que diga la legislación de aquél país. Más aún, de forma expresa, el convenio bilateral con Australia, en su art. 18, permite la totalización de los períodos de cotización de ambos países cuando no se superpongan para que un ciudadano australiano pueda acceder a las prestaciones por desempleo en España, teniendo en cuenta que, como indica el art. 11 del Convenio, que *“cualquier período de residencia activa laboralmente australiana que haya cumplido el trabajador asegurado, se considerará como un período de seguro acreditado en España”*. Finalmente, este convenio impide la exportación de tales prestaciones, puesto que el art. 5 indica con claridad que las mismas *“solo se abonarán cuando los beneficiarios residan en España”*.

Finalmente, el convenio bilateral con Chile, en su art. 2, recoge en su catálogo de prestaciones la protección por desempleo, en este caso, respecto de ambos países, como en el convenio con China. El art. 32 de este convenio

indica que los trabajadores que se trasladen entre ambos países tendrán derecho a las prestaciones por desempleo previstas en la legislación del país donde residen, siempre que se den dos condiciones de forma simultánea:

- que hayan efectuado en dicho país un trabajo incluido en la protección por desempleo;
- que cumplan los demás requisitos exigidos por la legislación de ese país donde trabajan.

Las prestaciones por desempleo previstas son inexportables pues se pagarán mientras el beneficiario resida en el país en que se las ha reconocido.

3. A NIVEL EUROPEO, EN ESPECIAL, EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA²⁶

Es, sin duda, la regulación más desarrollada respecto de la protección de los trabajadores migrantes (comunitarios) en materia de desempleo.

La labor de la Unión Europea es fundamental en orden a la protección de los trabajadores migrantes en materia de Seguridad Social, pues esta es necesaria para la consecución de una de las libertades fundamentales: la de circulación de trabajadores (art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). De hecho, el art. 45 de este Tratado de Funcionamiento de la UE prevé la abolición de la discriminación basada en la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, ya que si no sería imposible conseguir la libertad de circulación de los trabajadores.

Como ya se apuntó más arriba, el Derecho Internacional coordinador es el que trata de ofrecer una solución a los problemas de Seguridad Social de los trabajadores migrantes²⁷. Y los vigentes Reglamentos comunitarios 883/2004 CE, que entró en vigor en mayo de 2010, junto con el Reglamento 987/2009 que sirve de acuerdo de aplicación, son los que vienen a cumplir esa función en el ámbito de la Unión Europea, actualizando la regulación²⁸ y

²⁶ Sobre esta cuestión, in extenso, *vid* BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. en “El régimen jurídico de las prestaciones por desempleo y cese de actividad en el España y su coordinación en el Reglamento 883/2004”, en AAVV, *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017, pp. 165 y ss.

²⁷ In extenso, *vid*. LOZANO LARES, F. en *La protección social de las personas migrantes*, Bomarzo, Albacete, 2019.

²⁸ Los primeros Reglamentos en materia de Seguridad Social establecidos por la Comunidad Europea fueron los números 3 y 4 de 1958. Con el tiempo y, sobre todo, con la importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la interpretación de tales Reglamentos, el Consejo los sustituyó por los

teniendo en cuenta no sólo los nuevos miembros de la Unión (con las peculiaridades de sus diversos o variopintos sistemas de protección social) sino también la evolución y las nuevas tendencias en la actuación protectora de los sistemas de Seguridad Social y, por supuesto, la extensa doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea referida a la interpretación de los anteriores reglamentos en la protección ofrecida a los trabajadores migrantes (y de sus familiares)²⁹ que residen o circulan dentro del espacio de la UE³⁰.

No obstante, la regulación de la coordinación de las prestaciones por desempleo es tan complicada que parece que la regulación comunitaria actual no sea la más adecuada pues se han detectado problemas diversos por la Comisión por lo que se ha previsto una modificación de los Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social de los trabajadores de la UE³¹.

3.1. LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO PARA LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA

No cabe duda que el reglamento comunitario de coordinación de los sistemas de Seguridad Social tiene un amplio ámbito objetivo que permite su aplicación a la coordinación de todas las ramas tradicionales de la Seguridad Social, ya sean contributivas o no contributivas, entre las que se encuentra, por lo que nos interesa, la protección por desempleo (ex art. 3.1 h, Reglamento CE 883/2004).

Reglamentos 1408/71 y 574/72, que fueron revisados en 1992 y posteriormente en 1997. En el momento actual, desde el 1 de mayo de 2010 en que entraron en funcionamiento, los Reglamentos Comunitarios que se encuentran vigentes son los (CE) nº 883/2004 y nº 987/2009 se aplican para la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la Unión Europea que vienen a recoger los principios generales del Derecho internacional coordinador en este ámbito. Evidentemente, el catálogo de prestaciones de tales Reglamentos es el más amplio posible y tiene que ser así para favorecer la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la UE, por lo que evidentemente incluye las prestaciones por desempleo.

²⁹ Estas normas también se aplican a los nacionales de fuera de la UE y a sus familiares y a sus supérstites que residan legalmente en la UE y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros.

³⁰ Al respecto, *vid* SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. en "Modernización y simplificación de la coordinación de los regímenes de protección social en la Unión Europea", AAVV, *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010.

³¹ Sobre el tema *vid*, GUINDO MORALES, S. en "Las prestaciones por desempleo en la propuesta de Reglamento por el que se modifican los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009", en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, ISSN 2445-3269. 2018, Vol. III, Nº 1 <http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2018.i02.03>, pp. 19-44.

De este Reglamento nos interesa su capítulo 6 referido a las prestaciones por desempleo³².

Pues bien, respecto de los ciudadanos nacionales de un Estado miembro de la UE o de Espacio Económico Europeo y sus familiares, tendrán derecho a las prestaciones por desempleo en igualdad de condiciones que los nacionales del Estado miembro donde trabajen o residan. No pudiendo verse afectadas las prestaciones por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora, salvo que el Reglamento diga lo contrario. Ello, como idea inicial, supone que el migrante comunitario podrá recibir las prestaciones por desempleo de carácter contributivo o no contributivo del Estado de la UE en el que se haya ido a residir o trabajar, desplazándose con su familia, siempre y cuando, claro está, cumpla con los requisitos exigidos en tal legislación.

Como norma general, ex art. 11.3 c) la persona que reciba una prestación por desempleo en virtud de la legislación del Estado donde resida “estará sujeta a la legislación de dicho Estado miembro”, consecuencia lógica de lo que anteriormente comentábamos de la necesidad de control del compromiso de recolocación del desempleado que obtiene dicha prestación³³. Aunque más abajo veremos que ello no es tan claro como parece.

Se prevé por el Reglamento 883/2004:

3.1.1. LA TOTALIZACIÓN DE PERÍODOS DE SEGURO O EMPLEO

La totalización de períodos de seguro o empleo (art. 61) en los casos de que la legislación de la institución competente para reconocer el derecho a la protección por desempleo exija para la adquisición, conservación, duración o recuperación del mismo el haber cubierto un período de carencia o un período de empleo, dicha institución también deberá tener en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro o empleo realizados en otros Estados miembros como si se hubiesen realizado en el país que ha de conceder la protección por desempleo. De otro lado, la institución competente para el reconocimiento de la protección por desempleo será la última donde el trabajador haya prestado sus servicios, si así lo requiere la

³² *In extenso*, véase, GARCÍA VIÑAS, J. en “Las prestaciones por desempleo de los trabajadores migrantes. Especial referencia a la coordinación comunitaria”, *Revista de Estudios Financieros* nº 296, 2007.

³³ *Vid* TRILLO GARCÍA, A.R. en “Compromiso de actividad, búsqueda de empleo en la Unión Europea y protección por desempleo”, AAVV, *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (III)*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 39 y ss.

legislación de dicho estado, demostrando períodos de seguro o empleo en dicho Estado.

Para proceder a la totalización de las prestaciones por desempleo el interesado deberá presentar ante la institución competente un documento expedido por la institución del otro Estado miembro a cuya legislación estuviera sujeto en relación con su último período de actividad laboral por cuenta ajena en el que se precisen los períodos cubiertos al amparo de dicha legislación³⁴.

3.1.2. EL CÁLCULO DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES COMUNITARIOS

Para el cálculo de las prestaciones, si en la determinación se tiene en cuenta la retribución o ingresos profesionales anteriores a la situación de desempleo, la institución competente tendrá en cuenta de forma exclusiva el sueldo o los ingresos percibidos por el solicitante con motivo de su última actividad. Incluso en los casos en los que la legislación del país competente prevea un período de referencia determinado para determinar la base reguladora de la protección por desempleo (lo que supone que, si el sujeto no ha estado todo el período de referencia, la entidad gestora de la prestación habrá de entenderlo como si lo hubiese estado).

En cualquier caso, si la legislación del Estado que concede la prestación toma como elemento para la determinación de la cuantía de las prestaciones los familiares a cargo del trabajador, también deberá tener en cuenta a los miembros de la familia del interesado que residan en otros Estado miembro, como si residiesen en el país que concede la protección por desempleo.

3.1.3. LA EXPORTACIÓN DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO

Dijimos anteriormente, que el art. 11.3 c) establecía como regla general que la persona que reciba una prestación por desempleo en virtud de la legislación del Estado donde resida “estará sujeta a la legislación de dicho Estado miembro”, ello supone, además, de una regla de determinación de la legislación aplicable, una advertencia de la dificultad de establecer el principio general de exportación de prestaciones reconocido en el art. 7 del Reglamento 883/2004³⁵. Como se dijo anteriormente, el arraigo territorial de

³⁴ Art. 54 Reglamento 987/2009.

³⁵ Debería de entenderse como regla general la exportación de todas las prestaciones, incluidas en el campo de la legislación de Seguridad Social española, que integran la protección por desempleo incluso las especiales como puede ser la renta activa de inserción, ya que no debería entenderse como prestación especial no contributiva (y (...))

las prestaciones por desempleo, por la necesidad de control por parte de la entidad pagadora, es lo que limita temporalmente el régimen de exportación de las prestaciones y lo sujeta a exigentes requisitos.

Podemos distinguir dos situaciones que tienen relación con la protección por desempleo y la residencia del beneficiario.

3.1.3.1. DESPLAZAMIENTO A OTRO ESTADO DE LA UE DE UN BENEFICIARIO DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO “PARA BUSCAR TRABAJO”

Podrá conservar su derecho a prestaciones siempre que cumpla una serie de requisitos³⁶:

- la persona desempleada deberá haberse registrado como demandante de empleo antes de su salida del país y haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente durante al menos cuatro semanas desde el inicio de su situación de desempleo, salvo que medie autorización expresa para salir antes de ese plazo por parte de la entidad gestora competente.
- la persona desempleada deberá, en los 7 días siguientes a la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del país que abona la prestación³⁷, registrarse como demandante de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro al que se haya trasladado, someterse al procedimiento de control organizado en éste y cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro.

por ello inexportable), a pesar de que el Servicio Público de Empleo Estatal, encargado de las políticas pasivas por desempleo, en un criterio economicista, las entiende como especiales no contributivas y, por tanto, no exportables. Sobre el tema, y compartiendo las tesis planteadas, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “La exportación de la Renta Activa de Inserción ¿Buena práctica legislativa? en *Buenas prácticas jurídicas procesales para reducir el gasto social (III)*, Ramírez Bendala (Directora), Laborum, Murcia, 2015, p. 69 y ss.

³⁶ Sobre el tema *vid*, ARETA MARTÍNEZ, M. en “Coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social y exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación del Reglamento (CE) núm. 83/2004”, en AAVV, *El futuro europeo de la protección social*, Murcia, Laborum, 2010.

³⁷ En casos excepcionales, los servicios o instituciones competentes podrán prorrogar este plazo.

- el interesado conservará el derecho a las prestaciones durante un período de tres meses (pudiendo por la entidad responsable ampliarse a 6 meses o mejorarla de la forma que estime oportuno) a partir de la fecha en que haya salido del Estado que las abona. En ningún caso, la búsqueda de trabajo en otro país de la UE no supondrá alargar la duración de las prestaciones concedidas.
- las prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución competente con arreglo a su legislación interna.
- en caso de que el interesado regresara al Estado que le abona las prestaciones antes de la fecha o en la fecha de finalización del período en que tenga derecho a recibirlas fuera del territorio nacional (o del que efectiva y excepcionalmente se le haya permitido por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo), continuará en la percepción de las mismas si tuviese derecho. Caso contrario, perderá todo derecho a prestaciones salvo que la legislación del país que se las abone sea más favorable.

Para ello, el desempleado beneficiario de la protección por desempleo que vaya a desplazarse a otro Estado miembro informará a la institución competente antes de su partida y le pedirá un documento que acredite que sigue teniendo derecho a las prestaciones en las condiciones establecidas³⁸. Este documento habrá de presentarlo en el servicio de empleo del país donde se desplace a buscar trabajo, en caso de que no lo haga la institución de país donde se busca empleo pedirá a la que abona las prestaciones la información necesaria.

Evidentemente, el servicio de empleo del país donde se ha desplazado informará al trabajador que se ha desplazado para buscar empleo de todas

³⁸ Ex art. 55 del Reglamento 987/2009, la institución que abona las prestaciones por desempleo, antes de la situación de exportación de tal prestación para la "búsqueda de empleo", informará al beneficiario de las obligaciones que le afectan y le transmitirá dicho documento, en el que figurarán:

- a) la fecha en que el desempleado ha dejado de hallarse a disposición de los servicios de empleo del Estado competente;
- b) el plazo concedido para la inscripción como demandante de empleo en el Estado miembro al que el desempleado se haya desplazado;
- c) el período máximo durante el cual puede conservarse el derecho a las prestaciones;
- d) los hechos que puedan modificar el derecho a las prestaciones.

las obligaciones que haya de cumplir al respecto y habrá de remitir a la institución del Estado que abona las prestaciones del demandante de empleo un documento en el que “conste la fecha de inscripción del desempleado en los servicios de empleo y su nuevo domicilio” (ha de recordarse que el trabajador, como regla general, tenía como máximo 7 días para realizar esta inscripción desde el momento en que se le autoriza a exportar sus prestaciones). Además, y esto es de suma importancia, si durante el período de obtención de la prestación que ha sido exportada se produjera “cualquier circunstancia que pudiera afectar al derecho a dichas prestaciones” (por ejemplo, encontrar un trabajo), el servicio de empleo del país de acogida informará inmediatamente a la institución que abona la protección por desempleo (y al interesado) a través de un documento que recoja la información pertinente.

3.1.3.2. PERSONAS DESEMPLEADAS QUE RESIDEN EN UN ESTADO MIEMBRO DISTINTO DEL ESTADO MIEMBRO COMPETENTE (ART. 65 REGLAMENTO 883/2004)

Acabamos de ver que para los trabajadores migrantes ordinarios (los que trasladan su residencia al país que le acoge para realizar una actividad laboral) los Reglamentos de coordinación ha establecido medidas (muy limitadas y con muchos requisitos) para que no pueda afectarse al derecho a la libre circulación. Pero la cuestión se complica con los trabajadores, fronterizos o no, que tienen disociado el país donde trabajan del país donde residen.

En este grupo podemos encontrar dos tipos de trabajadores: fronterizos y no fronterizos.

A) Trabajadores fronterizos

A efectos de la legislación coordinadora de la UE de los sistemas de Seguridad Social, ex art. 1 f) del Reglamento 883/2004, se entiende trabajador fronterizo a aquél que realice una actividad por cuenta ajena (o propia) en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o, al menos, una vez por semana³⁹. Además, este trabajador durante todo el período de empleo ha de conservar su residencia fuera del país de empleo (si cambia su residencia al país de empleo dejará de considerarse como fronterizo)⁴⁰.

³⁹ Vid en tal sentido también la STJCE de 22 de septiembre de 1988 (Asunto Bergemann).

⁴⁰ Si un trabajador de un Estado traslada su residencia a un país de la UE vecino y continúa trabajando en el país donde residía anteriormente se convertiría en trabajador fronterizo.

El emigrante “común” abandona por completo su país de origen para residir en el de acogida, donde pretende realizar su actividad laboral o profesional. El caso del trabajador fronterizo es distinto puesto que mantiene vínculos con dos Estados, donde trabaja y donde reside, por lo que justifica el que se establezcan reglas especiales para este colectivo⁴¹ y también por la búsqueda de una protección más apropiada por dicha disociación entre su centro de vida laboral y su centro de vida familiar⁴².

Independientemente de que a los mismos se les puedan aplicar las reglas generales del Reglamento 883/2004 para la coordinación de las prestaciones por desempleo (totalización de períodos, exportación de prestaciones o reglas de cálculo), se establecen reglas especiales para este tipo de trabajadores.

Dentro de este colectivo podemos encontrar dos situaciones:

a) Situación de desempleo parcial o intermitente⁴³ de un trabajador que durante su último período de actividad por cuenta ajena haya residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente⁴⁴ o sea del país donde desarrollan su actividad laboral. En tal caso, deberán ponerse a disposición de su empresario o de los servicios de empleo del Estado miembro al que corresponda el pago de la prestación.

En este caso, se entenderá como si tales trabajadores residieran en dicho Estado, por lo que recibirán prestaciones con arreglo a su legislación

⁴¹ En este mismo sentido, MELLA MENDEZ, L. en “La prestación por desempleo en el Derecho social comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* nº 77, 2008, p. 33.

⁴² Como indica MIRANDA BOTO, J.M. en “Los trabajadores fronterizos en el Reglamento (CEE) num. 1408, en AAVV, Dir. Areta Martínez y Sempere Navarro, *Cuestiones actuales sobre derecho social comunitario*, Laborum, Murcia, 2009.

⁴³ Será parcial cuando el trabajador fronterizo pierda un trabajo a tiempo completo y en ese mismo estado donde trabaja sea contratado a tiempo parcial por otro empresario (*vid* STJUE de 5 de febrero de 2015 Asunto Mertens). Será intermitente en los casos de una suspensión de la actividad laboral, pero con la posibilidad de reincorporarse en cualquier momento nuevamente a su puesto de trabajo en esa empresa.

⁴⁴ La situación de desempleo parcial o intermitente no es una cuestión que se base en derecho nacional, según la Decisión de 12 de junio de 2009 la Comisión Administrativa de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social resolvió que la determinación de la naturaleza del desempleo dependería de la existencia o del mantenimiento del vínculo contractual laboral entre las partes y no de la duración de la suspensión de la actividad. Como es conocido, esta decisión tiene su origen en la STJCE de 15 de marzo de 2001, Asunto Laati que vino a expresar la competencia comunitaria para la definición de los criterios comunes y uniformes para lo que hubiera de entenderse como paro “parcial” o “total”.

que serán abonadas por la entidad gestora de dicho Estado. En esta situación se sigue la regla general, el pago de la prestación es por la entidad del país en el que ha trabajado.

b) Situación de desempleo total⁴⁵ de un trabajador que durante su último período de actividad por cuenta ajena haya residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y siga residiendo en dicho Estado miembro o regrese a él.

Se produce una excepción a la regla general de la aplicación de la *lex loci laboris*⁴⁶. Así, en este caso de desempleo total quien habrá de abonar las prestaciones será la entidad gestora del país de residencia de conformidad con su legislación interna en materia de protección por desempleo y a su cargo, entendiéndose la ficción de que los trabajadores beneficiarios han estado sujetos a su legislación durante su último período de actividad por cuenta ajena⁴⁷. Este cambio parece fundamentarse en los estrechos vínculos que se presume que el fronterizo mantiene con su Estado de residencia, aunque esta solución no es “en absoluto neutra para los trabajadores fronterizos, pues normalmente la emigración se produce de Estados menos desarrollados a más desarrollados, cuyos salarios y sistemas de Seguridad Social suelen ser más generosos”⁴⁸, lo que podría perjudicarles.

Estos trabajadores fronterizos habrán de ponerse a disposición de los servicios de empleo del país donde residen. Ello se justifica en el mejor control antifraude del desempleado y para el control de la motivación a la búsqueda de empleo. Además, como medida complementaria, podrán ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro en que haya transcurrido su último período de actividad por cuenta ajena⁴⁹, a

⁴⁵ Será total cuando el trabajador ya no tenga vínculo laboral alguno en el Estado donde venía trabajando. En este caso, se entiende que habrán de estar sometidos a la normativa del Estado miembro en cuyo territorio residen puesto que se presume que el trabajador en el lugar de residencia disfruta de condiciones más favorables para encontrar un nuevo empleo, STJUE de 5 de febrero de 2015, Asunto Mertens.

⁴⁶ Vid STJUE de 11 de abril de 2013, en el Asunto Jeltes.

⁴⁷ El hecho de recibir la prestación por desempleo por parte de la entidad gestora del país de residencia no supone perder la condición de trabajador fronterizo, como indica la STJCE de 15 de octubre de 1991, en el Asunto Desse.

⁴⁸ Como indica CARRASCOSA BERMEJO, D. en “Buenas prácticas respecto de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos en los reglamentos de coordinación de la UE”, AAVV *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (III)*, Dir. Ramírez Bendala, Laborum, Murcia, 2015, p. 27

⁴⁹ Indica el art. 65.3 que deberán registrarse como demandantes de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro en que residan, someterse al procedimiento

efectos de políticas activas de empleo. Por supuesto, en este caso, el Reglamento 987/2009 desarrolla esta cuestión, así como las condiciones de intercambio de información, cooperación y asistencia recíproca entre las instituciones y servicios del Estado miembro competente y del Estado miembro en el que haya transcurrido su último período de actividad. Pero lo cierto es que el resultado no es el esperado puesto que siguen existiendo importantes trabas administrativas para poder inscribirse en las oficinas de empleo de un país en el que no se reside o no se tiene un domicilio estable, requisitos que pueden ser contrarios a la libre circulación de los trabajadores⁵⁰. Pero es que más aún ha llegado a decirse, quizás con cierta lógica, que *“el incumplimiento de obligaciones o actividades de búsqueda de empleo en el Estado miembro que no abona las prestaciones no afectará a las prestaciones concedidas por el Estado miembro de residencia, siendo preponderantes las del Estado miembro que abone las prestaciones”*⁵¹.

Para el cálculo de las prestaciones, en su caso, ex art. 62.3 del Reglamento 883/2004, la institución del lugar de residencia tendrá en cuenta la retribución o los ingresos profesionales del interesado en el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto durante su última actividad por cuenta ajena o propia, con arreglo al Reglamento de aplicación⁵². Ex art. 55 del Reglamento 987/2009, ello supone, en primer lugar, que la entidad gestora de la prestación por desempleo (o a quien orgánicamente le corresponda) del país en el que se trabajó deberá comunicar a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo del país de residencia, previa solicitud de esta, todos los datos necesarios para calcular las prestaciones, en especial, el importe de los salarios percibidos; en este caso, ha de tenerse en cuenta que el Estado de residencia puede tener topadas las cuantías

de control organizado en éste y cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro. Si optaran asimismo por registrarse como demandantes de empleo en el Estado miembro en el que haya transcurrido su último período de actividad por cuenta ajena, deberán cumplir los requisitos aplicables en dicho Estado miembro.

⁵⁰ Vid STJUE de 13 de diciembre de 2012, Asunto Caves Krier Frères.

⁵¹ Así lo indica BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. en “El régimen jurídico de las prestaciones por desempleo y cese de actividad en el España y su coordinación en el Reglamento 883/2004”, op. cit., p. 180.

⁵² El art. 54.2 Reglamento 987/2009 indica que para este caso, la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeta la persona interesada con respecto a su última actividad comunicará sin demora a la institución del lugar de residencia, a solicitud de esta, todos los datos necesarios para calcular las prestaciones por desempleo que puedan obtenerse en el Estado miembro en el que esté situada y, en particular, el importe del salario o de los ingresos profesionales percibidos.

máximas de las prestaciones por desempleo, por lo que si el fronterizo tenían salarios muy altos en el otro país puede verse perjudicado. Y, en segundo lugar, habrá de tenerse en cuenta también a los miembros de la familia del interesado, aunque residan en otro Estado miembro⁵³.

Aunque es la entidad gestora del país de residencia quien abona las prestaciones por desempleo total, como se ha dicho, de conformidad con el art. 65.6 Reglamento 883/2004, la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar reembolsará a la institución del lugar de residencia el importe total de las prestaciones facilitadas por esta última institución, durante los 3 primeros meses (que podrán ampliarse a 5 meses)⁵⁴. En cualquier caso, el importe del reembolso durante este período no podrá superar el importe que se hubiera de pagar, en caso de desempleo, con arreglo a la legislación del Estado de residencia, lo que puede suponer, en la mayor parte de los casos, un beneficio para los Estados de empleo al ahorrar en la cuantía de las prestaciones a abonar⁵⁵. Pudiendo los Estados de la Unión Europea llegar a acuerdos particulares sobre la forma del reembolso o renunciar al mismo.

b) Trabajadores que trabajan en un país de la UE o del EEE y Suiza, pero residen en otro país europeo comunitario (no fronterizos).

Son aquéllos trabajadores que no pueden entenderse como fronterizos ya que a pesar de trabajar en un Estado y residir en otro, el regreso a su país de residencia no se hace, al menos, semanalmente.

Se podrían dar dos situaciones:

- En caso de que los trabajadores en situación de desempleo total que no regresen a su Estado miembro de residencia, se pondrán a disposición de

⁵³ En este caso, para evitar la acumulación de prestaciones, no se tendrán en cuenta los miembros de la familia si en el Estado donde residen otra persona tiene derecho a prestaciones por desempleo para cuyo cálculo se hayan tomado en consideración. Sobre el tema, nuevamente, CARRASCOSA BERMEJO, D. en "Buenas prácticas respecto de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos en los reglamentos de coordinación de la UE", p. 35.

⁵⁴ Dicha ampliación a 5 meses ocurrirá cuando el interesado haya completado, en los 24 meses anteriores, períodos de actividad por cuenta ajena por un total de al menos 12 meses en el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar, cuando dichos períodos puedan tenerse en cuenta para generar un derecho a prestaciones de desempleo (art. 65.7 Reglamento 883/2004)

⁵⁵ En sentido parecido, CARRASCOSA BERMEJO, D. en "Buenas prácticas respecto de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos en los reglamentos de coordinación de la UE", op. cit., p. 27.

los servicios de empleo del Estado donde realizaron la última actividad laboral que es origen del derecho a las prestaciones por desempleo (art. 65.2 segundo párrafo Reglamento 882/2004). El cual se las tendrá que abonar mientras se encuentren en su territorio.

- En caso de que estos trabajadores regresen a su país de residencia recibirán prestaciones con arreglo a la legislación del país de residencia “como si hubieran estado sujetas a la legislación de éste durante su último período de actividad”, siendo las mismas otorgadas por dicho país.

Con todo, si a tales trabajadores se les hubieran concedido prestaciones a cuenta de la institución competente del Estado en el que haya trabajado en último lugar, cuando regresen a su estado de residencia (siempre que sea de la UE, EEE o Suiza) recibirán prestaciones por desempleo como “si fuera un desplazado en búsqueda de empleo”, con los requisitos que para dicha situación se han comentado más arriba, suspendiéndose las posibles prestaciones por desempleo que correspondieran en el país de residencia mientras recibe las que se están exportando (que como se recuerda, la regla general eran 3 meses).

En tales casos, ha de aclararse que efectivamente los tres primeros meses (pudiendo ampliarse a 5 meses como se explicó respecto de los trabajadores fronterizos, ex art. 65.6 y 7 Reglamento 883/2004) corresponden a la entidad del país donde se trabajó en último lugar, pero cuando se acaben tendría derecho a las que le correspondiera en el país de residencia, pero su periodo de percepción se “deducirá” el período de percepción de prestaciones por desempleo abonado por el país donde estuvo trabajando.

3.2. LAS PRESTACIONES POR CESE DE ACTIVIDAD O PRESTACIONES POR DESEMPLEO PARA LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA⁵⁶

No todos los países de la Unión Europea prevén en sus legislaciones de Seguridad Social la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta propia, algo que además, como ya se apuntó, se recoge de forma explícita en el Considerando cuarto de adopción del Reglamento 883/2004, en el que se reconoce como factible la disparidad y falta de armonización de las legislaciones de Seguridad Social de los distintos Estados miembros de la Unión Europea ya que han de respetarse “las características especiales de las legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social”.

⁵⁶ Sobre esta cuestión véase, in extenso, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. “La totalización de períodos de seguro de los trabajadores autónomos comunitarios para el acceso a la protección por cese de actividad en España”, en AAVV, *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017, pp. 259 y ss.

En las tablas comparativas del MISSOC⁵⁷, puede verse como son pocos Estados de la UE los que cubren la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta propia⁵⁸.

Pues bien, a efectos de la regulación comunitaria de coordinación, “actividad por cuenta propia”, es aquella actividad o situación asimilada que se considere como tal a efectos de la legislación de la Seguridad Social del Estado miembro en el que se ejerza dicha actividad, ex art. 1 b) del Reglamento CE 883/2004. Por lo que, para nuestro caso, el de la legislación española habrá de acudirse a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo para entender que es un trabajador por cuenta propia o autónomo.

Podemos decir que en la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta propia son aplicables la mayoría de las reglas establecidas para la coordinación de las prestaciones por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena establecidas en los artículos 61 a 65, del capítulo 6 del Reglamento 883/2004.

Vamos a centrarnos en las dos diferencias más importantes respecto de la protección por desempleo para los trabajadores por cuenta ajena.

⁵⁷ Consultadas a mediados de mayo de 2019, en <http://www.missoc.org/MISSOC/INFORMATIONBASE/COMPARATIVETABLES/MISSOCDATABASE/comparativeTableSearch.jsp>

⁵⁸ Alemania (con carácter voluntario pero solo para autónomos con una dedicación superior a 15 horas semanales y también podrían incluirse como beneficiarios de la protección básica en caso de necesidad para demandantes de empleo, que podrían ser anteriormente trabajadores autónomos que hubieran cesado de su actividad); Austria (a modo de seguro voluntario); Croacia; España; Finlandia (de dos formas, protección básica o general y protección contributiva relacionada con rentas de sustitución de ganancias); Hungría; Irlanda; Luxemburgo; Portugal (para algunas categorías de trabajadores autónomos o emprendedores, entre los que se incluye a los que en equivalencia en España sería los TRADE); Rumanía (incluye también a los cónyuges que colaboren con el trabajador autónomo); Eslovenia (con carácter de seguro obligatorio incluye la protección por desempleo de los trabajadores autónomos). Hay países que no lo indican expresamente, y es complicado deducirlo de lo que exponen respecto de los sujetos cubiertos por la protección de desempleo del sistema de Seguridad Social: Letonia (quizás a través de aseguramiento voluntario, aunque los datos no se explican con claridad); Eslovaquia (quizás a través de aseguramiento voluntario, aunque los datos no se explican con claridad); Suecia (no lo indica con claridad, pero parece estar incluidos en la protección básica); Holanda (no se indica con claridad, pero podrían incluirse de forma excepcional en el seguro voluntario).

3.2.1. TRABAJADORES AUTÓNOMOS FRONTERIZOS

También se regula la protección por desempleo de los trabajadores autónomos fronterizos en situación de desempleo total o parcial o intermitente, en sentido parecido que para los trabajadores por cuenta ajena.

No obstante, en esta situación si se marcan algunas diferencias. La regla general es que un trabajador fronterizo en situación de desempleo total puede ponerse a disposición de los servicios de empleo tanto de su país de residencia como del último Estado miembro en el que haya trabajado. No obstante, solo ha de tener derecho a recibir prestaciones del Estado miembro en el que reside.

Pero el art. 65 bis del Reglamento 883/2004 establece especiales disposiciones para los trabajadores por cuenta propia "fronterizos" en situación de desempleo total "en caso de que el Estado miembro de residencia carezca de un sistema de prestaciones de desempleo para trabajadores por cuenta propia". Lo cual puede ser algo bastante común por el reducido número de Estados de la UE que contemplan la protección por desempleo de los trabajadores autónomos. Así, en este caso, la entidad gestora del país de residencia, que es la que debería de abonar las prestaciones, ha de notificar a la entidad gestora o responsable de la gestión de la protección por desempleo del país donde se estuvo realizando la actividad profesional por cuenta propia que dicho trabajador no tiene la posibilidad de estar cubierto por su sistema.

La regla general de los trabajadores fronterizos en este supuesto se invierte ya que no es el país de residencia quien abonará la prestación sino el Estado a cuya legislación haya estado sujeto en la realización de su actividad por cuenta propia.

Por ello, para poder acceder a la protección por desempleo el trabajador fronterizo por cuenta propia que ha cesado en su actividad habrá de registrarse en los servicios de empleo del Estado miembro en el que haya ejercido su último período de actividad como trabajador por cuenta propia y ponerse a disposición de los mismos, y continuar cumpliendo los requisitos que establezca la legislación de este último Estado miembro cuando solicite las prestaciones⁵⁹. Si el trabajador autónomo o por cuenta propia en desempleo total, tras haberse registrado en el correspondiente servicio de empleo, no desea estar o mantenerse disponible para los servicios de empleo del Estado que le abona su protección por desempleo y desee buscar trabajo

⁵⁹ Independientemente de que también puede, como medida complementaria, señalar su disponibilidad a los servicios de empleo del Estado miembro de residencia.

en su país de residencia, se aplicarían las reglas previstas para la exportación de prestaciones por desempleo (salvo la necesidad de haber estado inscrito 4 semanas) de los beneficiarios que desean buscar trabajo en otro país.

3.2.2. EN ESPECIAL, LA COMPLEJA TOTALIZACIÓN DE PERÍODOS PARA EL ACCESO A LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO O CESE DE ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA

Afortunadamente el déficit más importante en la regulación de la prestación por cese de actividad ha sido superado con la DF 2ª del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo: la protección por cese de actividad ya no es voluntaria, sino obligatoria. De hecho, la nueva redacción del art. 327.1 LGSS indica que el sistema específico de protección por el cese de actividad forma parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, “es de carácter obligatorio”.

Pues bien, ha de recordarse que son solamente once los Estados de la Unión Europea que contemplan la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta propia, de ellos algunos, por ejemplo, Alemania o Austria, la contemplan como una protección “voluntaria”. Ello produce una doble situación:

- De un lado, en caso de que el trabajador migrante autónomo (al que se le aplique el reglamento comunitario) provenga de un Estado en el que se establece la cobertura por desempleo de los trabajadores autónomos con carácter obligatorio, y se instaure como trabajador por cuenta propia en España, los períodos de seguro realizados en la condición de trabajador por cuenta propia en el país de origen (o en cualquier país donde haya trabajado que contemple la cobertura obligatoria) habrán de tenerse necesariamente en cuenta por los órganos gestores españoles.
- De otro lado, en caso de provenir de un Estado en el que ha trabajado por cuenta propia cuya legislación previera la cobertura voluntaria de desempleo para los trabajadores autónomos, en nuestro país solo podrá tenerse en cuenta la actividad por cuenta propia en dicho país si el trabajador autónomo, que ahora se instaure en España, eligió cubrir la contingencia por desempleo. En caso contrario, al no haberse cubierto voluntariamente por la contingencia de desempleo para trabajadores autónomos en el país de procedencia, no podrá totalizarse o tenerse en cuenta el período trabajado por cuenta propia en dicho país.

Así, a los trabajadores por cuenta propia que trabajan en alguno de los pocos Estados de la UE que prevén la protección por desempleo (en el caso de nuestro país llamada “cese de actividad” como se sabe) tendrán derecho a la totalización de períodos de actividad por cuenta propia en la medida necesaria para acceder a las prestaciones, pero nunca se tendrán en cuenta los períodos de residencia. Aunque la norma permite, en caso de que la legislación de un Estado así lo prevea, como es la española, el que no se acumulen períodos de seguro o empleo en un Estado con períodos de actividad por cuenta propia.

En definitiva, que el acceso a la protección por cese de actividad en España de un autónomo es complicado, complicación que se magnifica cuando se trata de un trabajador autónomo migrante incluido en el campo de aplicación del Reglamento CE 883/2004. No es imposible la obtención de la prestación por cese de actividad de trabajador migrante comunitario, pero son demasiados los obstáculos establecidos para poder acceder a la misma.

ASISTENCIA SANITARIA Y MIGRANTES

CARMEN JOVER RAMÍREZ

PROFA. DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN	67
II. LA DISCUTIDA UNIVERSALIDAD DE LA ASISTENCIA SANITARIA.....	69
III. LOS MIGRANTES COMO TITULARES DE LA ASISTENCIA SANITARIA.....	73
1. El derecho a la asistencia sanitaria de los nacionales de un Estado miembro de la UE en otro Estado miembro de la UE.....	75
2. El derecho a la asistencia sanitaria en un Estado no miembro de la Unión Europea.....	81
2.1. Andorra.....	81
2.2. Países Iberoamericanos.....	82
2.3. Marruecos y Túnez.....	85
3. El derecho a la asistencia sanitaria en supuestos especiales.....	88
3.1. Extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España.....	88
3.2. Víctimas de trata de seres humanos en periodo de restablecimiento y reflexión y colaboración contra redes organizadas.....	89
3.3. Apátridas y refugiados.....	90
IV. LAS REPERCUSIONES ECONÓMICAS DE LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA POR ESPAÑA A NO NACIONALES.....	91
V. CONCLUSIONES	95

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 43 de la Constitución española de 1978 reconoce el derecho a la protección de la salud. De conformidad con lo previsto en dicho artículo, compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública, a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios; remitiendo a la ley, el establecimiento de los derechos y deberes de todos al respecto. Harto ha sido discutido y continúa siéndolo, la consideración de dicho derecho como derecho fundamental de la persona, tal y como lo avalan multitud de normas internacionales. Si bien, no olvidemos que dicho

precepto se incluye dentro de los principios rectores de la política social y económica, y que, pese a la relación directa o indirecta que dicho derecho pueda tener con el derecho a la dignidad de la persona, a la vida y a la integridad física consagrados respectivamente en los artículos 10 y 15 de la Constitución y que, por ende, pueden llevar a afirmar la necesidad de reconocer la universalidad de dicho derecho, el derecho a la protección a la salud sigue necesitando, conforme a lo señalado en el artículo 53.3 de nuestra norma Suprema, el desarrollo legislativo del mismo.

Resulta baladí reseñar el importante papel, por no decir casi el único, que juega en dicha protección, la asistencia sanitaria; entendida esta, en un amplio sentido, como el conjunto de prestaciones, instrumentos, medios, acciones etc.... conducentes a conservar o restablecer la salud de un sujeto. El derecho a la protección de la salud debería llevar aparejada la titularidad de todas aquellas medidas, acciones, prestaciones etc....que coadyuvaran a conservar y recuperar un estado de salud pleno, entendida la salud, tal y como señala la OMS, como *“un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”*¹. Es por ello que, derecho a la protección de la salud y derecho a la asistencia sanitaria son dos conceptos imposibles de entender el uno sin el otro, llegando incluso a poder subsumirse uno dentro de otro.

No obstante, la utopía de dicha plenitud y universalidad, evidentemente por todos deseada en aras de la justicia social y del sentido de humanidad, viene condicionada por la realidad de lo normativamente previsto en los ordenamientos jurídicos vigentes, concretamente y por lo que aquí nos ocupa, en el ordenamiento Jurídico español. Si hay una cuestión que ha constituido, constituye y constituirá el centro del debate y la discusión política, social y económica, no es otra que la delimitación de los posibles beneficiarios de dicha atención. La asistencia sanitaria “debería” ser universal, atender a toda aquella persona que en cualquier momento de su vida pudiera requerir la misma, sin poner condicionante alguno a recibir dicha atención, entre ellos, condicionantes de carácter económico. Sin embargo, dicha prestación requiere un sustento económico, lo que se encuentra pues con la necesidad de su financiación y la necesidad de establecer prioridades cuando la limitación económica lo reclama. No obstante, no deja de ser discutible la posible admisión de dicha justificación económica como limitativa de derechos de la índole del que nos ocupa,

¹ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 22 de julio de 1946, Acceso el 17 de junio de 2019, https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

entendiéndose por algún sector de la doctrina la inadmisibile aceptación de aquella como razón argumentativa para limitar el acceso a la protección de la salud a toda persona que lo requiera².

Dicha universalidad ha sido sometida en nuestro país, y así sigue siéndolo, a un continuo vaivén legislativo, que ha tenido su más reciente manifestación en el R.D. Ley 7/2018, de 27 de julio sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud³. Es pues necesario conocer el *Iter* de dicha universalidad y así conocer cuál es la situación al respecto en el Estado español.

II. LA DISCUTIDA UNIVERSALIDAD DE LA ASISTENCIA SANITARIA

La reciente reforma introducida por el R.D. Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud vuelve a poner en jaque la tan traída y llevada universalidad de la asistencia sanitaria. El Preámbulo de dicho RD. Ley utiliza el término “ciudadanía” para referirse a la necesaria protección efectiva de la salud, recalcando que, como derecho inherente que es a todo ser humano, no cabe elemento discriminatorio alguno. Así, la noción de ciudadano refuerza la idea de universalidad del derecho a la asistencia sanitaria, desapareciendo, aunque no de modo absoluto, el concepto de asegurado y beneficiario⁴.

En dicho preámbulo, se hace una mención expresa a colectivos especialmente vulnerables, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España. Es a esta finalidad de universalidad a la que responde la modificación realizada por este RD. Ley en los artículos 3, 3 bis y 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud⁵, en cuanto a la amplitud de los titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria.

² LÓPEZ INSÚA, B.M. “La recuperación de la universalidad de la asistencia sanitaria tras el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio”, *Revista Jurídica de los derechos sociales*, Lex Social, Vol.9, nº 1, (2019): 299.

³ Real Decreto Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud (*BOE* núm. 183 de 30 de julio de 2018).

⁴ LOMAS HERNÁNDEZ, V. “Comentario de urgencia sobre el RD ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud: principales novedades”, *Aranzadi digital*, nº 1, (2018): 2.

⁵ Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (*BOE* nº 128 de 29 de mayo de 2003).

No obstante, esa pretendida universalidad ha quedado postergada al correspondiente desarrollo reglamentario previsto en el propio articulado, al señalar la D.T. 2ª del propio R.D. Ley que *“en tanto que no entre en vigor el reglamento previsto en el artículo 3 bis.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, se mantendrán los procedimientos vigentes y las bases de datos existentes antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley”*. Ello se traduce en que, a la fecha de este estudio, continúa vigente la redacción anterior dada a dichos preceptos por el R.D. Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones⁶.

Dada la dicotomía existente entre la legislación promulgada y la vigente, entendemos necesario realizar el análisis de lo qué es así como de lo qué probablemente será. Es ello, quizás, la mejor forma de buscar una solución satisfactoria a todos los intereses y necesidades demandadas.

La nueva redacción que el RD. Ley 7/2018, de 27 de julio da al artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, supone consagrar como titulares del derecho a la asistencia sanitaria a todas las personas con nacionalidad española así como a las personas extranjeras que tengan su residencia en el territorio español. Con ello, nacionalidad y residencia siguen siendo dos criterios claros a la hora de reconocer dicho derecho.

Junto a ello, se reconoce dicho derecho a quienes, estando en el ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios en la materia o de los Convenios bilaterales que comprendan dicha asistencia, se desplacen temporalmente a España. El legislador también hace referencia en estos supuestos al hecho de tener residencia en España, supuesto que sin embargo hemos de entender también comprendido en el general previsto en el primer párrafo; salvo que, pueda entenderse que se incluye dicha mención para identificar que la misma será establecida conforme a lo que dicten dichas disposiciones. Opción esta que no será la que corresponda a extranjeros residentes no incluidos en el ámbito de aplicación de dichas disposiciones comunitarias e internacionales.

La protección a la salud y asistencia sanitaria a los sujetos señalados se hará efectiva con cargo a los fondos públicos siempre que los mismos se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: a) tengan la nacionalidad española y residencia habitual en España; b) tengan reconocido el derecho a la asistencia sanitaria por cualquier otro título, aunque no residiendo

⁶ Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE núm. 98 de 24 de abril de 2012).

habitualmente en España siempre que no exista un tercero obligado al pago y c) a quien, siendo extranjero y residiendo legal y habitualmente en España, no tiene la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.

Como puede verse el legislador incurre en cierta complejidad a la hora de determinar los supuestos enunciados, siendo quizás necesario clarificar estos en atención a la exigencia o no de la residencia legal como requisito, evitando la repetición y confusión generada ante la exigencia de dicha residencia en supuestos distintos que podrían ser encuadrados en un único criterio común, sin residencia legal o con dicha residencia legal⁷.

Ahora bien, el no tener derecho a la asistencia sanitaria con cargos a fondos públicos, no significa que no se pueda ser destinatario de la misma ya que podrán igualmente obtener dicha prestación quienes no sean titulares de la misma conforme a lo indicado, mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.

Por su parte, en lo que concierne a la protección a la salud y a la atención sanitaria de las personas extranjeras que, encontrándose en España, no están registradas ni tienen su residencia legal en España, es decir, el colectivo de los llamados “inmigrantes irregulares”, se disponen como requisitos para poder acceder a dicha asistencia con cargo a los fondos públicos los siguientes: que no se tenga la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto por el derecho de la Unión europea, convenios bilaterales y demás normativa aplicable; que no se pudiera exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia y que no exista un tercero obligado al pago. Debiendo concurrir así pues todos y cada uno de los señalados requisitos para que pueda otorgarse dicha protección y por ende, la asistencia sanitaria.

Ahora bien, el mismo artículo 3.ter, en virtud de lo previsto en su apartado 2, viene a establecer que lo señalado no genera un derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español con cargo a los fondos públicos; ello, sin perjuicio, de lo que pudiera señalarse en las normas internacionales que resulten aplicables en materia de Seguridad Social.

⁷ En este sentido, Lomas Hernández, quien señala “la cierta esquizofrenia” en la que incurre la norma; “Comentario de urgencia sobre el RD. Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud: principales novedades”, 4.

Como puede contemplarse, desaparece el concepto de asegurado y beneficiario en la nueva redacción del artículo 3 de la Ley 16/2003, a la hora de delimitar quienes tienen la condición de beneficiarios de la protección a la salud y asistencia sanitaria. Sin embargo, la desaparición de dichos conceptos no es absoluta sino que los mismos siguen manteniéndose a los efectos de lo previsto en la normativa comunitaria e internacional así como en la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios⁸ (Disposición adicional única RD. Ley 5/2018, de 27 de julio).

Junto a la delimitación de los titulares del derecho, la modificación normativa supone igualmente un cambio en los órganos competentes. A tal efecto, la modificación del artículo 3 bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo supone que el reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a los fondos públicos corresponda al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar; contando para ello con la colaboración de las entidades y administraciones públicas que resulten imprescindibles para comprobar la concurrencia de los requisitos que permitan determinar si se es o no titular del derecho de asistencia sanitaria con cargo a los fondos públicos; manteniéndose la competencia del INSS para la gestión de derechos derivados de las normas internacionales de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Una vez reconocido el derecho, el mismo se hará efectivo por las administraciones competentes que serán quienes faciliten dicho acceso mediante la expedición de la correspondiente tarjeta sanitaria individual. Previéndose la colaboración entre el Ministerio, los órganos competentes en materia de extranjería y las entidades y administraciones correspondientes, para el intercambio y tratamiento de datos destinados a la comprobación de los requisitos exigidos de cara a ser posible beneficiario del derecho a la asistencia sanitaria.

Ahora bien, no obstante lo señalado y como ya adelantábamos, la previsión de la D.T. segunda mantiene los procedimientos vigentes y las bases de datos existentes, hasta tanto se desarrolle reglamentariamente lo previsto en cuanto a la asunción de competencias por el Ministerio de Sanidad, Consumo y bienestar social. Esto se traduce en que, a la fecha, el INSS seguirá gestionando –hasta que se dicten nuevas instrucciones– el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de las personas a las que le son de aplicación el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y la Disposición Adicional

⁸ Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 177 de 25 de julio de 2015).

Única del R.D. Ley 7/2018, de 27 de julio (asegurados y beneficiarios). Al prever este R.D. Ley un cambio de organismos competentes en el reconocimiento de la asistencia sanitaria por legislación nacional, hasta que no se apruebe el Reglamento de desarrollo se sigue aplicando la normativa y el procedimiento establecido en el RD 1192/2012, de 3 de agosto⁹.

Dicha transitoriedad exige, bajo nuestro punto de vista y hasta tanto la misma se resuelva, analizar la situación *de facto*.

III. LOS MIGRANTES COMO TITULARES DE LA ASISTENCIA SANITARIA

La delimitación del posible titular del derecho a la asistencia sanitaria en España pasa, hasta tanto se produzca el desarrollo reglamentario indicado, por continuar diferenciando la figura del asegurado y del beneficiario.

El asegurado es, a su vez, delimitado en virtud de dos títulos: por título vinculado a la Seguridad Social y por título vinculado a la residencia en territorio español.

Por lo que concierne al primero, quedan incluidos en virtud del mismo: a) trabajador en alta o asimilada b) pensionistas c) perceptor de cualquier prestación periódica de Seguridad Social d) quien haya agotado prestación o subsidio por desempleo no acreditando en este último caso la condición de asegurado por otro medio y residiendo en España.

Respecto del título vinculado a la residencia en territorio español: a) personas de nacionalidad española b) nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que, residiendo en España, estén inscritos en el registro central de extranjeros c) los nacionales de países distintos a los citados, o, apátridas, titulares de una autorización para residir en territorio español, y que no tengan cobertura obligatoria de la prestación por otra vía. Debiendo señalar, en este segundo supuesto, en el del título vinculado a la residencia, la declaración de inconstitucionalidad de la exigencia de no superar un determinado límite de ingresos¹⁰.

⁹ Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (BOE núm. 186 de 4 de agosto de 2012).

¹⁰ STC 139/2016, de 21 de julio.

Por su parte, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 vigente de la Ley 16/2003, de 28 de mayo y en el artículo 3 del RD. 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, tienen la condición de beneficiarios: el cónyuge de la persona asegurada o que conviva con ella con una relación análoga de afectividad constituyendo una pareja de hecho; el ex cónyuge o separado judicialmente, siempre que en ambos casos esté a cargo de la persona asegurada al tener aquél derecho a percibir una pensión compensatoria a cargo de éste; los descendientes, o asimilados a éste, de la persona asegurada o de su cónyuge, aunque esté separado judicialmente, de su ex cónyuge a cargo o de su pareja de hecho, siempre que aquél sea menor de 26 años y esté a cargo del asegurado o, mayor de dicha edad afecto de una discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 65%. Se entienden asimilados a los descendientes, los menores sujetos a la tutela o al acogimiento legal de una persona asegurada, de su cónyuge, aunque esté separado judicialmente, o de su pareja de hecho, así como de su ex cónyuge a cargo cuando, en este último caso, la tutela o el acogimiento se hubiesen producido antes del divorcio o de la nulidad matrimonial. Igualmente se entienden asimilados, las hermanas y los hermanos de la persona asegurada.

Ahora bien, la condición de beneficiario por los sujetos anteriormente mencionados, requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: No ostentar la condición de asegurado; tener residencia autorizada y efectiva en España así como, estar a cargo del asegurado en los casos indicados (descendientes y asimilados, ex cónyuge y separado judicialmente).

Ahora bien, no ostentando ni la condición de asegurado ni de beneficiario, ¿se tiene derecho a recibir asistencia sanitaria en España?. Es decir, ¿qué sucede en aquellos casos en los que ni existe título vinculado a la Seguridad Social ni título vinculado a la residencia ni se es beneficiario?. Evidentemente, las personas con derecho a asistencia sanitaria por aplicación de los Reglamentos comunitarios de coordinación de Sistemas o de los convenios bilaterales que comprendan la prestación, tendrán acceso a la misma durante sus desplazamientos temporales a España igual que los que tengan residencia en España, si bien en la forma, extensiones y condiciones establecidas en dichas disposiciones. En términos similares, hemos de referirnos a quienes se encuentran en el ámbito de aplicación de un Convenio bilateral suscrito con España y que contemple dentro de su campo material la asistencia sanitaria. A los que hemos de añadir, como veremos, los supuestos especiales, legalmente previstos.

Dado que la materia que nos ocupa se centra exclusivamente en la recepción de dicha prestación en el ámbito de la “migración”, en este nos detendremos. Siendo a nuestro juicio necesario establecer como elemento prioritario qué es lo que vamos a entender por “migración”. Teniendo en cuenta la acepción de la RAE que entiende por migración el desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales, trataremos de analizar la protección de la salud y prestación de asistencia sanitaria de quienes, pivotando en torno al Estado español, se encuentran en algunas de las situaciones indicadas, incluyendo en el sentido amplio de la expresión social, aquel desplazamiento temporal que puede producirse simplemente por ocio; y ello, a fin de dar cabida a los desplazamientos temporales que por dicha razón puedan producirse bien de españoles al país de destino o bien por la recepción en nuestro país, por dicho motivo, de extranjeros.

1. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS NACIONALES DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UE EN OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UE

El Reglamento (CE) nº 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social¹¹ y el Reglamento (CE) 987/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se adoptan sus normas de aplicación¹², han constituido hasta tiempo reciente las únicas disposiciones aplicables en la materia que nos ocupa.

Su ámbito subjetivo de aplicación comprende, a los efectos que aquí nos interesan, las personas nacionales de uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites; comprendiéndose igualmente los supérstites de las personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de tales personas.

El artículo 3 del Reglamento (CE) 883/2004, señala la aplicabilidad del mismo a toda la legislación relativa a las ramas de la Seguridad Social relacionadas, entre otras, con las prestaciones de enfermedad, maternidad,

¹¹ Reglamento (CE) nº 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (*DOUE* núm.166 de 30 de abril de 2004).

¹² Reglamento (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (*DOUE* núm. 284 de 30 de octubre de 2009).

paternidad y asimiladas. A estos efectos, dentro de la delimitación conceptual de, “prestaciones en especie”, que el Reglamento hace en su artículo 1 v. bis), el legislador comunitario define estas prestaciones en especie, a efectos de aquellas, como las prestaciones definidas o admitidas como tales por la legislación que aplique el Estado miembro y que estén destinadas a proveer, facilitar, abonar directamente o reembolsar los costes de la atención sanitaria y de los productos y servicios accesorios de dicha atención, incluyendo las prestaciones en especie de atención de larga duración.

Ahora bien, la relación de la prestación de asistencia sanitaria con la libre prestación de servicios y la inclusión de aquella dentro de esta hace necesario ampliar el marco de la regulación normativa aplicable. La STJUE de 27 de octubre de 2011 (C-255/09) supuso un importante punto de inflexión en la materia concerniente a la prestación de asistencia sanitaria. Dicha sentencia, partiendo de la reiterada jurisprudencia de dicho Tribunal en virtud de la cual se entienden comprendidas en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios, *“las prestaciones médicas dispensadas a cambio de una remuneración”*, vino a señalar que dicha prestación *“no pierde su calificación de prestación de servicios a efectos del artículo 49 CE porque el paciente solicite a un servicio nacional de salud que se haga cargo de los gastos, después de que él haya pagado el tratamiento recibido al prestador de servicios extranjero”*.

Reconocer su inclusión en el ámbito de dicho artículo 49 CE, en virtud del cual quedan prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad, para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la misma, que no sea el del destinatario de la prestación, llevó a la necesidad de plantearse bien la modificación de los Reglamentos de coordinación o bien la incorporación de dicha jurisprudencia a una nueva Directiva que clarificara los derechos de los pacientes¹³. A tal efecto, se aprobó la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011 relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza¹⁴, cuya transposición se ha producido a nuestro Ordenamiento Jurídico por RD.81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar

¹³ RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V. “Todos los caminos llevan a Roma, pero las rutas difieren en gran medida. Los sistemas paralelos de acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Migratorio y extranjería*, nº 38 (2015): 7.

¹⁴ Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011 relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (DOUE núm. 88 de 4 de abril de 2011).

la asistencia sanitaria transfronteriza¹⁵. La propia Directiva prevé en sus Considerandos la necesidad de establecer unas reglas que faciliten el acceso a una asistencia sanitaria transfronteriza segura y de elevada calidad en la Unión, garantizando, tal y como señalaba el TJUE, la movilidad de los pacientes. Promoviendo para ello la cooperación entre los Estados miembros pero respetando plenamente sus responsabilidades en lo concerniente a las prestaciones de Seguridad Social relacionadas con la salud y a la organización y prestación de asistencia sanitaria y atención médica.

Ahora bien, ¿significa ello la inaplicación de lo previsto en los Reglamentos (CE) nº 883/2004 y 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social?. La respuesta debe ser negativa y así lo señala la propia Directiva 2011/24/UE citada al indicar en su artículo 2 que dicha Directiva se aplica sin perjuicio de lo previsto en tales Reglamentos de coordinación. De forma expresa en España, el artículo 1 del RD. 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, dispone que esta disposición no afecta a los derechos de los pacientes establecidos en los Reglamentos de coordinación, de tal modo que, cuando resulten estas de aplicación en lo concerniente a la asistencia sanitaria transfronteriza, este RD. no será de aplicación, salvo que el paciente solicite expresamente dicha aplicación. Así pues, como puede colegirse, la promulgación de la Directiva y la transposición de la misma en España no traen consigo la inaplicabilidad de aquellos sino por el contrario una convivencia de los mismos conforme a las pautas por ellos establecidos.

Resultado de lo señalado es la necesaria delimitación de dos conceptos: exportabilidad del derecho y derecho transfronterizo.

La exportación del derecho de asistencia sanitaria encuentra su acomodo legal en los propios Reglamentos de coordinación. Tres son los supuestos en los que, con carácter general, podemos aludir a la prestación de asistencia bajo este marco legal.

Primero, en el supuesto de residencia en un Estado miembro distinto del competente, en cuyo caso se facilitará por dicho Estado de residencia, por cuenta del competente, las prestaciones en especie correspondientes (art.17 Reglamento (CE) 883/2004). En estos casos, la persona asegurada o los miembros de su familia deberán inscribirse en la institución del lugar de

¹⁵ Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación (BOE núm. 34 de 8 de febrero de 2014).

residencia (art.24 Reglamento (CE) 987/2009). Igualmente, procede la prestación en aquellos casos en los que se realizara por estos sujetos una estancia en el Estado competente pese a tener la residencia en el otro Estado miembro (art.18 Reglamento (CE) 883/2004).

Segundo, en los supuestos de estancia en Estado distinto del competente, sin que se tenga en aquel la residencia, se reconoce igualmente el derecho a las prestaciones en especie, desde un punto de vista médico, facilitadas conforme a la legislación del lugar de la estancia. Prestaciones que serán facilitadas por cuenta de la institución competente (artículo 19 Reglamento (CE) 883/2004). En este caso, la persona asegurada presentará al proveedor de asistencia del Estado miembro de estancia una certificación expedida por su institución competente que acredite su derecho a prestaciones en especie (art.25 A)1. Reglamento (CE) 987/2009).

Tercero, desplazamientos a un Estado miembro que se realizan específicamente para la recepción de prestaciones en especie durante la estancia, las cuales requieren autorización de la institución competente (art.20 Reglamento (CE) 883/2004).

En los casos señalados, no será necesario anticipar el pago de los servicios sanitarios, los cuales serán prestados en las condiciones y por las instituciones indicadas. No obstante, si la persona asegurada hubiera sufragado efectivamente los costes de la totalidad o de parte de dichas prestaciones en especie, el propio Reglamento (CE) 987/2009, regula en su artículo 25 B) el procedimiento y normas de cobertura o reembolso de las prestaciones en especie.

Junto a la denominada “exportabilidad de prestaciones”, surge, como se ha destacado, la asistencia sanitaria transfronteriza, cuya aplicabilidad, según la normativa correspondiente, requiere la petición expresa por parte del interesado, es decir, la no alusión expresa a esta última supondrá *per se* la aplicación de lo previsto en los Reglamentos de coordinación. A tal efecto, el propio Preámbulo del RD.81/2014, de 7 de febrero, por el que se transpone la Directiva al ámbito español, señala que, si bien ambos instrumentos coinciden ampliamente en sus ámbitos subjetivos y objetivos de aplicación, las principales diferencias entre una y otra regulación normativa, radican en que, conforme a la Directiva, los pacientes deberán anticipar los pagos de la asistencia sanitaria recibida, los cuales se reembolsarán posteriormente. Asimismo, la Directiva determina su posible aplicabilidad tanto a proveedores de asistencia sanitaria públicos como privados, a diferencia de los Reglamentos referidos a la coordinación de Sistemas de Seguridad Social. El RD.81/2014, de 7 de febrero prevé las disposiciones aplicables tanto a pacientes para quienes siendo España su estado de afiliación les es prestada

la asistencia sanitaria en otro Estado miembro (art.5) como para la prestada a aquellos pacientes cuyo Estado de afiliación sea otro Estado miembro distinto de España pero la asistencia les sea prestada en España (art.6), regulándose en el mismo lo concerniente a las obligaciones de información, cooperación y procedimiento de reembolso.

Ahora bien, la materialización práctica de la Directiva y, en su caso, la trasposición de la misma en el seno de los distintos Estados Miembros ofrece ya unos resultados que han determinado la necesidad de analizar los mismos y de ofrecer, tanto las carencias resultantes como las cuestiones controvertidas, las cuales parecen poner de relieve la necesidad de incluir ciertas reformas en aquella.

A este fin ha respondido la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre la aplicación de la Directiva sobre asistencia sanitaria Transfronteriza (2018/2108 (INI))¹⁶. En dicha Resolución se establecen veinte y nueve Considerandos en los que se pone de manifiesto las dificultades y carencias que la aplicación de la Directiva está originando a los nacionales de los distintos Estados Miembros. Entre otros, el objetivo primordial de la misma, cual es el facilitar la movilidad de los pacientes en la Unión, está siendo relativamente bajo. Asimismo, siguen siendo importantes los obstáculos con los que los pacientes se encuentran a la hora de hacer frente a los distintos sistemas sanitarios, principalmente por las cargas administrativas que ello trae aparejado. Destacando como carencia fundamental la falta de información tanto por parte de los pacientes, para los que resulta fundamental reactivar e impulsar los denominados “puntos nacionales de contacto” así como también la información recibida por los cuidadores, profesionales sanitarios y otras partes interesadas. Todos ellos se enfrentan a un gran vacío de información que reclama una pronta respuesta.

A la vista de lo señalado, en la Resolución se dirigen una serie de peticiones a la propia Comisión en lo concerniente a: financiación; movilidad de los pacientes; intensificación de la cooperación transfronteriza; información para los pacientes; enfermedades raras, cánceres raros y redes europeas de referencia; reconocimiento mutuo de las tarjetas; sanidad electrónica y mención especial al Brexit.

La especial situación del Brexit y el hecho de que sea este un Estado fronterizo con España en la colonia de Gibraltar, reclama un interés especial. Así cabe señalar la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del

¹⁶ http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0083_ES.html?redirect, Acceso 17 de junio de 2019.

Consejo por el que se establecen medidas de contingencia en el ámbito de la coordinación de la Seguridad Social, a raíz de la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea (Bruselas 30.1.2019. COM(2019) 53 final. 2019/0019 (COD))¹⁷. En los artículos 2 y 3 de dicha Propuesta se delimitan, respectivamente, el ámbito de aplicación personal y el campo de aplicación material, señalando que dicho Reglamento se aplicará a los ciudadanos de un Estado miembro, los apátridas y los refugiados que estén, o hayan estado, sujetos a la legislación de uno o más Estados miembros y que estén, o hayan estado, en una situación en la que haya estado implicado el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte antes del 30 de marzo de 2019 así como a los ciudadanos del Reino Unido que estén, o hayan estado, sujetos a la legislación de uno o más Estados miembros antes de dicha fecha, así como a sus supervivientes y a los miembros de su familia.

Los continuos vaivenes existentes en torno al Brexit y las negociaciones que se avecinan serán las que estén llamadas a resolver la pluralidad de situaciones que puedan acontecer. Si bien, en las propias “Razones y objetivos” de la Propuesta se señala que, llegada la fecha de retirada, el que no existiera un acuerdo sobre la misma entre la Unión y el Reino Unido, significaría que la legislación de la Unión en materia de coordinación de la Seguridad Social dejaría de ser aplicable en las relaciones entre ellos. Esto supondría la no garantía de los derechos de Seguridad Social de los ciudadanos de la Unión que estén, o hayan estado, sujetos a la legislación de uno o más Estados miembros y en situaciones que incluyan al Reino Unido, así como de los ciudadanos del Reino Unido que estén, o hayan estado, sujetos a la legislación de uno o más Estados miembros. Se pone asimismo de manifiesto el interés de la Comisión en señalar como prioritario la protección de los ciudadanos de la Unión en el Reino Unido, pero también la de los ciudadanos del Reino Unido en la Unión Europea. A este fin responde la propuesta señalada. Se entiende que “es necesario garantizar que las personas que, como ciudadanos de la Unión, hayan ejercido su derecho de libre circulación dentro de la ella antes de la fecha de retirada, mantengan sus derechos de Seguridad Social sobre la base de los hechos y acontecimientos ocurridos y los períodos de seguro, empleo o trabajo por cuenta propia o residencia completados antes dicha fecha de retirada”.

¹⁷ <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/ES/COM-2019-53-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>, Acceso 17 de junio de 2019.

Sin embargo, tal y como continua señalando la Propuesta, la conversión del Reino Unido en un tercer país, supondrá que otros principios y otras normas en materia de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social dejarán de ser de aplicación; señalándose entre ellos, lo concerniente a la oferta continuada de prestaciones de asistencia sanitaria. La situación actual no nos deja sino expectantes a la vista de lo que acontezca.

2. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA EN UN ESTADO NO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA

Fuera del seno de la Unión Europea, el análisis de las relaciones de Seguridad Social entre países se rige por los Convenios bilaterales suscritos entre España y terceros Estados, sin olvidar los Acuerdos existentes entre la Unión Europea y estos últimos. Haciendo mención única y exclusivamente a aquellos Convenios en los que se incluye indicación expresa a la prestación de Asistencia Sanitaria, los mismos quedan circunscritos a los siguientes países: Andorra, Brasil (con matizaciones), Chile, Marruecos, Perú y Túnez.

Nuestro análisis va a ser esbozado en tres grupos diferentes: Andorra, los países iberoamericanos (teniendo en cuenta lo señalado por el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social) y en tercer lugar, Marruecos y Túnez.

2.1. ANDORRA

El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, de 9 de noviembre de 2001¹⁸ contempla dentro de su campo de aplicación objetivo, en el territorio de Andorra, la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común y accidente de trabajo. Prestación que, en España, amplía al supuesto de enfermedad profesional y accidente no laboral. A los efectos previstos en este Convenio, se entiende por asistencia sanitaria, la prestación de servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud en casos de enfermedad común o profesional, maternidad y accidente cualquiera que sea su causa.

El capítulo 1 del título III de dicho Convenio regula las prestaciones de asistencia sanitaria, partiendo de la totalización de los periodos de seguro cumplidos y cotizaciones abonadas en ambos países, cuando se exigiera para la adquisición, conservación o recuperación del derecho a la asistencia sanitaria el cumplimiento de requisitos previstos con ello relacionado.

¹⁸ Instrumento de Ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, hecho en Andorra el 9 de noviembre de 2001 (BOE núm. 290 de 4 de diciembre de 2002).

Asimismo, se prevé el derecho a la asistencia sanitaria tanto en aquellos supuestos en los que la misma sea requerida por el interesado de modo inmediato cuando se encuentre temporalmente en el territorio de una de las partes; como respecto de los familiares del trabajador que residan en Andorra o en España, en tanto que el trabajador presta sus servicios en España o Andorra, respectivamente. En el caso de pensionistas, las prestaciones de asistencia sanitaria se recibirán por la institución competente del lugar de residencia.

Mención especial merece en este caso las previsiones propiamente aplicables a la situación transfronteriza que vincula España y Andorra. A este respecto el artículo 14 del Convenio incluye mención específica para la prestación de asistencia sanitaria a aquellos trabajadores que residiendo en un Estado, trabajen en otro. Así, se facilita la prestación tanto en uno como en otro lugar. Reconociéndose a los familiares el derecho a recibir la prestación en su lugar de residencia, sin perjuicio de que, estando en el territorio de prestación de servicios del trabajador y requiriendo la asistencia de modo inmediato, esta le pudiera ser prestada por el territorio no de residencia sino de prestación de servicios de dicho trabajador. Excepcionado en este último caso, el supuesto en el que el cónyuge del trabajador, resida en el territorio del otro Estado en el que aquel presta servicios, y ejerza allí una actividad profesional, en cuyo caso será este último país el competente para la prestación de asistencia sanitaria, tanto para dicho cónyuge como para sus familiares.

2.2. PAÍSES IBEROAMERICANOS

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 10 de noviembre de 2007, en vigor en España desde el 1 de mayo de 2011¹⁹, resulta de aplicación, conforme a lo previsto en su artículo 2, a aquellas personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados parte, así como a sus familiares y derechohabientes. Si bien, en la materia que nos concierne, debe señalarse que el artículo 3 de dicho Convenio, no incluye dentro de su campo de aplicación material referencia alguna a prestaciones sanitarias sino que, por el contrario, el apartado 1 *in fine* de dicho precepto, excluye de dicho Convenio las prestaciones médicas previstas en las legislaciones de los Estados parte, sin perjuicio de que éstos puedan extenderlo a las mismas mediante acuerdos bilaterales o multilaterales entre ellos. A tales efectos, España, como indicábamos, ha

¹⁹ Instrumento de Ratificación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Santiago de Chile el 10 de noviembre de 2007 (BOE núm.103 de 30 de abril de 2011).

materializado dicha ampliación con Brasil (ahora excepcionado), Chile y Perú.

El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, de 16 de mayo de 1991²⁰, revisado en Convenio complementario de revisión de 24 de julio de 2012²¹, requiere un análisis antes y después de dicha revisión, ya que esta última ha supuesto un cambio en el campo de aplicación material del mismo. El texto del Convenio anterior a la revisión citada contemplaba en su artículo 2, entre las prestaciones a las que dicho Convenio se aplicaría por parte de España, la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo. Y por parte de Brasil, a la asistencia médica, farmacéutica y odontológica, ambulatoria y hospitalaria. Específicamente, el capítulo I del Título III de dicho Convenio se dedicaba a la regulación de lo concerniente a la prestación de asistencia sanitaria, sin que se haya suscrito Acuerdo administrativo que contemple mención alguna para la aplicación de las prestaciones sanitarias. En dichos preceptos, se reconoce el derecho a los trabajadores que requieran prestación de asistencia sanitaria durante una estancia en el territorio de la otra parte así como también a los familiares del trabajador. A estos últimos, se les reconocía el derecho pese a residir en el territorio de la otra parte diferente en la que resida el trabajador, causante de dichas prestaciones, lo que no será de aplicación si los familiares tienen derecho *per se* a tales prestaciones en el lugar de residencia.

Ahora bien, la revisión del Convenio, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de marzo de 2018, ha supuesto una modificación de dicho campo material del cual han sido excluidas las prestaciones de asistencia sanitaria, a excepción de la cobertura por accidente de trabajo y enfermedad profesional. No obstante, el artículo 6.1 de dicho Convenio complementario establece que se garantizan todos los derechos adquiridos con arreglo al Convenio anterior, no reconociéndose, a partir de la entrada en vigor del mismo, ninguna prestación que no esté prevista en su artículo 2, con excepción de las que en esa fecha estén en trámite.

²⁰ Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, hecho en Madrid el 16 de mayo de 1991 (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1996).

²¹ Convenio complementario de revisión del Convenio de Seguridad Social firmado el 16 de mayo de 1991 entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, hecho en Madrid el 24 de julio de 2012 (BOE núm. 119 de 16 de mayo de 2018).

El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile, de 28 de enero de 1997²², concretamente su capítulo I del Título III, bajo la rúbrica enfermedad, accidente o maternidad, reconoce el derecho de asistencia sanitaria al trabajador que reúna las condiciones exigidas así como a sus familiares, extendiéndolas igualmente a los familiares residentes en lugar distinto al que se encuentre el trabajador. En el caso de Chile sí se ha suscrito a la misma fecha, específicamente, Acuerdo administrativo para la aplicación de dicho Convenio, en cuyo capítulo I del título II se incorpora la regulación específica para dicha prestación en lo concerniente a cuestiones procedimentales, concesión de prótesis, grandes aparatos y tratamientos de rehabilitación, o reembolso de gastos ocasionados por prestaciones médicas y hospitalarias.

El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Perú, de 16 de junio de 2003²³, contempla dentro de su campo de aplicación objetivo por parte del Perú, su aplicación a la legislación relativa al régimen contributivo de la Seguridad Social en salud y de otros regímenes de Seguridad Social en lo que se refiere a prestaciones sanitarias y económicas. Siendo aplicable, por parte de España, a las prestaciones contributivas del Sistema de Seguridad Social español, con excepción de los regímenes de funcionarios, a la asistencia sanitaria en caso de enfermedad común o profesional, accidente, sea o no de trabajo y maternidad. El capítulo I del Título III de dicho Convenio, siguiendo la línea de los precedentes, reconoce el derecho de asistencia sanitaria a los trabajadores o pensionistas en casos de estancia temporal así como también a sus familiares, contemplándose en este Convenio, la posibilidad de que las autoridades competentes de ambas partes contratantes, de común acuerdo, extiendan las prestaciones de asistencia sanitaria a nuevas situaciones o colectivos de personas. El Acuerdo administrativo, de la misma fecha, por el que se desarrolla la aplicación del presente Convenio, contempla previsiones específicas en cuanto a las exigencias procedimentales para la obtención de dicha prestación así como a la liquidación de los reembolsos de gastos de asistencia sanitaria.

²² Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile y Acuerdo Administrativo para su aplicación, hechos ambos en Madrid el 28 de enero de 1997 (BOE núm. 72 de 25 de marzo de 1998).

²³ Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Perú, hecho «ad referéndum», en Madrid el 16 de junio de 2003 (BOE núm.31 de 5 de febrero de 2005).

2.3. MARRUECOS Y TÚNEZ

La proximidad de los países del Magreb (Túnez, Argelia y Marruecos) a España así como la migración existente de dichos países a nuestro Estado, bien con carácter temporal o definitivo, hace que resulte necesario el análisis de las disposiciones existentes en la materia objeto de estudio.

En primer lugar, mención específica merece el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001²⁴. En sintonía con los Convenios mencionados de los países iberoamericanos, dicho Convenio contempla igualmente dentro de su campo de aplicación material, en lo concerniente a España, la legislación del Sistema de Seguridad Social relativa a las prestaciones de carácter contributivo en materia de asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo. Por lo que respecta a Túnez, igualmente será aplicable a las legislaciones de Seguridad Social de carácter contributivo aplicables a los trabajadores asalariados, no asalariados y asimilados en lo concerniente a prestaciones de los seguros sociales, haciéndose mención expresa a la enfermedad, e igualmente a la reparación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Reconociéndose dicho derecho a los trabajadores que, reuniendo las condiciones exigidas, su estado de salud requiera de forma inmediata dicha asistencia durante una estancia en su país de procedencia con ocasión de una vacación retribuida o de una ausencia justificada, siendo ello igualmente aplicable a los familiares del trabajador, aun cuando estos residan en el territorio de la otra parte en la que el trabajador preste sus servicios. Derecho a la asistencia sanitaria que también se reconoce al titular de una pensión dispensada por alguna de las partes, cuando resida o realice una estancia en el territorio de la otra parte, siéndole extensivo a sus familiares.

Por lo que respecta al Reino de Marruecos, en materia de Seguridad Social, igual que los casos anteriores, España tienen suscrito un Convenio de Seguridad Social, de fecha 8 de noviembre de 1979²⁵, modificado por un Protocolo adicional de 27 de enero de 1998²⁶. Dicho Convenio resulta de

²⁴ Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001 (*BOE* núm. 309 de 26 de diciembre de 2001).

²⁵ Instrumento de Ratificación de 5 de julio de 1982 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979 (*BOE* núm. 245 de 13 de octubre de 1982).

²⁶ Protocolo Adicional al Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos modificando el Convenio General de Seguridad Social entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 8 de noviembre de 1979, hecho en Rabat el 27 de enero de 1998 (*BOE* núm. 282 de 24 de noviembre de 2001).

aplicación, tal y como dispone el artículo 2 del mismo, por parte de España, a las disposiciones legales del Régimen general de la Seguridad Social así como a los especiales vigentes, a excepción del funcionarial, relativas a, entre otras, maternidad, enfermedad común o profesional y accidentes, sean o no de trabajo. Por parte de Marruecos, a la legislación sobre el régimen de Seguridad Social y la legislación sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Si bien no existe en la delimitación de este campo de aplicación objetivo, mención expresa a la prestación de asistencia sanitaria, el capítulo I del título II contempla disposiciones particulares para el supuesto de enfermedad y maternidad. A tal efecto, de conformidad con lo previsto en los artículos 12 a 16 de dicho Convenio, los trabajadores ocupados en el territorio de una de las partes contratantes, se beneficiarán de las prestaciones de enfermedad-maternidad cuando su estado requiera de cuidados médicos inmediatos, comprendida la hospitalización, durante una estancia temporal efectuada en su país de procedencia con ocasión de una vacación retribuida o de una ausencia autorizada. Derecho que se reconoce a los familiares del trabajador aún cuando residan en territorio distinto de donde el trabajador ejerce su actividad profesional. Derecho que también se reconoce a los titulares de una pensión que residan en el territorio de la otra parte así como a su familia.

No obstante lo señalado, la pertenencia de España a la Unión Europea supone la vinculación de nuestro país a lo establecido en determinados Acuerdos firmados con este país. Marruecos es, de los países del Magreb, el único que tiene frontera directa con la Unión a través de España. Conviene pues destacar el Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, y el Reino de Marruecos, adoptado por Decisión del Consejo y de la Comisión de 24 de enero de 2000²⁷.

Dicho Acuerdo, siguiendo la línea marcada por el Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos, aprobado por el

²⁷ Decisión del Consejo y de la Comisión, de 24 de enero de 2000, relativa a la celebración del Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra (DOCE núm. 70 de 18 de marzo de 2000). *In extenso*, sobre el Acuerdo citado, DE ALMEIDA NASCIMENTO, A. "Las relaciones entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos: el marco general y el Acuerdo Euromediterráneo de asociación", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 10, (2001).

Reglamento (CEE) nº 2211/78 del Consejo, de 26 de septiembre de 1978²⁸, contiene en su título VI dedicado a la cooperación social y cultural, un capítulo I en el que se incorporan una serie de disposiciones relativas a los trabajadores. En dicho capítulo, concretamente en el artículo 64 del mismo, se consagra el principio de no discriminación basada en la nacionalidad, respecto de los trabajadores de nacionalidad marroquí empleados en el territorio de cualesquiera de los Estados Miembros y en lo que respecta a las condiciones de trabajo y de remuneración; correspondiendo a Marruecos conceder el mismo régimen a los trabajadores nacionales de los Estados Miembros empleados en su territorio. Asimismo, el artículo 65 de dicho texto reconoce que los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de su familia que residan con ellos, se beneficiarán, en el sector de la Seguridad Social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad. Los trabajadores se beneficiarán para ellos mismos y para su familia residente en la Comunidad, entre otras prestaciones, de la asistencia sanitaria. No obstante, de conformidad con lo previsto en el artículo 68 de dicho texto, las disposiciones que se adopten para asegurar la aplicación de dicho principio de no discriminación, no afectarán a lo previsto en los acuerdos bilaterales existentes entre Marruecos y los Estados Miembros, siempre que estos prevean un régimen más favorable. Asimismo, debe señalarse que el artículo 66 del Acuerdo excluye del ámbito de aplicación del mismo a los nacionales de una de las partes que residan o trabajen ilegalmente en el territorio del país de acogida. En la línea indicada, debemos señalar que en el ámbito de la cooperación en materia social, el artículo 71 del Acuerdo establece como acción de carácter prioritario, “la mejora del sistema de cobertura sanitaria”.

Similares principios y condiciones a las señaladas se recogen en los artículos 64 a 71 del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Túnez, por otra²⁹.

La proximidad de España a Marruecos y el carácter fronterizo de dichos países, tienen sin lugar a dudas un importante efecto en la aplicabilidad de las disposiciones señaladas y, en lo que a nosotros interesa,

²⁸ Reglamento (CEE) N° 2211 /78 del Consejo de 26 de septiembre de 1978 por el que se celebra el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y el Reino de Marruecos (*DOCE* núm.264 de 27 de septiembre de 1978).

²⁹ Decisión del Consejo y de la Comisión de 26 de enero de 1998 relativa a la celebración del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Túnez, por otra (*DOCE* núm.97 de 30 de marzo de 1998).

en lo concerniente a la prestación de asistencia sanitaria. Como puede colegirse de lo expuesto, la asistencia sanitaria será prestada a los nacionales marroquíes en España y a los españoles en Marruecos sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de la nacionalidad, siéndoles pues de aplicación en uno y otro caso el mismo régimen que al nacional.

3. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA EN SUPUESTOS ESPECIALES

La materia hasta aquí analizada ha pivotado en torno al trabajador o pensionista como posible beneficiario de la asistencia sanitaria y por extensión, a los familiares del mismo. Es decir, el reconocimiento del derecho es intrínseco a la condición contributiva del beneficiario o sus familiares al Sistema de Seguridad Social de que se trate. Sin embargo, el derecho a la salud como derecho inherente a la persona hace que sean muchos otros los supuestos en los que, sin concurrir ese elemento contributivo, proceda el reconocimiento a la asistencia sanitaria. Se trata a continuación de destacar tales supuestos en los que la prestación cobra el carácter asistencial que, por su naturaleza y condición inherente al ser humano, se entiende debería ser a la que tendría que responder, la cual, si bien, como es de entender, juega en equilibrio con las exigencias de financiación y sostenibilidad económica de la misma.

3.1. EXTRANJEROS NO REGISTRADOS NI AUTORIZADOS COMO RESIDENTES EN ESPAÑA

Hasta tanto no se produzca la entrada en vigor del RD. Ley 7/2018, el reconocimiento del derecho a este colectivo requiere analizar lo señalado en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEX)³⁰.

El artículo 12 de dicha Ley establece que los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria. A este respecto, el artículo 3.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, según la redacción vigente a la fecha, determina que los extranjeros que no reúnan ninguno de los requisitos exigidos para tener la condición de asegurado, según lo previsto en el apartado 2 de dicho artículo, tendrán que ser titulares de una autorización para residir en territorio español. Los visados de residencia son enunciados en el artículo 25 bis de la LOEX, en los apartados c) y d) del mismo, remitiendo su regulación al desarrollo reglamentario previsto en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril,

³⁰ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000).

por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³¹.

No obstante lo señalado, aún no teniéndose visado de residencia, según lo previsto en el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, tendrán derecho a la asistencia sanitaria los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, siempre que se trate de asistencia de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica así como, en los supuestos de asistencia al embarazo, parto y postparto. En el caso de extranjeros menores de dieciocho años, el derecho a la asistencia sanitaria se les reconoce en las mismas condiciones que los españoles.

Igualmente, se reconoce el derecho a asistencia médica y sanitaria adecuada, a los extranjeros ingresados en un centro de internamiento (art.62 bis 1 d) LOEX).

3.2. VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS EN PERIODO DE RESTABLECIMIENTO Y REFLEXIÓN Y COLABORACIÓN CONTRA REDES ORGANIZADAS

Mención especial merece el supuesto de las víctimas de la trata de seres humanos. La Disposición Adicional quinta del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a las víctimas de tratas de seres humanos cuya estancia temporal en España haya sido autorizada durante el llamado período de restablecimiento y reflexión.

El análisis conjunto de lo señalado en el artículo 59 bis LOEX y de los artículos 140 a 146 del Reglamento de desarrollo, determina la posibilidad de ser beneficiario de asistencia sanitaria, al preverse la concesión de autorización de residencia en aquellos casos en los que, estimando que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, se le conceda un período de restablecimiento y reflexión. Dicho período de restablecimiento y reflexión, que tendrá una duración de, al menos, noventa días, tiene como finalidad que la víctima decida si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. La autoridad competente podrá facilitarle a la

³¹ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103 de 30 de abril de 2011).

víctima la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social; otorgándole una autorización provisional hasta tanto se resuelva el procedimiento.

En términos similares, se contempla la autorización de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos de colaboración contra redes organizadas (art.59 LOEX y arts.135 a 139 del Reglamento de desarrollo).

3.3. APÁTRIDAS Y REFUGIADOS

La Disposición adicional cuarta del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, señala que los solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por este motivo recibirán, mientras permanezcan en esta situación, la asistencia sanitaria necesaria que incluirá los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades. Dicho derecho se reconoce igualmente en los artículos 16 y 18 de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria³².

En el seno de la UE, y en España como Estado miembro que es de la misma, el artículo 2 del Reglamento (CE) nº 883/2004, de 29 de abril, contempla en su campo de aplicación personal a los apátridas y refugiados residentes en uno de dichos Estados Miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites. Atendiendo a la remisión efectuada por el propio Reglamento, tendrá la condición de refugiado, el definido como tal en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado, firmada en Ginebra el 28 de junio de 1951³³ y como apátrida el definido en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, firmada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954³⁴. Por lo que, a quienes ostenten dicha condición les será aplicable lo previsto en el apartado 1 para los nacionales de un Estado Miembro.

³² Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009).

³³ Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 (BOE núm. 252 de 21 de octubre de 1978).

³⁴ Instrumento de adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 (BOE núm. 159 de 4 de julio de 1997).

Ahora bien, surge la duda de qué ocurre en aquellos casos en los que quien gozando de la condición de refugiado o apátrida en el seno de algún Estado miembro de la Unión Europea se desplaza al territorio de un Estado no miembro. Entendemos que habrá que estar a lo que al respecto señalen cada uno de los Convenios bilaterales o multilaterales que los Estados en cuestión tengan suscritos.

Por lo que a España respecta, de los Convenios analizados, el Convenio con Andorra no contempla mención expresa alguna a los apátridas o refugiados. Si bien, damos por sentado que, dado el carácter amplio de la enunciación del artículo 3 de dicho Convenio al referirse a su aplicación a “trabajadores que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o ambas partes contratantes así como a los miembros de sus familias y supervivientes”, el desempeño por parte del refugiado o apátrida de una actividad profesional en España y, por ende, la condición de trabajador, determinaría su inclusión en dicho ámbito subjetivo. En sentido similar al señalado, se pronuncia el Convenio con Perú. El Convenio con Chile, si bien hace igualmente referencia a “trabajadores”, entendemos que restringe la posible opción indicada ya que habla de “trabajadores nacionales”, lo que parece limitar dicho ámbito subjetivo a trabajadores de nacionalidad española.

Mención expresa tanto a quienes ostenten la condición de apátrida como de refugiados, contienen los Convenios bilaterales de España con Marruecos y Túnez. El primero de ellos contempla en su ámbito subjetivo a las personas que tengan dicha condición jurídica así como también a sus familiares y supervivientes, siempre que estén o hayan estado sometidos a las legislaciones de Seguridad Social de una o de ambas partes contratantes (art.3.2). Por su parte el Convenio bilateral con Túnez contiene una previsión similar a la del Convenio de Marruecos, si bien, no hace mención al sometimiento a la legislación de Seguridad Social sino a que se resida habitualmente en el territorio de una de las partes contratantes (art.3 2º párrafo), entendiéndose este criterio más restrictivo que el anterior.

IV. LAS REPERCUSIONES ECONÓMICAS DE LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA POR ESPAÑA A NO NACIONALES

Como señalábamos en nuestra parte introductoria, no hay opción a duda sobre el derecho de toda persona a recibir asistencia sanitaria en los términos que reclamen su estado de bienestar completo, al entender dicha asistencia como elemento integrante del derecho de toda persona a la salud. Sin embargo, son motivos de índole económica los que parecen alegarse para justificar la necesidad de limitar dicha prestación como prestación de

carácter universal y gratuita. A tal efecto, nos ha parecido de interés traer a colación lo señalado al respecto por el Tribunal de Cuentas en el “Informe de Fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos comunitarios y convenios internacionales de la Seguridad Social”, aprobado en su sesión de 29 de marzo de 2012³⁵.

El extenso Informe realizado por el Tribunal de Cuentas analiza al detalle la prestación de asistencia sanitaria en el ámbito señalado y desde distintos puntos de vista: su facturación, los formularios de derecho emitidos por el INSS, la metodología del cálculo del importe de las cuotas globales, la gestión realizada por el ISM o sobre la gestión realizada por los servicios de salud autonómicos.

Únicamente, nos detendremos en aquellas conclusiones que, inherentes a nuestro estudio, nos parece interesante destacar al ofrecernos la visión práctica de la materialización de la prestación en el ámbito internacional al que hemos circunscrito nuestro estudio.

En el ámbito de los Convenios bilaterales con países iberoamericanos suscritos por España, el Tribunal de Cuentas es claro al señalar que es reiterado el incumplimiento del pago de las deudas por las prestaciones de asistencia sanitaria satisfechas por España a los nacionales de dichos países. El elevado coste económico y administrativo que dichos Convenios suponen y el no ser en ningún caso beneficiosos económicamente para España, llevan a recomendar al Gobierno, por parte del Tribunal, la posibilidad de denuncia de los mismos en el apartado de asistencia sanitaria. Así ha sucedido con el Convenio con Ecuador, en vigor desde el 1 de enero de 2011 o, como hemos señalado, con la revisión del Convenio con Brasil³⁶. De hecho, el Informe señala a la fecha de su realización, como Brasil era uno de los Estados a los que España facturaba un mayor importe por gasto real en prestaciones sanitarias. Brasil, junto con Chile, según se refleja en el mismo, nunca ha efectuado ningún abono a España por el concepto de tal prestación³⁷.

En lo que concierne al Reino de Marruecos, el Informe resalta como evidencia que es muy reducido o “prácticamente inexistente”, el número de asegurados que, a cargo de Marruecos, recibe prestaciones de asistencia

³⁵ Tribunal de Cuentas, Informe número de fiscalización 937, aprobado 29/3/2012, (BOE núm. 72 de 25 de marzo de 2013); <https://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/search/alfresco/index.html?entrance=FIS>, Acceso 17 de junio de 2019.

³⁶ Tribunal de Cuentas, <Informe de Fiscalización 937> (2012): 79.

³⁷ Tribunal de Cuentas, <Informe de Fiscalización 937> (2012): 233 y 236.

sanitaria en España en tanto que España presta asistencia sanitaria a un importante número de asegurados que residen en Marruecos y por los que Marruecos factura un importante montante económico a España³⁸. Cuestión esta que se explica debido al elevado número de trabajadores marroquíes a cargo de la Seguridad Social española que tienen familiares a su cargo viviendo en Marruecos y que, de conformidad con lo previsto en los Convenios aplicables, tienen derecho a la percepción de dicha prestación³⁹.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios, quizás lo más llamativo es la inadecuación en la utilización de la TSE, viciada en muchas ocasiones en cuanto a la correcta finalidad de la misma. Por ejemplo, la emisión de la misma durante un amplio plazo de validez (hasta dos años) y la falta de control sobre la concurrencia o no de los requisitos exigidos para su emisión durante ese plazo de vigencia, hace que en determinadas ocasiones se proceda a satisfacer prestaciones de asistencia sanitaria al amparo de la misma sin que se tuviera derecho a ella, al haber dejado de concurrir los requisitos que en ese momento darían derecho a su emisión⁴⁰.

Junto a lo anterior, debe destacarse la improcedencia de la prestación de asistencia sanitaria al amparo de la TSE en España para nacionales de territorios fronterizos con España, concretamente, de nacionalidad francesa, portuguesa o británica (esta por la proximidad de Gibraltar). Así pues el Informe pone de manifiesto, que en las provincias españolas limítrofes a dichos Estados o colonias, en el caso de Gibraltar, la prestación de asistencia sanitaria no se efectúa conforme a los formularios pertinentes, lo que en determinados casos se traduce en la prestación de asistencia sanitaria cuando esta no procede. Así, se citan como ejemplos, la prestación de asistencia sanitaria en caso de parto en la provincia de Badajoz a un gran número de aseguradas portuguesas alegando encontrarse temporalmente en España y necesitar dicha asistencia⁴¹; o bien, en la provincia de Gerona, la prestación de asistencia sanitaria a nacionales franceses al amparo de la TSE, cuando la finalidad específica de la estancia temporal no es otra que la percepción de un tratamiento médico para lo cual el mismo deberá ser solicitado al amparo del formulario E-112, debiendo contar con autorización expresa y siendo expedido por el tiempo que dure la asistencia autorizada.

³⁸ Tribunal de Cuentas, <Informe de Fiscalización 937> (2012): 66.

³⁹ Tribunal de Cuentas, <Informe de Fiscalización 937> (2012): 235.

⁴⁰ Tribunal de Cuentas, <Informe de Fiscalización 937> (2012): 100 y 101.

⁴¹ Tribunal de Cuentas, <Informe de Fiscalización 937> (2012): 40.

Esto supone que España esté prestando asistencia sanitaria como turistas a personas aseguradas en países fronterizos que, para obtener dicha prestación, deberían contar con autorización expresa ya que el motivo de su desplazamiento no es otro que la percepción del tratamiento médico en cuestión⁴². Téngase en cuenta que, de conformidad con lo previsto en el artículo 20.2 del Reglamento (CE) nº 883/2004, dicha autorización será concedida cuando el tratamiento de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado Miembro en que resida el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de su enfermedad, dicho tratamiento no pueda serle dispensado en un plazo justificable desde el punto de vista médico.

Hecho de características similares se produce en el caso de nacionales británicos que, prestando sus servicios en Gibraltar, tienen su residencia en España. En estos casos, también se vulnera la finalidad propia de la TSE ya que dichos nacionales británicos deberían tramitar el formulario E-106. Formulario que se tramita en aquellos casos en los que el trabajador reside en un Estado comunitario distinto del competente. El Informe pone de relieve el importante montante de facturación de la prestación satisfecha en casos como el señalado, en el que no aparecía emitido dicho formulario⁴³.

El Informe emitido determinó la emisión de una Resolución por parte de la Comisión Mixta del Congreso de los Diputados para las relaciones con el Tribunal de Cuentas⁴⁴, en la que se acordaba instar al Ministerio competente y a las Comunidades Autónomas a velar por la adecuada actualización e intercambio de información de las bases de datos para que las personas aseguradas en otros Estados Miembros y que residan en España con derecho a la asistencia sanitaria pública, estén correctamente identificadas y registradas en las mismas, para que la expedición de la Tarjeta Sanitaria Individual se realice por las administraciones sanitarias competentes adecuadamente. Asimismo, se instaba al Instituto Nacional de la Seguridad Social y al Ministerio competente a que mantuvieran una estrecha colaboración en el intercambio de información, con la finalidad de detectar situaciones irregulares y errores que se pudieran producir en los datos contenidos en las correspondientes bases de datos.

⁴² Tribunal de Cuentas, <Informe de Fiscalización 937> (2012): 143.

⁴³ Tribunal de Cuentas, <Informe de Fiscalización 937> (2012):117.

⁴⁴ Resolución aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas sobre el Informe de fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social, así como dicho Informe (BOCG núm. 143 de 11 de marzo de 2013).

V. CONCLUSIONES

Desde nuestro punto de vista, el análisis de la relación “asistencia sanitaria y migración” requiere partir de la vinculación incuestionable del derecho a la protección de la salud con el derecho a la vida de la persona y el derecho a su dignidad. De ahí que, desde dicha perspectiva, entendamos absolutamente necesario reconocer la asistencia universal a toda persona cuyo estado de salud requiera en determinados momentos de la recepción de dicha protección y de la prestación de asistencia sanitaria como elemento consustancial a aquella.

Ahora bien, dicho lo anterior, la realidad exige acudir al factor en tantas ocasiones alegado como límite necesario a dicha universalidad, cual es el límite económico, los costes económicos que un Estado está llamado a hacer frente ante el reconocimiento de dicha universalidad. Justicia social versus sostenibilidad financiera.

Inclinar la balanza en uno u otro sentido supondría, a nuestro juicio, un error. Dar prioridad a la prevalencia de los motivos económicos o a la sostenibilidad financiera del sistema determinaría olvidar la consideración del derecho a la protección a la salud como un derecho inherente al ser humano.

Ahora bien, no es menos cierto, que la universalidad en la consagración del mismo se encuentra con ese hándicap económico. Se trata no solo de reconocer el derecho a la protección de la salud sino de garantizar una asistencia sanitaria de calidad. De nada serviría reconocer dicho derecho si la prestación de la asistencia sanitaria no responde al fin exigido como consecuencia de la necesidad de reparto económico que debe imponerse, si el volumen del colectivo a atender supera las previsiones económicas.

Lo anterior demanda, bajo nuestro punto de vista, una “universalidad mediatizada”. ¿A qué nos referimos con ello?

Sería necesario determinar un nivel mínimo en el contenido de la prestación de asistencia sanitaria al que pudiera acceder toda persona que se encontrara en territorio español y que garantizara de modo efectivo y eficiente el derecho a la protección a la salud. Sin lugar a dudas, en ese nivel mínimo estaría comprendida la protección hasta ahora dispensada a quienes, siendo extranjeros no están registrados ni autorizados como residentes en España, y que carecen por cualquier otro medio del derecho a dicha asistencia. Colectivo que resulta el más vulnerable en cuanto a la protección de su salud, dada a la fecha las restricciones existentes en la universalidad de la prestación de asistencia sanitaria. Nos estamos refiriendo a la asistencia en caso de urgencia por enfermedad grave o

accidente, cualquiera que sea su causa, y a la asistencia al embarazo, parto y postparto. Teniendo en consideración que los menores de dieciocho años recibirán la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Pero a nuestro juicio, ese nivel mínimo no garantiza el derecho a la protección de la salud en los términos reclamados por el derecho a la dignidad de la persona. Existen múltiples supuestos en los que, no concurriendo una enfermedad grave, la dignidad de la persona reclama como tal recibir una atención sanitaria adecuada.

Es pues necesario, si la limitación económica impide el reconocimiento de la universalidad de la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones al asegurado o residente, el sí establecer una relación de “subprestaciones” que, integrantes de la prestación de asistencia sanitaria, garanticen el ser acordes a la dignidad de la persona como tal. Es pues labor de los gobiernos atender a estas necesidades pero sin que ello suponga una quiebra del Sistema. La coherencia económica y social en el actuar de los Gobiernos debe ir de la mano, como decíamos, consiguiendo un equilibrio entre las mismas sin que una ruptura de dicho equilibrio pueda suponer un fracaso del resultado.

Son muchos los elementos a tener en cuenta y ellos deben ser analizados por el Estado. No puede optarse por soluciones fáciles que respondan más a intereses políticos que sociales. Si se pretende garantizar la asistencia sanitaria a un mayor colectivo de personas, ello debe hacerse sin olvidar la calidad de la misma. Es esta la que debe primar sobre aquella y para ello se necesita un esfuerzo no solo del propio Estado español sino de cooperación a nivel comunitario e internacional. Las repercusiones del reconocimiento de un derecho, como el derecho a la protección de la salud, a aquellos colectivos más vulnerables exigen un análisis detallado de la prestación en su conjunto tanto de quienes la perciben por su vínculo jurídico con la Seguridad Social o por su condición de beneficiario como de quienes la reciben por cualquier otro título. Actuemos con razón social pero también con razón económica pues solo con una adecuada razón económica podrá responderse a la razón social por todos demandada.

PENSIONES DE TRABAJADORES FRONTERIZOS Y TRANSFRONTERIZOS

FERNANDO JIMENO JIMÉNEZ¹

COORDINADOR UNIDAD DE DEPENDENCIA IMSERSO EN CEUTA

PROFESOR-TUTOR UNED EN CEUTA

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN	97
II. TRABAJADORES FRONTERIZOS Y TRANSFRONTERIZOS	98
III. PENSIONES DE TRABAJADORES FRONTERIZOS	101
1. PRINCIPIOS INSPIRADORES SOBRE LA COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA U.E.	101
2. CAMPO DE APLICACIÓN MATERIAL (PRESTACIONES SUSCEPTIBLES DE RECONOCIMIENTO) Y RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE	103
IV. PENSIONES DE TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS	103
V. ESPECIAL REFERENCIA A LOS TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS MARROQUÍES	105
1. LA PERCEPCIÓN DE COMPLEMENTOS A MÍNIMOS	105
2. LA TRIBUTACIÓN DEL PENSIONISTA TRANSFRONTERIZO	106
VI. CONCLUSIONES	107

I. INTRODUCCIÓN

La frontera es límite y lugar de tránsito entre dos estados. Unas veces diferencia territorios con distinto nivel de desarrollo; en otras ocasiones separa poblaciones con similar bienestar y calidad de vida. En el primer supuesto operará un tráfico laboral dirigido a la cobertura de puestos de trabajo de inferior nivel por dedicarse los nativos a posiciones con mejor proyección y retribución. En el segundo, la necesidad laboral será intercambiable en función de la especialización exigida.

El proceso de integración europea y los compromisos internacionales asumidos por España condicionan la regulación de los trabajadores fronterizos y transfronterizos. Las peculiaridades territoriales y temporales propias de ambas figuras justifican un análisis específico, no solo por su

¹ Trabajo realizado en el marco del Grupo PAI SEJ-447 “Coordinación Comunitaria de Regímenes de Seguridad Social y Asistencia Social”.

deslinde conceptual, sino en el examen de la protección y alcance de las futuras prestaciones de Seguridad Social.

Dada la confusión terminológica que pueda surgir², en las próximas líneas se propone reflexionar en torno a la diferencia entre ambos conceptos, con referencia específica a las normativas nacional y comunitaria que contribuyen a su especificación. Con posterioridad se examinarán las regulaciones en materia de Seguridad Social, prestando especial atención al marco de referencia en los supuestos transfronterizos, los convenios bilaterales sobre Seguridad Social, así como al reconocimiento de complementos por mínimos y el particular sistema de tributación y retención a cuenta de los pensionistas no residentes.

II. TRABAJADORES FRONTERIZOS Y TRANSFRONTERIZOS

Trabajadores fronterizos y transfronterizos comparten una doble dimensión, la territorial o espacial y la temporal. Ambos conceptos implican, por un lado, la residencia en un estado diferente al lugar de prestación de los servicios y, por otro, el regreso a la población de origen (lugar de trabajo y de residencia se localizan en diferentes países). La regulación normativa se ha encargado de la distinción cuando define cada modalidad en función del colectivo al que dedica su aplicación.

El trabajador fronterizo está recogido en el artículo 1.f (definiciones) del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y el Consejo de la U.E.³, definido como quien efectúa una actividad (por cuenta ajena o propia) en un estado miembro y residencia en otro al que regresa (normalmente) a diario o al menos una vez a la semana. El trabajador transfronterizo, regulado en el artículo 43 de la Ley Orgánica de Extranjería⁴, reside en la zona fronteriza

² La Real Academia Española (RAE) considera al fronterizo como persona “que está en la frontera” y al transfronterizo al que “opera por encima de las fronteras”.

³ Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de abril de 2004. Ha sido modificado por el Reglamento 988/2009, de 16 de septiembre de 2009, Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de octubre de 2009. En virtud del Reglamento 1231/2010 se amplía su contenido a los nacionales de terceros países, de 24 de noviembre de 2010, Diario Oficial de la Unión Europea de 29 de diciembre de 2010.

⁴ Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, BOE de 12 de enero de 2000, núm. 10. Este artículo se renumera por la ley orgánica 8/2000 y queda modificado en la redacción actual por la ley orgánica 2/2009. El desarrollo reglamentario ha tenido lugar por (...)

del Estado limítrofe al que retorna a diario, tras realizar su jornada laboral en la zona fronteriza del territorio español.

Las principales diferencias entre ambas categorías se circunscriben al (1) ámbito de aplicación subjetivo, (2) la acotación territorial, (3) la duración del plazo de retorno y (4) la exigencia de permiso de trabajo. A continuación se analizan por separado las dos figuras.

El concepto fronterizo, tomando como referencia el Derecho de la Unión Europea (U.E.), se aplica a los trabajadores comunitarios⁵, con residencia en uno de los estados miembros y trabajo en otro estado miembro de la U.E., con un margen relativamente amplio temporal para el retorno, dado que se extiende hasta el límite semanal. Puede apreciarse tras analizar estas características que no existe un criterio restrictivo territorial (como más adelante se verá en el supuesto transfronterizo), toda vez que el marco de aplicación se remite a todo el estado miembro y no en exclusiva a la zona limítrofe. Esta modalidad se enmarca en el derecho fundamental de libre circulación previsto para los nacionales de los estados miembros⁶, ejerciendo actividad por cuenta propia o ajena en condiciones de igualdad con los nacionales. El trabajador fronterizo se aplicaría a los residentes en Francia y Portugal respecto a España y se incluyen en el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004.

La denominación transfronteriza afecta a trabajadores extracomunitarios⁷, siendo sus beneficiarios exclusivos los residentes en la zona (provincia o similar) limítrofe fronteriza para prestar servicios únicamente en la zona fronteriza española⁸, con obligación diaria de regreso

medio de los artículos 182 a 184 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, BOE de 30 de abril de 2011, núm. 103.

⁵ CARRIL VÁZQUEZ, X.M. (2009). "Tres apuntes sobre la regulación legal de los desplazamientos fronterizos en el derecho del trabajo y la Seguridad Social de la Unión Europea y su impacto en el derecho interno de los estados miembros". *Anuario de Facultade del Dereito de Universidade da Coruña (AFDUDC)*, 13: 57-67.

⁶ Artículo 1.1 del Reglamento de la U.E. 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión Europea, publicado en el Diario Oficial de la U.E. de 27 de mayo de 2011.

⁷ CARRIL VÁZQUEZ, X.M. (2009) antes citado.

⁸ El artículo 182 del Real Decreto 557/2011 antes citado ha sido el que ha matizado la necesaria prestación de los servicios en la zona fronteriza española ya que el artículo 43 de la ley de extranjería se remite a la actividad laboral que se desempeñe en España, sin referencia a la zona fronteriza española.

a su lugar de origen, una vez concluido el trabajo⁹. Se rigen por la ley de extranjería y necesitan autorización administrativa¹⁰, expedida por la Oficina de Extranjería, para trabajar (por cuenta propia o ajena), pero sin generar derecho de residencia. Su concesión requiere justificar la ausencia de candidatos nacionales en los sectores de actividad con dificultad de cobertura¹¹. De conformidad con estas características se reserva a trabajadores procedentes de Marruecos¹² (residentes en Tetuán respecto de Ceuta y la zona de Nador en relación con Melilla) o Andorra.

Para valorar la intensidad del fenómeno es preciso aportar datos. De acuerdo con la información que facilita el Parlamento Europeo¹³ en el periodo 1990/1995 unos 380.000 trabajadores se consideraban fronterizos, siendo el principal “exportador” Francia, seguida de lejos por Italia. Aproximadamente dos mil españoles prestaban servicios en Francia y en torno a quinientos franceses en España. Respecto de los trabajadores transfronterizos, se aporta la información que publica el diario El Faro de Melilla¹⁴ (29/09/2018) al indicar que 4.450 personas tienen reconocido permiso transfronterizo (2.028 en régimen General, 1.554 empleadas de hogar y 868 en el régimen Especial de Autónomos).

Para finalizar este apartado, resulta conveniente deslindar los dos conceptos estudiados respecto de otros cercanos aunque con tratamiento diferenciado. Por una parte, la prestación de servicios de naturaleza transnacional, donde se desplaza a España un empleado extranjero con destino a un centro de trabajo perteneciente a empresa no perteneciente a la UE, ni al Espacio Económico Europeo (EEE)¹⁵. Por otra, los trabajos de

⁹ La jornada laboral no debe ser diurna, toda vez que hay actividades sometidas a horarios especiales (el supuesto de la pesca de litoral).

¹⁰ La resolución administrativa tiene naturaleza finalista. Solamente permite trabajar durante el periodo de concesión (un máximo de un año) en la categoría y sector de actividad expresamente previstos en la misma, así como en ese ámbito territorial (artículo 184 del Reglamento de Extranjería anteriormente citado).

¹¹ Debe incluirse la actividad en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura del Servicio Público de Empleo Estatal – SEPE (trimestral), certificarse por este organismo la imposibilidad de contratación de trabajador nacional.

¹² Una vez expedida la tarjeta de identidad, se produce exención de visado (para el pequeño tráfico fronterizo) de conformidad con el Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Aplicación de Schengen (Acta Final III. I. b), publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 22/09/2000.

¹³ http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/w16/summary_es.htm#anexo1

¹⁴ <https://elfarodemelilla.es/trabajadores-fronterizos-en-el-limbo/>

¹⁵ Regulación establecida en el artículo 110 del Real Decreto 557/2011, en relación con el artículo 43 de la ley 4/2000, anteriormente citadas.

temporada o campaña, donde se reconoce a los extranjeros residencia y trabajo temporal por cuenta ajena de duración determinada¹⁶, limitados temporalmente a la duración de la misma.

III. PENSIONES DE TRABAJADORES FRONTERIZOS

La competencia en materia de Seguridad Social es propia de cada Estado miembro, aunque con supeditación a las normas de coordinación. El artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la U.E. determina que el Parlamento Europeo y el Consejo, de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario, aprobarán el marco para que se cumpla la libre circulación de trabajadores y las garantías para que los trabajadores migrantes puedan acumular todos los periodos de cotización para adquirir y conservar prestaciones sociales, así como el abono de las mismas.

En este sentido, el Reglamento 883/2004 (antes citado) y el Reglamento de Aplicación 987/2009¹⁷ han sido los que se han encargado del desarrollo de estas salvaguardias. Con fecha 25/03/2019 el Parlamento Europeo y el Consejo han acordado provisionalmente una revisión de la normativa de coordinación de Seguridad Social.

1. PRINCIPIOS INSPIRADORES SOBRE LA COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA U.E.

El Reglamento 883/2004 (Reglamento de base) parte de una premisa de acción, permitir la libre circulación de trabajadores¹⁸. La coordinación de los sistemas de Seguridad Social forma parte del principio de la movilidad de personas en el ámbito comunitario y de la mejora de las condiciones laborales (consideración primera del Reglamento 883/2004)¹⁹.

¹⁶ Los trabajos de temporada o campaña se encuentran previstos en el artículo 97 del Real Decreto 557/2011, en relación con el artículo 42 de la ley 4/2000, antes citadas.

¹⁷ Reglamento 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan normas de aplicación del Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Se ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de octubre de 2009.

¹⁸ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO C. (2016). "Aproximación a la coordinación de regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral de Iberoamericano de Seguridad Social". *E-Revista Internacional de la protección Social (ERIPS)*, volumen I, nº 1: 1-11. DOI: <http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2016.i01.01>

¹⁹ El Reglamento de coordinación se aplica a los nacionales de los países de la U.E., Islandia, Liechestein, Noruega y Suiza. El campo de aplicación personal se extiende a los apátridas y refugiados residentes en alguno de los Estados miembros, a sus familiares y supérstites (artículo 2 del Reglamento).

Sobre esta base articula cuatro grandes principios: la igualdad de trato (no discriminación), totalización de periodos cotizados a la Seguridad Social, la exportabilidad de las prestaciones en metálico y sometimiento a la legislación de un solo estado miembro.

El principio de igualdad de trato²⁰ implica el acogimiento a los beneficios y sujeción a obligaciones en la misma situación que los nacionales del estado miembro (artículo 4 del Reglamento 883/2004). De manera concreta, la consideración octava del mencionado Reglamento realiza una mención expresa a los trabajadores fronterizos, al incluir este colectivo no residente en el ámbito de aplicación del principio de igualdad.

El artículo 6 del Reglamento 883/2004 reconoce el principio de totalización de todos los periodos trabajados entre Estados miembros. La entidad de Seguridad Social del estado que deba reconocer, conservar o recuperar el derecho a prestaciones (cuenta propia o ajena) debe tomar en consideración los tiempos de aseguramiento, empleo o actividad efectuados en otro Estado miembro como si fueran propios de la legislación del Estado que debe resolver el expediente. Como complemento, el artículo 10 impide la acumulación de prestaciones de la misma naturaleza, referidas a un mismo periodo de aseguramiento obligatorio. No menos importante es el contenido del artículo 12 del Reglamento de aplicación 987/2009, al considerar que la institución competente se dirigirá a la del Estado miembro donde tenga cubiertos periodos, tomándose en cuenta la totalidad, excepto aquellos que se superpongan²¹.

El artículo 7 del Reglamento 883/2004 suprime la cláusula de residencia, principio reconocido como exportación de prestaciones. Se aplica a los reconocimientos en metálico, bien por un solo Estado miembro, bien por varios, permitiéndose la libertad de movimientos del beneficiario sin “reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación” por el hecho de residir en un Estado miembro diferente al de la “entidad deudora”.

²⁰ La sentencia del Tribunal de Justicia de la U.E. en el caso Gottardo (Sentencia de 15/01/2002 en asunto C-55/00) obliga a la aplicación del contenido de los acuerdos celebrados con terceros países a los nacionales de los Estados miembros de conformidad con el principio de igualdad de trato, evitando discriminación entre sujetos.

²¹ El artículo 12.6 del Reglamento de aplicación 987/2009 precisa que en el supuesto de falta de precisión en la cobertura de periodos, se presume que no se superponen, computándose si son ventajosos y son “razonablemente factibles”. El artículo 13 del Reglamento establece normas de conversión de periodos si se utilizan unidades de medición diferentes.

Por último, el principio de aplicación de la norma de un solo Estado (unicidad legislativa), determina que solamente será utilizada la legislación de uno de los Estados miembros (artículo 11 del Reglamento 883/2004). ¿Cómo se determina este texto legal? Se establecen distintas posibilidades, aunque la regla general es la determinación en función del lugar donde se ejecute la actividad por cuenta propia o ajena (artículo 11.3 del Reglamento 883/2004). En el supuesto de ejercer actividad (cuenta ajena o propia) en dos o más Estados miembros, el de residencia si efectúa parte sustancial en éste último.

2. CAMPO DE APLICACIÓN MATERIAL (PRESTACIONES SUSCEPTIBLES DE RECONOCIMIENTO) Y RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE

El ámbito del campo de aplicación del Reglamento de coordinación es muy amplio. Se incluyen en su ámbito protector las pensiones de invalidez, vejez, muerte, supervivencia, desempleo o maternidad, entre otras. Las contingencias, tanto comunes como profesionales. Se establecen normas particulares respecto de cada modalidad.

El artículo 2 del Reglamento de aplicación 987/2009 especifica que las instituciones competentes intercambiarán información para determinar los derechos y obligaciones. En el supuesto de presentación ante entidad no competente²², se remite de inmediato a la que se estime responsable de la tramitación (institución de contacto). Estas actuaciones se efectuarán, bien directamente o por medio de organismo de enlace. Salvo alguna excepción, la fecha de presentación tendrá validez en todas las instituciones que puedan intervenir (artículo 45.B.5 del Reglamento de aplicación).

En el supuesto de trabajos efectuados en dos o más Estados miembros, cada institución (de los Estados miembros) calculará el importe y comunicará al interesado la decisión adoptada, así como resumen a las restantes entidades afectadas.

IV. PENSIONES DE TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS

De conformidad con lo establecido en el artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)²³, los extranjeros tendrán derecho a

²² El artículo 45 del Reglamento 987/2009 recoge varias posibilidades sobre la entidad competente para presentar la solicitud (normalmente coincide con la del lugar de residencia o la del Estado miembro a cuya legislación ha estado sometido en último lugar).

²³ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015, aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

prestaciones contributivas si residen o se encuentran legalmente en España, siempre que ejerzan la actividad en territorio nacional por cuenta propia o ajena. Para el acceso a prestaciones no contributivas se exige el requisito de residencia (artículo 7.2 LGSS). Por tanto, en el supuesto de trabajadores transfronterizos, al no acceder a permiso de residencia, pero sí al de trabajo, podrán generar prestaciones contributivas si reúnen los restantes requisitos.

Con finalidad coordinadora, el Estado español ha suscrito convenios internacionales bilaterales en esta materia de Seguridad Social. Se trata de países con los que España mantiene relaciones intensas y se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004²⁴. De manera concreta, en el ámbito de los trabajadores transfronterizos, los suscritos con Marruecos²⁵ y Andorra²⁶ son instrumentos relevantes en la resolución de problemas derivados de la tramitación de prestaciones de la Seguridad Social.

Ambos convenios se rigen por los principios (1) de igualdad de trato entre las partes (mismas condiciones con los nacionales), (2) de aplicabilidad de la legislación en materia de Seguridad Social correspondiente al territorio donde se ejerza la actividad laboral y por (3) la totalización de periodos de aseguramiento, sin superposición, en la adquisición, conservación o recuperación de prestaciones.

Las partes establecen el organismo de enlace (Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS– en España y la Caja Nacional de Seguridad Social en Marruecos / la Caixa Andorrana de Seguretat Social en Andorra), elemento importante en una gestión eficaz, identificando un punto de referencia al que dirigirse las partes contratantes y los interesados.

²⁴ Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Cabo Verde, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Ecuador, USA, Filipinas, Japón, Marruecos, Méjico, Paraguay, Perú, República Dominicana, Rusia, Túnez, Ucrania, Uruguay, Venezuela y Multilateral Iberoamericano.

²⁵ Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, suscrito en Madrid el 8 de noviembre de 1979, publicado en el BOE de 13 de octubre de 1982, núm. 245. Se complementa con el Protocolo Adicional de 27 de enero de 1998, publicado en el BOE de 24 de noviembre de 2001, núm. 282.

²⁶ Convenio sobre Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, suscrito en Andorra el 9 de noviembre de 2001, publicado en el BOE de 4 de diciembre de 2002, núm. 290. Se complementa con el Acuerdo Administrativo de 9 de noviembre de 2001, publicado en el BOE de 4 de diciembre de 2002, núm. 290.

V. ESPECIAL REFERENCIA A LOS TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS MARROQUÍES

Sentadas las anteriores líneas comunes, a continuación se expone la tramitación del expediente en España de un trabajador transfronterizo marroquí. Ante todo, debe verificarse la inclusión en el campo de aplicación del convenio de 1979, especialmente si el solicitante está afectado por este texto y la prestación concreta de Seguridad Social está incluida (por ejemplo, invalidez, jubilación, muerte / supervivencia).

El interesado debe presentar la solicitud de la prestación en la entidad pública del lugar de residencia, en Marruecos (entidad instructora), toda vez que solamente obtiene permiso para trabajar en Ceuta / Melilla. Si residiera en otro territorio, el lugar del último aseguramiento. La entidad instructora marroquí remite el formulario de enlace²⁷ al INSS español. El INSS analizará las cotizaciones efectuadas (en España la base reguladora se efectúa en España en función de cotización reales y en Marruecos sobre el salario mensual medio).

Si el solicitante reúne las condiciones establecidas por la legislación española, el INSS reconocerá la prestación y determinará su importe. Si no alcanza periodo suficiente, se inicia la fase de totalización y, reconocida la pensión, se reduce en función de criterio de proporcionalidad temporal. El INSS comunicará a la entidad instructora si se ha generado derecho a pensión, cuantía y fecha eficacia. La Caja Nacional de la Seguridad Social marroquí actuará en el mismo sentido, facilitando copia al INSS.

Reconocida la pensión por el INSS, se realizarán controles en el lugar de residencia del beneficiario, pudiendo requerir certificaciones de vida (en el primer trimestre de cada año natural). El abono podrá efectuarse en euros y se materializará en el lugar de residencia, existiendo la posibilidad de pago trimestral, así como la concesión discrecional de anticipos en tanto se resuelve el expediente. El INSS facilitará en el primer trimestre de cada año a la entidad de enlace marroquí el importe global de los pagos efectuados durante el ejercicio anterior.

1. LA PERCEPCIÓN DE COMPLEMENTOS A MÍNIMOS

El artículo 59 de la Ley General de la Seguridad Social establece requisitos de naturaleza económica junto a la residencia en territorio nacional para el reconocimiento de complementos a mínimos. En la actualidad los pensionistas transfronterizos no pueden conseguir

²⁷ El modelo EM-11 se utiliza para solicitudes de pensión de jubilación, invalidez, supervivencia y subsidio de defunción.

complementos de pensión mínima. Esta regulación obedece a su naturaleza no contributiva, asistencial y suplementaria²⁸.

Tomando en consideración la fecha de hecho causante, las pensiones anteriores a 01/01/2013 mantendrán el régimen anterior con acceso a complementos por mínimos, por no exigirse el requisito de residencia hasta esa fecha. A partir de 01/01/2013²⁹ es obligatoria la condición de residente en España para percibir complementos a mínimos.

2. LA TRIBUTACIÓN DEL PENSIONISTA TRANSFRONTERIZO

La ley del impuesto de la renta para personas no residentes (IRPNR)³⁰, supuesto de transfronterizos, establece en el artículo 25.1.b que las pensiones (personas físicas) quedan grabadas en función de tres tramos de rentas. La entidad gestora tiene obligación de retener un importe equivalente a la deuda tributaria (artículo 31.1):

- Hasta 12.000 €, un 8% de cuota.
- Desde 12.001 € a 18.700 €, un 30% en ese tramo.
- A partir de 18.700 €, un 40% en ese intervalo.

De conformidad con la redacción anterior, no influyen las circunstancias personales, ni las familiares, lo que unido a los tipos susceptibles de aplicación determinan un sistema impositivo más gravoso que el correspondiente a residentes. No obstante, existe la posibilidad de solicitar la exención prevista en el convenio bilateral³¹ para evitar la doble imposición fiscal (internacional), presentando certificación de residencia fiscal de la autoridad (fiscal) del país de residencia (validez de un año). De igual forma, deben tenerse en cuenta las prestaciones exentas, de acuerdo con el artículo 14.1.a del IRPNR (gran invalidez o incapacidad permanente absoluta, entre otras).

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 4539/2013, de 16/04/2013, correspondiente a recurso número 2349/2012.

²⁹ Artículo 6.6 del Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, BOE del 31 de diciembre de 2012, núm. 311.

³⁰ Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del impuesto del impuesto sobre la renta de no residentes, BOE de 12 de marzo de 2004, núm. 62.

³¹ Convenio para evitar la doble imposición internacional en materia de impuesto sobre la renta y el patrimonio de 10/07/1978, BOE de 22/05/1985, número 122.

VI. CONCLUSIONES

Trabajadores fronterizos y transfronterizos comparten el trabajo en localidad distinta del lugar de residencia. La normativa comunitaria y nacional han sido las encargadas de diferenciar una figura de otra. El fronterizo se aplica a los trabajadores comunitarios, con residencia en uno de los estados miembros y trabajo en otro estado miembro de la U.E., con plazo temporal de retorno amplio (hasta el límite semanal). El transfronterizo reside en la zona fronteriza del Estado limítrofe al que regresa diariamente, tras efectuar su trabajo en la zona fronteriza del territorio español.

El trabajador fronterizo en materia de Seguridad Social se rige por el Reglamento 883/2004 y el Reglamento de Aplicación 987/2009, aplicándose los principios de no discriminación, totalización de periodos cotizados, la exportabilidad de las prestaciones en metálico y sometimiento a la legislación de un solo estado miembro.

Al trabajador transfronterizo se le aplica el contenido de los convenios suscritos en materia de Seguridad Social (con Marruecos y Andorra), basados en los principios de igualdad de trato con los nacionales, totalización de periodos cotizados y unicidad legislativa.

Las principales peculiaridades detectadas en el análisis del trabajador transfronterizo marroquí que presta servicios en Ceuta o Melilla, se refieren a la imposibilidad de reconocer complementos a mínimos a las pensiones con hechos causantes ocurridos a partir de enero de 2013, así como la aplicación de un sistema impositivo (para personas físicas no residentes) más gravoso que el previsto para residentes, con excepción de las prestaciones exentas. Existe la posibilidad de aplicar la exención que evite la doble fiscalidad internacional.

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES SOBRE CUESTIONES RELACIONADAS CON EL DERECHO DE LOS NACIONALES DEL REINO DE MARRUECOS A LAS PRESTACIONES FAMILIARES NO CONTRIBUTIVAS ESPAÑOLAS

MARÍA JOSÉ CERVILLA GARZÓN

*PFRA. CONTRATADA DOCTORA. TITULAR ACREDITADA
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN	109
II. SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL “DOBLE” REQUISITO DE RESIDENCIA EXIGIDO POR LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL MANTENIMIENTO DEL DERECHO SI LOS HIJOS RESIDEN EN MARRUECOS.....	112
III. SOBRE LA INTEGRACIÓN DE ESTAS PRESTACIONES EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO SOBRE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y EL REINO DE MARRUECOS	119
IV. SOBRE LA APLICACIÓN A ESTAS PRESTACIONES DE LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN Y ASOCIACIÓN ENTRE LA COMUNIDAD EUROPEA Y EL REINO DE MARRUECOS.....	124
V. SOBRE EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE “LIBRE TRANSFERENCIA”	126
VI. SOBRE LA EXIGENCIA DE ESTAR DE ALTA PARA ACCEDER A LAS PRESTACIONES.....	129
VII. SOBRE EL MANTENIMIENTO DEL DERECHO EN CASO DE RESIDENCIA DEL OTRO PROGENITOR EN EL REINO DE MARRUECOS.....	132
VIII. BREVES CONCLUSIONES.....	133

I. INTRODUCCIÓN

Las cuestiones relacionadas con la Seguridad Social en perspectiva internacional tienen una particular relevancia e incidencia en el ámbito de las relaciones bilaterales hispano-marroquí. Y ello fundamentalmente por ser el territorio español la principal puerta hacia Europa de este Estado, por contar con dos provincias insertas en el mismo continente en el cual dicho Estado se encuentra (Ceuta y Melilla), con la consiguiente problemática

transfronteriza que ello conlleva, y por ser el Reino de Marruecos el principal Estado del cual provienen los extranjeros residentes en España¹.

En su modalidad no contributiva, en virtud del contenido de los arts. 351 a 362 Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS) las prestaciones familiares se componen de tres grupos de prestaciones, distintas en cuanto a su forma de pago, cuantía y requisitos de acceso. Como aspecto común, las tres responden a la misma lógica, cual es la aportación de una renta económica a los progenitores cuando se produce el nacimiento de un hijo, siendo la situación de necesidad protegida el incremento de gastos que implica el sustento de nuevos familiares económicamente dependientes. Tales prestaciones son las siguientes²:

1º) Una asignación económica por cada hijo menor de dieciocho años o mayor de dicha edad y que esté afectado por una discapacidad en grado igual o superior del 65 por ciento, a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, así como por menores a su cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción.

2º) Una prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad.

3º) Una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

Por otra parte, en relación a los ciudadanos que pueden acceder a tales prestaciones, la propia LGSS en términos generales determina, en su art. 7.2, que se integran en el nivel no contributivo español los extranjeros que residan legalmente en España, teniendo en cuenta lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y los tratados, acuerdos, convenios o instrumentos

* Estudio efectuado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+i DER2016-74971-P “Jurisprudencia y doctrina: incidencia de la doctrina española en las resoluciones judiciales de los órdenes civil, penal y laboral”.

¹ Según el informe “Extranjeros residentes en España”, efectuado por el Observatorio de Inmigración, a fecha de 31 de diciembre de 2018 (el informe se publica a fecha de febrero de 2019), p.2, Rumanía es el primer país con más residentes extranjeros en España, seguido de Marruecos, Reino Unido e Italia. En cuanto a datos de afiliaciones de trabajadores extracomunitarios, el informe del mismo Ministerio de febrero de 2019, “Afiliación de extranjeros a la Seguridad Social”, p.14, establece que, de un total de 990.007 afiliados extracomunitarios, 232.048 provienen de Marruecos.

² Art. 351 LGSS.

internacionales, adoptados, suscritos o ratificados al efecto. La Ley 4/2000 lo que determina es la aplicación del principio de igualdad de trato en el acceso a prestaciones contributivas y no contributivas, entre españoles y extranjeros residentes en España que, lógicamente, es aplicable en todos sus términos a los nacionales del Reino de Marruecos.

En relación a los acuerdos o convenios internacionales que determinen el posible establecimiento de un régimen jurídico específico para los nacionales marroquíes en esta materia, siendo Marruecos un país que no forma parte de la Unión Europea, los principales instrumentos normativos internacionales que pueden ser de aplicación a la materia analizada, y que han planteado cuestiones jurisprudenciales relevantes, tienen una doble naturaleza.

Por una parte, hay que tener en cuenta la concertación de un Convenio bilateral entre España y el Reino de Marruecos, sobre Seguridad Social, de fecha de 8 de noviembre de 1979³, que únicamente ha sido una vez modificado por Protocolo adicional, de 27 de enero de 1998⁴. Su posible extensión a la cobertura de las prestaciones no contributivas ha sido (y sigue siendo) una cuestión controvertida, pues no coinciden los criterios de la norma jurídica, el INSS como Entidad Gestora y los Tribunales de justicia, como pondremos de manifiesto.

Por otra parte, en esta materia va a ser singularmente significativa la existencia de Acuerdos de Cooperación y de Asociación entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos. En primer lugar, se firma el Acuerdo de Cooperación el 27 de abril de 1976⁵ y, posteriormente, el Acuerdo euromediterráneo de 24 de enero de 2000, con contenidos muy similares, y con la particularidad de incluir referencias que afectan al ámbito de la protección social. La existencia de estos Acuerdos también plantea ciertos problemas en relación al derecho a prestaciones familiares no contributivas de los nacionales marroquíes, siendo muy significativo el hecho de que, como analizaremos, su contenido tiene eficacia directa y, consecuentemente, puede modificar lo que está previsto en la LGSS.

La posible prioridad aplicativa de los Acuerdos sobre el Convenio bilateral viene prevista en el propio Acuerdo euromediterráneo al determinar en su art. 68 que las disposiciones que se puedan adoptar para

³ Entra en vigor el 1 de octubre de 1982, según BOE de 13 de octubre de 1982. El Acuerdo administrativo para su aplicación es de 8 de febrero de 1984.

⁴ BOE de 24 de enero de 2011.

⁵ Adaptado por Reglamento del Consejo de 26 de septiembre de 1978.

asegurar su aplicación, no pueden afectar a los derechos y obligaciones que resulten de los acuerdos bilaterales existentes entre Marruecos y los Estados miembros, “*en la medida en que éstos prevean un régimen más favorable*”. Es decir, las reglas más favorables del Convenio bilateral siempre resultarán de aplicación prioritaria, pero si son más desfavorables habría que acudir a los términos del Acuerdo⁶. Por todo lo expuesto, en la materia analizada habría que tener en cuenta, en primer lugar, el contenido del Convenio bilateral si es más favorable, en segundo lugar, el contenido del Acuerdo de asociación con la Comunidad Europea y, en tercer lugar, lo previsto en la LGSS. Pero todo ello partiendo del hecho de que las prestaciones no contributivas estén incluidas en el ámbito de aplicación de todas las normas internacionales.

Analizamos, a continuación, el criterio de los Tribunales sobre cuestiones diversas que atañen a los requisitos que deben cumplir los nacionales marroquíes para poder solicitar y percibir las prestaciones familiares no contributivas, teniendo en cuenta que hay pronunciamientos, tanto del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, como del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia españoles. Y ya adelantamos que el panorama jurídico que se configura entre el contenido de las normas internacionales, españolas y el criterio de los Tribunales, es francamente caótico en diversos aspectos. Estas situaciones, cuando se producen, no generan más que litigiosidad e inseguridad jurídica, que podría, en este caso, solventarse con una revisión y actualización de la LGSS y de las normas internacionales en juego.

II. SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL “DOBLE” REQUISITO DE RESIDENCIA EXIGIDO POR LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL MANTENIMIENTO DEL DERECHO SI LOS HIJOS RESIDEN EN MARRUECOS

Atendiendo al contenido de nuestra LGSS, las prestaciones familiares no contributivas se caracterizan por su consideración, en principio, como prestaciones no exportables, en el sentido de que es presupuesto “*sine qua non*” para su percibo que los solicitantes, españoles o extranjeros, “*Residan legalmente en territorio español*” en los tres grupos de prestaciones afectadas⁷.

⁶ Autores como SÁNCHEZ CARRIÓN, L. “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el derecho comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47(2003): 23, lo interpretan en el sentido de que los Estados miembros deben cumplir, prioritariamente, el Acuerdo suscrito por la Comunidad frente a lo previsto en los Convenios bilaterales.

⁷ Por una parte, el art. 7.2 LGSS integra en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social a los extranjeros que residen legalmente en territorio español. Por (...)

Pero, además, en relación a estas prestaciones la exigencia del cumplimiento del requisito de la residencia en territorio español tiene la particularidad de incorporarse, no sólo como requisito a cumplir por el progenitor beneficiario de la prestación, sino también por el hijo que causa derecho a la misma. Así, con la reforma introducida por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, el art. 352.1 b) LGSS, en relación a las asignaciones económicas por hijo o menor a cargo, contempla que los beneficiarios residentes deben tener a su cargo hijos o menores “*que residan en territorio español*”⁸. Por ello puede afirmarse que se exige el cumplimiento de un “doble” requisito de residencia, que las normas internacionales y las resoluciones de los Tribunales ponen en cuestión.

Como circunstancia que viene a incrementar la intensidad del requisito, a criterio del INSS no basta con el mero cumplimiento en el momento de la solicitud, lo cual facilitaría su posterior exportación, sino que ésta debe mantenerse durante todo el tiempo de disfrute de la correspondiente asignación económica⁹. Como excepciones a esta exigencia de residencia continuada, se contemplan situaciones que no implican suspensión de la misma en el caso de los trabajadores trasladados por sus empresas al extranjero, si cotizan al Sistema español de Seguridad Social, las ausencias por causa de enfermedad justificada y las ausencias por tiempo inferior a noventa días¹⁰. De todas ellas, la primera es la única que supone una posible forma de exportabilidad por causa que no sea de fuerza mayor, pero vinculado a un elemento netamente contributivo que justifica, en sí mismo, la excepción. De hecho, no sería aplicable en el caso de los destinatarios más frecuentes de las prestaciones o contributivas, cuales son los ciudadanos que no perciben ingresos profesionales.

En definitiva, atendiendo únicamente al contenido de la LGSS, estas prestaciones pueden considerarse de naturaleza no exportables, en principio independientemente de cual sea el contexto en el cual se produzca el cambio

otra parte, el mismo inciso incluye el art. 352.1 a), al cual se remiten también el 357.3 y el 359, y art. 10.1 a) R.D. 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social.

⁸ Art. 352.1 b) y art. 10.1 b) R.D. 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social.

⁹ Circular de la Dirección General del INSS núm. 29/1994, de 13 de octubre, citada por SEMPERE NAVARRO, A. y BARRIOS BAUDOR, G.L. *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social Volumen II* (Pamplona: Aranzadi, 2018), 33.

¹⁰ Art. 28.4 y 10.1 b) R.D. 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social.

de residencia, comunitario o extracomunitario, y de la condición del sujeto que la solicita, es decir, independientemente de que éste sea trabajador, perceptor de una prestación de Seguridad Social o inactivo.

En relación a esta regulación hay dos cuestiones sobre las cuales se han producido interesantes pronunciamientos jurisprudenciales: por una parte, sobre la posible vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación que pueda suponer en relación al acceso de los extranjeros el requisito de la residencia, habida cuenta de que éstos tienen mayores complicaciones para poder acreditar la residencia legal; por otra parte, sobre la legitimidad de la exigencia del cumplimiento del requisito de la residencia a los hijos causantes, teniendo en cuenta que prima la convivencia como factor decisivo para ser considerado hijo “a cargo” frente a la dependencia económica.

Sobre la primera de las cuestiones planteadas, ha sido el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 14 de junio de 2016, el que ha entrado a valorar si el criterio de la residencia puede llevar implícita una discriminación indirecta¹¹. El supuesto de hecho enjuiciado se refiere a la legalidad de la exigencia del requisito de la residencia en unas prestaciones británicas (los denominados “complementos familiares”) que se califican como “prestaciones universales no contributivas” (no como “prestaciones especiales en metálico no contributivas”), financiadas mediante impuestos y, por lo tanto, con bastante similitud con las prestaciones por hijo a cargo no contributivas españolas. Bien es cierto que esta resolución lógicamente se basa en lo establecido en normas comunitarias (en concreto, el Reglamento 883/2004, de 29 de abril, de coordinación de los Sistema de Seguridad Social, al prever en su art. 4 que *“Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”*), no aplicables a las relaciones hispano-marroquíes. Pero resulta particularmente interesante su criterio, habida cuenta de que este principio está presente en normas sí aplicables a estas relaciones, como son la LGSS y, como posteriormente veremos, el Acuerdo euromediterráneo.

¹¹ Caso Comisión Europea contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (referenciada por M.C. Urcelay Lecue, “El TJUE permite al Reino Unido exigir derecho de residencia a los ciudadanos UE, que no ejercen actividad económica, para percibir prestaciones por hijo a cargo”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, (2016), y también significativa la sentencia de 11 de junio de 1998, caso Anne Kuusijarvi contra Riksforsakringsverket.

El criterio impuesto por el Tribunal en esta resolución parte de la inicial consideración de que el requisito de la residencia exigido en el Estado que concede la prestación provoca una discriminación indirecta de los extranjeros respecto de los nacionales de los Estados miembros, por la mayor dificultad que éstos tendrán para poder cumplirlo. En este sentido, el Tribunal reproduce el argumento recogido en otras resoluciones anteriores en virtud de las cuales se considera una disposición de Derecho nacional como indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar en mayor medida a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios nacionales e implique, por consiguiente, el riesgo de perjudicar más específicamente a los primeros¹².

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia finalmente considera no discriminatorio este requisito, encontrando una justificación objetiva, razonable y proporcionada para su integración en los ordenamientos jurídicos. A su juicio, es criterio suficiente la salvaguarda de las finanzas del Estado de acogida y el evitar las consecuencias que, sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder el Estado, pueda tener el reconocimiento de la prestación.

Este argumento puede ser válido desde un punto de vista objetivo, siempre y cuando no entremos a considerar los factores que van a determinar la obtención de la residencia legal por los extranjeros en España. Queremos con ello decir que, una cosa es evitar que los no residentes puedan solicitar prestaciones familiares no contributivas, como garantía de unas prestaciones que no están financiadas con cotizaciones sino con recursos financieros propios del Estado, y otra distinta que la propia obtención de la residencia por nacionales de terceros países tenga como condicionante y factor de reconocimiento el no poder tener acceso a prestaciones no contributivas. O, dicho de otra forma, una cosa es que los extranjeros tengan mayor dificultad de acceso, y otra distinta que el acceso sea imposible por impedirlo las normas que regulan los condicionantes para la obtención de la residencia legal.

Y precisamente nos cuestionamos la validez de esta justificación del Tribunal atendiendo a los criterios exigidos por el ordenamiento jurídico español. En concreto, resulta difícilmente extrapolable si lo ponemos en relación con el condicionamiento de la obtención de la residencia temporal¹³ sin

¹² Cita, como referencia, la sentencia de 13 de abril de 2010, caso Bressol y otros.

¹³ Como establece la Circular núm. 4/2006, de 11 de octubre, del INSS, con Instrucciones para la aplicación de las normas sobre protección familiar de la Seguridad Social, apartado 2.2.2. b), es posible acreditar la residencia permanente o temporal.

autorización de trabajo a que los extranjeros cuando *“dispongan de medios suficientes para sí y, en su caso, para los de su familia”*, impuesto en la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España¹⁴. La cuantía de los *“medios suficientes”* se concreta objetivamente en su Reglamento de desarrollo¹⁵, norma de la cual se deduce que es necesario tener ingresos superiores a aquellos que, según la normativa vigente, permiten el acceso a las prestaciones no contributivas, sujetas al cumplimiento de requisitos relacionados con la limitación en los ingresos anuales obtenidos¹⁶.

Sobre la segunda de las cuestiones planteadas, cual es la legitimidad de la exigencia del cumplimiento del requisito de la residencia a los hijos causantes, ha sido el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de enero de 2003¹⁷, seguido por algunas resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia¹⁸, el que se ha pronunciado sobre su adecuación al Convenio núm. 157 OIT, sobre la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social. En concreto, en relación al contenido de su art. 1, que determina sobre el alcance de los *“miembros de la familia”* a considerar lo siguiente: *“cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado”*. Es decir, en el ámbito de la OIT está claramente diferenciada la convivencia bajo el mismo techo y la situación de *“estar a cargo”*, o, lo que es lo mismo, la dependencia económica, dándose

¹⁴ Art. 31.2. En similares términos, art. 9 R.D. 557/2011, de 20 de abril. Pero igualmente se prevé la posibilidad de obtener la residencia definitiva en otras situaciones, contempladas en dicho Reglamento, en su art. 148, entre otras: residencia legal y continuada durante cinco años; beneficiarios de pensiones de jubilación o incapacidad del nivel contributivo; españoles de origen que perdieron la nacionalidad española.

¹⁵ R.D. 557/2011, de 20 de abril, art. 47.1 a) Para su sostenimiento, durante su residencia en España, una cantidad que represente mensualmente en euros el 400% del IPREM, o su equivalente legal en moneda extranjera. b) Para el sostenimiento de cada uno de los familiares a su cargo, durante su residencia en España, una cantidad que represente mensualmente en euros el 100% del IPREM, o su equivalente legal en moneda extranjera, cantidad a acreditar de forma adicional a la referida en el apartado a) anterior.

¹⁶ Por todos, art. 352.1 c) LGSS.

¹⁷ Núm. Rec. 152/2002. Sobre el particular, PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J. *“Prestaciones familiares y cláusulas de residencia: de cómo la norma va contra la jurisprudencia o el olvido de Europa”*, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32(2012): 3 y ss.

¹⁸ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 3 de mayo de 1996 (núm. Rec. 3067/1995) y de Canarias, de 25 de noviembre de 2004 (núm. Rec. 1316/2002).

prioridad a la segunda para determinar a los sujetos que integran el concepto de “familia” a efectos de Seguridad Social. Y es que por otra parte hay que tener en cuenta que la justificación del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea puede considerarse válida sólo en relación a la posición de los beneficiarios, pero no tiene sentido si se pone en relación a los hijos causantes.

Con, a nuestro juicio, acertado criterio, el Tribunal Supremo en la citada sentencia determinó que la exigencia adicional de residencia a los hijos causantes en territorio español es contrario al contenido de dicho Convenio. Afirma el Tribunal que lo realmente determinante no es que los hijos convivan con el solicitante, sino que sean sostenidos económicamente por éste. Es más, afirma que exigir la convivencia constituiría un “obstáculo formal... muchas veces imposible de hecho” para la concesión de estas prestaciones, que no tienen por finalidad fomentarla sino permitir la subsistencia de personas con escasos recursos económicos. Entendemos que, en sí misma, la exigencia de residencia de los hijos es un obstáculo evidente para la libre circulación de trabajadores e, incluso, en opinión de algún sector doctrinal puede suponer una discriminación indirecta para los trabajadores extranjeros al no alcanzar las razones objetivas alegadas por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea a este supuesto¹⁹.

Ciertamente el Tribunal Supremo se pronunció sobre un supuesto de hecho al cual no era aplicable la reforma normativa que incorpora la “doble” residencia y, por lo tanto, el criterio de la sentencia recurrida no tenía apoyo legal. Pero, en cualquier caso, su argumentación de fondo debería ser hoy en día igualmente válida, pero entendiendo que lo que vulnera el Convenio no es una resolución de un Tribunal que se recurre, sino la propia LGSS. De hecho, este criterio del Tribunal Supremo es seguido mayoritariamente por resoluciones posteriores de los Tribunales Superiores de Justicia, algunas relativamente recientes. Es más, se ha hecho extensivo a la residencia de los hijos en otros países como Argentina o Pakistán²⁰.

¹⁹ PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J. “Prestaciones familiares y cláusulas de residencia: de cómo la norma va contra la jurisprudencia o el olvido de Europa”, ob.cit., 4.

²⁰ Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Islas Canarias, de 25 de noviembre de 2004 (núm. Rec. 1316/2002), y Cataluña, de 19 de abril de 2006 (núm. Rec. 2047/2005) y de 30 de marzo de 2016 (núm. Rec. 6826/2015). En sentido contrario, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 31 de enero de 2006 (núm. Rec. 1127/2005), deniega la prestación por la residencia de los hijos en Argelia, argumentando que el criterio del Tribunal Supremo es anterior a la reforma de la Ley 52/2003.

En conclusión, en atención a este criterio jurisprudencial lo previsto en el art. 352.1 b) LGSS puede considerarse contrario a las normas OIT y probablemente constitutivo de discriminación indirecta.

La exigencia de residencia a los hijos causantes, de hecho, está bastante limitada en aplicación de la normativa internacional. Según la propia Circular del INSS núm. 4/2006, de 11 de octubre, con Instrucciones para la aplicación de las normas sobre protección familiar de la Seguridad Social, si el hijo reside en un país vinculado a España por norma internacional se considerará como residente en España²¹. En el caso concreto de Marruecos, así sucede para los beneficiarios marroquíes cuyos hijos residen en Marruecos o en algún Estado miembro de la Unión Europea, pues en atención al contenido de los Acuerdos de Cooperación y Asociación con la Comunidad Europea analizados “*se beneficiarán de las prestaciones familiares para los miembros de su familia que residan en la comunidad*”²². Pierde, así, virtualidad la cuestionable regla exigida en el art. 352.1 b) LGSS, pero teniendo en cuenta que, como reafirma el propio Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, dicho precepto sí puede tener eficacia cuando los hijos causantes residan en algún otro Estado²³.

En relación con esta cuestión, también hay pronunciamientos jurisprudenciales significativos que pueden afectar, no ya a las asignaciones mensuales, sino a las otras dos asignaciones de pago único previstas en la LGSS, en los arts. 357 a 360. En ambos casos hay una cierta conexión indirecta de los hijos causantes con el criterio de la residencia puesto que, en relación a la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y de madres con discapacidad, se exige la adopción o el nacimiento del hijo “*en España*”²⁴. Y para la prestación por parto o adopción múltiples, igualmente se determina que el parto o adopción múltiples serán “*producidos en España*”²⁵. Pero, a nuestro juicio, si el parto o la adopción se producen en Marruecos, no entendemos que sea razonable aplicar un régimen distinto al que se está haciendo extensivo a las asignaciones mensuales por hijo a cargo, en caso de

²¹ Apartado 2.3.3.

²² Arts. 41.3 y 65.3, respectivamente.

²³ Como se deduce de la sentencia de 20 de marzo de 2001, caso Fahmi y Esmoris Cerdeiro-Pinedo contra Fahmi y Esmoris Cerdeiro-Pinedo.

²⁴ Art. 357.1.

²⁵ Art. 359.

que el solicitante sea residente en el Estado español, teniendo en cuenta que pueden solicitarlas tanto el padre como la madre si hay convivencia²⁶.

En función de la Circular del INSS 4/2006, de 11 de octubre, así se interpreta, aun cuando con limitaciones temporales, puesto que *“Cuando el nacimiento o la adopción se produzca en el extranjero podrá causarse la prestación cuando el nacido o adoptado se haya integrado, dentro de un plazo máximo de noventa días, a contar desde su nacimiento o desde la formalización de la adopción, en un núcleo familiar con residencia en España”*²⁷. Y este criterio viene, de alguna manera, confirmado por la resolución del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 3 de marzo de 2016²⁸, la cual, en relación a la prestación familiar contributiva, cual es el cómputo de los periodos de cotización asimilados por parto del art. 235 LGSS²⁹, determina la legitimidad de su aplicación cuando el parto ha tenido lugar en Marruecos.

III. SOBRE LA INTEGRACIÓN DE ESTAS PRESTACIONES EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO SOBRE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y EL REINO DE MARRUECOS

Una cuestión ciertamente controvertida, por la disparidad de criterio existente entre las Entidades Gestoras del Sistema de Seguridad Social (más en concreto, el criterio del INSS manifestado en su Circular 4/2006, de 11 de octubre) y los Tribunales de Justicia, es la determinación de si las prestaciones familiares no contributivas se consideran incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio bilateral de sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos.

Como circunstancia que inicialmente debemos tener en cuenta, el nivel no contributivo del Sistema no estaba configurado cuando se suscribe el Convenio bilateral, por lo que necesariamente habría que considerar aplicable algún mecanismo interno previsto en el mismo para ampliar, a posteriori, su cobertura. Dicho mecanismo se incorpora, al igual que en otros convenios bilaterales, en su art. 2.3, pudiendo la ampliación de su ámbito de aplicación producirse de dos maneras:

²⁶ Circular del INSS 4/2006, de 11 de octubre, apartado 16.1.

²⁷ Apartados 15.2. b) y 20.2 b).

²⁸ Núm. Rec. 49/2016.

²⁹ *“A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo”.*

a) A disposiciones legales relativas a una nueva rama de Seguridad Social. En este caso, se prevé que las dos partes deben convenir sobre ello, es decir, la ampliación no es automática y, a falta de acuerdo expreso, no hay ampliación. Dicho acuerdo nunca se ha producido entre España y Marruecos. Es más, en el Protocolo adicional del Convenio, firmado el 27 de enero de 1998, tampoco se incluye esta cuestión, y ya en ese entonces estaban reguladas las prestaciones no contributivas.

b) A disposiciones legales que amplíen el derecho a nuevos grupos de personas. En este caso, se prevé que la ampliación se va a producir si ninguna de las partes contratantes manifiesta alguna objeción al respecto en los tres meses siguientes a la recepción de la información sobre la modificación sobrevenida en la legislación, que prevé su art. 34.4. En este caso, por lo tanto, a falta de objeción la ampliación es automática. Dada la falta de acuerdo expreso, sólo cabe determinar que el nivel no contributivo del Sistema no sea una nueva rama de Seguridad Social, sino una ampliación a nuevos grupos de personas.

El Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, al determinar las prestaciones incluidas en su ámbito de aplicación, establece que en España se integra a las disposiciones legales del Régimen General de la Seguridad Social relativas, entre otras, a la *“protección a la familia”*³⁰, incluyéndose en apartados distintos su extensión a las prestaciones por maternidad y por muerte y supervivencia³¹. Puesto que el nivel no contributivo no estaba regulado, y teniendo en cuenta la expresa mención a su aplicación al Régimen General de la Seguridad Social, ciertamente el contenido de tales prestaciones a los efectos del Convenio es bastante ambiguo. Sólo quedarían claramente incluidas las mencionadas por el antiguo art. 167 de la Ley General de Seguridad Social de 1974, actualmente derogado, cuales eran *“a) Una asignación mensual por cada hijo, a cargo del beneficiario menor de dieciocho años o incapacitado para el trabajo, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación de aquéllos y con inclusión entre los mismos de los adoptivos. b) Una asignación mensual en las condiciones y con las limitaciones que reglamentariamente se determinen por la esposa o, en su caso, por el marido incapacitado para el trabajo y a cargo de aquélla. c) Una asignación al contraer matrimonio. d) Una asignación al nacimiento de cada hijo”*. Y en tal sentido se ha interpretado en alguna ocasión por los Tribunales, como es el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 11 de julio de

³⁰ Art. 2.1 e).

³¹ Apartados a) y d).

1997, en la cual se dirime el derecho a la asignación por hijo a cargo contributiva de la antigua LGSS, que solicitaba un nacional de Marruecos.

En la actualidad, podría interpretarse que se incluyen las prestaciones familiares contributivas (pues, en otro caso, quedaría la mención a la “protección familiar” vacía de contenido en el Convenio), es decir, el reconocimiento de periodos cotizados en determinadas situaciones relacionadas con el nacimiento de hijo o el cuidado de familiares de los arts. 235 a 237 LGSS.

Igualmente confuso en cuanto al alcance de las prestaciones familiares incluidas en el ámbito del Convenio es el contenido de su art. 31. Dicho precepto establece que *“Para la apertura del derecho a las prestaciones familiares debidas a los trabajadores por hijos a su cargo serán tenidos en cuenta, en su caso, los periodos de seguro cumplidos en ambas Partes Contratantes”*. No parece introducir una ampliación del ámbito del Convenio al nivel no contributivo, puesto que en dicho nivel no tiene sentido la alusión a los periodos de seguro cumplidos en los Estados contratantes, sólo tendría sentido la alusión a la totalización de los periodos de residencia cumplidos en ambos Estados (que tampoco es normal totalizar en los Convenios). Únicamente parecen tener encaje en él los arts. 235 a 237 LGSS.

El precepto del Convenio que, a nuestro juicio, introduce mayores dudas sobre la exclusión de las prestaciones no contributivas es el art. 32. Según el mismo *“Las prestaciones familiares debidas a un trabajador serán determinadas de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio dicho trabajador estuviera empleado”*. En España las prestaciones familiares están denominadas literalmente como tales en los arts. 351 y ss LGSS, y este precepto, a diferencia del art. 2, no distingue entre niveles contributivos o no contributivos ni establece que se apliquen a un Régimen concreto de Seguridad Social. Y en nada ayuda para dilucidar esta cuestión el contenido del Acuerdo Administrativo de aplicación del Convenio.

Para complicar esta cuestión, el criterio de la propia Seguridad Social española también es confuso. Por una parte, la Circular 4/2006, de 11 de octubre, integra claramente a las prestaciones familiares no contributivas en el ámbito del Convenio, pues determina reglas relativas al derecho a prestaciones en caso de residencia de los hijos con el cónyuge que realiza actividad laboral en Marruecos, sin aclarar cómo es posible habida cuenta del contenido anteriormente descrito³². Pero, por otra parte, si acudimos a

³² Apartado 15.2.6.

sus páginas expresas de información administrativa, las prestaciones no contributivas no se reflejan dentro de las cubiertas por el Convenio³³.

Expuesta la complicada situación normativa ante la que nos encontramos, que bien podría solventarse con una modificación y actualización del contenido del Convenio bilateral, atendiendo al criterio de los Tribunales el nivel no contributivo está fuera del alcance del Convenio y, por lo tanto, las prestaciones por hijo a cargo no contributivas también.

Habida cuenta del contenido del art. 2.3 del Convenio, los Tribunales han entrado a valorar si el nivel no contributivo configurado en España a partir de la promulgación de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen prestaciones no contributivas³⁴, es una “nueva rama” de Seguridad Social o sólo supone la integración de “nuevos grupos de personas”, pues si se considera una rama no hay ampliación al no existir acuerdo expreso, pero si se considera nuevo grupo de personas se habría producido automáticamente su inclusión en el ámbito del Convenio a falta de objeción. A nuestro juicio, es innegable la condición de nueva rama protectora del nivel no contributivo. Por una parte, porque configura un “corpus normativo” totalmente diferenciado e independientemente financiado. Por otra parte, porque no puede considerarse como vinculado a un nuevo grupo de personas distintas al protegido por el nivel contributivo al no estar vedada la integración en él de ciudadanos trabajadores de cualquier Régimen, si cumplen con el requisito de la carencia de rentas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 1 de abril de 1998³⁵, en relación a la denegación a un súbdito marroquí de una pensión de invalidez no contributiva por no cumplir el entonces exigido requisito en la LGSS de ser nacional español, resuelve claramente este dilema, a favor de la no integración del nivel no contributivo en el Convenio. Conforme a nuestro criterio, el Tribunal consideró que el nivel no contributivo no está incluido porque las prestaciones no contributivas constituyen una nueva rama de la Seguridad Social, entendiendo que “debe deducirse con claridad, no tanto de la naturaleza de las propias prestaciones y contingencias protegidas, como de su fuente de financiación y, sobre todo, de su desvinculación como

³³ <http://www.mitramiss.gob.es/es/mundo/consejerias/marruecos/pensiones/contenidos/ConvHispanoMarroqui.htm>

³⁴ Como afirma SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el ordenamiento español*, (Murcia: Laborum, 1998), 22.

³⁵ Núm. Rec. 588/1997.

relación protectora de la relación de prestación de servicios”³⁶. Afirma, así mismo, que a partir de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social se asienta la existencia de una rama contributiva y una rama asistencial en el Sistema: la primera es la de quienes la lucran mediante aportaciones personales, y la segunda la de quienes la alcanzan del erario público, sin otra razón que su vinculación con el Estado titular.

Tal criterio es seguido mayoritariamente por las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, siendo más minoritarias las sentencias que consideran incluidas en el Convenio a las prestaciones no contributivas³⁷.

En conclusión, atendiendo al criterio de los Tribunales, las prestaciones no contributivas, en general, y, dentro de ellas, las familiares en particular, están fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Seguridad Social hispano-marroquí³⁸. El limitado alcance en el que queda la cobertura del Convenio a nivel de protección familiar nos lleva a considerar la necesidad de actualizar su contenido, evitando confusiones innecesarias y la inseguridad jurídica que implica la disparidad de criterios existente entre las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y los Tribunales.

³⁶ Manifestando su opinión favorable al sentido de esta resolución, MONTOYA MELGAR, A. “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 1 de abril de 1998, en recurso de casación para la unificación de doctrina sobre solicitud de prestaciones no contributivas por una ciudadana marroquí: alcance del Convenio de Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 91(1998): 112.

³⁷ Siguen sentencias posteriores de 30 de marzo de 1999 (núm. Rec. 2410/1998) y de 28 de octubre de 1999 (núm. Rec. 4458/1998). En el mismo sentido, por todas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 14 de septiembre de 1998 (núm. Rec. 9054/1997), y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 8 de noviembre de 2001 (núm. Rec. 418/2001). En sentido contrario, sin embargo, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 10 de marzo de 1997, entendiéndose que el nivel no contributivo no es una nueva rama del Sistema. También extiende la aplicación del convenio a estas prestaciones la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 10 de julio de 2014 (núm. Rec. 660/2014), sin ninguna argumentación sobre los motivos para ello.

³⁸ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el ordenamiento español*, ob.cit., 74, afirma que “nunca ha existido entre España y Marruecos reciprocidad tácita ni expresa respecto al nivel no contributivo de Seguridad Social”.

IV. SOBRE LA APLICACIÓN A ESTAS PRESTACIONES DE LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN Y ASOCIACIÓN ENTRE LA COMUNIDAD EUROPEA Y EL REINO DE MARRUECOS

A diferencia de lo expuesto en relación al Convenio bilateral hispano-marroquí sobre Seguridad Social, la integración de las prestaciones familiares no contributivas en el ámbito de aplicación del Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y el Reino de Marruecos de 1976, y su posterior versión en el Acuerdo de Asociación de 2000, no es objeto de controversia y puede dilucidarse de su contenido sin dificultad.

En estos Acuerdos se hace alusión a las prestaciones familiares, reconociéndose el derecho a ella en los términos siguientes: *“Estos trabajadores se beneficiarán de las prestaciones familiares para los miembros de su familia que residan dentro de la Comunidad”*³⁹. Podríamos afirmar que, al igual que sucede en el Convenio hispano-marroquí, el alcance exacto de las prestaciones incluidas en la categoría de “prestaciones familiares” no está precisado, e igualmente cuando se negocia el Acuerdo de Cooperación todavía no se había regulado el nivel no contributivo en España. Pero en el texto de estos Acuerdos hay dos diferencias que son determinantes para que no haya lugar a dudas. Por una parte, que no se establecen distinciones entre prestaciones contributivas o no contributivas al determinar su ámbito de aplicación. Por otra parte, que su cobertura no está expresamente limitada a un Régimen del nivel contributivo, de hecho no se mencionan distintos Regímenes de Seguridad Social en ninguna parte de sus preceptos aplicables, por lo que su alcance entendemos que es general.

En definitiva, por prestaciones familiares a efectos del ordenamiento jurídico español se pueden interpretar y considerar tanto las contributivas como las no contributivas, y sobre todo éstas últimas dado que son las mencionadas expresamente como tales en la LGSS. Y, en este mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 30 de marzo y 28 de octubre de 1999⁴⁰.

En relación a la aplicación de estos Acuerdos en la materia que nos ocupa, el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado reafirmando esta interpretación y realizando las siguientes consideraciones, que conllevan la necesidad de tener muy en cuenta su

³⁹ Art. 41.3 del Acuerdo de 1976 y art. 65.3 del Acuerdo de 2000.

⁴⁰ Núm. Rec. 2410/1998 y 4458/1998.

contenido y la posible modificación que pueden implicar sobre lo previsto en la LGSS.

En primer lugar, el Tribunal ha afirmado que una disposición de un Acuerdo celebrado por la Comunidad con terceros países debe considerarse que es de aplicación directa, lo que significa que implica una obligación clara y precisa que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a que se produzca un acto posterior⁴¹. Esto viene a significar que el contenido del Acuerdo de Cooperación con Marruecos es directamente aplicable. En este sentido, ciertamente el propio Acuerdo establece una prioridad en la aplicación de las disposiciones más favorables que puedan estar previstas entre Convenios bilaterales entre Marruecos y Estados miembros. Pero si una materia, o bien no está tratada en estos Convenios, o bien se hace de forma más desfavorable, el contenido del Acuerdo se aplicará directamente⁴².

En segundo lugar, ha establecido que el concepto de Seguridad Social del art. 41.1 del Acuerdo debe entenderse, por analogía, con el mismo contenido que figuraba en el Reglamento 1408/71⁴³. Ello reafirma la interpretación a favor de entender incluidas en el ámbito de las prestaciones familiares, tanto las contributivas como las no contributivas⁴⁴.

Por último, ha determinado que los miembros de la familia del trabajador que residan con ellos, y que se consideran beneficiados por la proclamada ausencia de discriminación en función de la nacionalidad en el art. 41.1 del Acuerdo, alcanza no sólo al cónyuge y a los hijos, sino también a los ascendientes del trabajador y de su cónyuge⁴⁵.

⁴¹ Sentencias de 31 de enero de 1991, caso Kziber contra Kziber, En el mismo sentido, DE ALMEIDA NASCIMENTO, A. "Las relaciones entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos: el marco general y el Acuerdo Euromediterráneo de Asociación", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10 (2001): 590.

⁴² Art. 43: "Las disposiciones adoptadas por el Consejo de Cooperación...no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de los acuerdos bilaterales existentes entre Marruecos y los Estados miembros, en la medida en que éstos prevean un régimen más favorable".

⁴³ Sentencias de 20 de abril de 1994, caso Zoubir contra Estado Belga, y de 31 de enero de 1991, asunto Kzibir. En el mismo sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999 (núm. Rec. 2410/1998).

⁴⁴ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el ordenamiento español*, ob, cit., 69. Tal criterio también lo mantiene el Tribunal Supremo español, por todas, sentencias de 30 de marzo de 1999 (núm. Rec. 2410/1998) y de 21 de enero de 2003 (núm. Rec. 152/2002).

⁴⁵ Sentencia de 11 de noviembre de 1999, caso Estado Belga contra Fatnam Mesbah.

En conclusión, sí están incluidas las prestaciones familiares no contributivas españolas en el ámbito de aplicación del Acuerdo de Cooperación de 1976, lo que se corrobora en el posterior Acuerdo euromediterráneo de 2000⁴⁶, que mantiene la referencia a las prestaciones familiares dentro de los aspectos de la Seguridad Social a los cuales afecta, sin distinciones entre ramas contributivas o no contributivas⁴⁷. A mayor abundamiento, en éste último sí se hace referencia a las no contributivas para excluirlas de la aplicación de la cláusula de libre transferencia de prestaciones entre Estados⁴⁸, a la que aludiremos en el siguiente epígrafe. Y ello es singularmente importante en la materia que nos ocupa, puesto que, tal y como determina el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidades Europeas, estos acuerdos tienen eficacia directa y prioridad aplicativa frente a la LGSS.

V. SOBRE EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE “LIBRE TRANSFERENCIA”

El Acuerdo de Cooperación de 1976 ya estableció, en su art. 41,4, que los españoles se beneficiarán *“de la libre transferencia hacia Marruecos...de las pensiones y rentas de jubilación, fallecimiento y de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional así como de invalidez”*. Puede observarse la falta de alusión a las prestaciones familiares que quedaron, así, fuera del marco de la libre transferencia y, por lo tanto, de su posible exportación. En definitiva, en función de la aplicación de este precepto los perceptores de prestaciones por hijo a cargo españolas no pueden percibir las fuera del territorio español, con carácter general.

Para dar todavía más claridad a esta cuestión, y dada la falta de regulación de las prestaciones no contributivas cuando se negocia este Acuerdo, el posterior Acuerdo euromediterráneo, en su art. 65.4, incorpora idéntico principio de libre transferencia pero incorporando una puntualización anteriormente inexistente, cual es que se aplica *“a excepción de las prestaciones especiales de carácter no contributivo”*.

En conclusión, atendiendo al contenido de estos Acuerdos, no son exportables las prestaciones familiares no contributivas y, por lo tanto, no incluyen ninguna modificación respecto a lo previsto en la LGSS cuando exige residencia del solicitante en territorio español, lo cual implica su pérdida en caso de traslado de residencia a Marruecos. En tal sentido se

⁴⁶ Aprobado por Decisión del Consejo y de la Comisión 2000/204/CE, CECA.

⁴⁷ Art. 65.1.

⁴⁸ Art. 65.4.

pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 12 de noviembre de 2015⁴⁹. Además, la inclusión en el Acuerdo euromediterráneo de las prestaciones familiares dentro de aquellas beneficiadas por la totalización de los periodos de residencia cumplidos entre diferentes Estados miembros⁵⁰, a nuestros efectos no tiene ninguna virtualidad práctica⁵¹.

En un caso concreto, sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 30 de septiembre de 2015⁵², ha establecido una posibilidad de que sean exportables las prestaciones familiares no contributivas, que no está previsto en los Acuerdos de aplicación. El supuesto de hecho enjuiciado por el Tribunal afecta a un nacional marroquí, perceptor de una pensión de incapacidad permanente total derivada de contingencia profesional por haber sido trabajador en la Compañía española de Minas del Rif, el cual solicitó prestación por hijo a cargo al INSS sin tener residencia en España ni él ni el hijo causante. El Tribunal reconoce el derecho a estas prestaciones por dos razones fundamentales. Por una parte, al ser aplicable el Acuerdo de Cooperación de 1976 y no el Convenio bilateral de Seguridad Social, el concepto de trabajador que se incorpora en tales acuerdos debe interpretarse conforme a lo previsto por los Reglamentos CEE. Así, en función del art. 41.1 Reglamento 2211/198, el concepto “trabajador” es más amplio e incluye a aquellos que lo han sido o están vinculados a un Estado miembro como perceptor de prestaciones sociales, lo que sucede en este supuesto. Por otra parte, entiende el Tribunal que la afiliación a la Seguridad Social española, aun no residiendo en territorio español, suple al requisito de la residencia en España dado que sería imposible su cumplimiento por parte del beneficiario.

Con esta interpretación el Tribunal viene a aplicar, de alguna manera, una regla prevista en el Reglamento 883/2004, de 29 de abril, de coordinación de los Sistema de Seguridad Social, para los nacionales de países miembros de la Unión Europea que, en principio, no era extrapolable a terceros países pero que con esta interpretación de los Tribunales se hace extensiva a Estados vinculados por Acuerdos de Asociación. En función de

⁴⁹ Núm. Rec. 1280/2015. También se deduce que no es posible la exportación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de marzo de 2001, caso Fahmi y EsmorisCerdeiro-Pinedo contra Fhami y EsmorisCerdeiro-Pinedo, en este caso de una prestación alemana por cambio de residencia a Marruecos.

⁵⁰ Art. 65.2.

⁵¹ Prestaciones a las que no se hacía referencia en el Acuerdo de 1976, art. 41.2.

⁵² Núm. Rec. 996/2015.

su art. 67, los que sean titulares de pensiones tienen derecho a prestaciones familiares conforme a la legislación del Estado miembro que le abone la pensión. Esta previsión implica que es posible percibir prestaciones familiares que sean reconocidas por un Estado distinto a aquel en el que se reside, si no hay coincidencia entre el Estado de residencia y el que abona las pensiones⁵³. Además, el concepto de “pensión” percibida que se integra en el Reglamento es incluso más amplio que el incluido en el derogado Reglamento 1408/71⁵⁴, por lo que es más fácil que esta situación se pueda producir⁵⁵. Pero, como limitación, el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea determina que los pensionistas tienen los derechos inherentes a la condición de trabajador que se deriven de su actividad profesional anterior, y ello implica tener derecho a prestaciones generadas por hijos que hayan nacido mientras tal actividad profesional se ejercía y no con posterioridad a la extinción de la relación laboral⁵⁶.

Lo que es cuestionable es hasta que punto los nacionales de países extracomunitarios, aun vinculados con tales Acuerdos a países de la Unión Europea, van a verse favorecidos por las reglas previstas en Reglamentos comunitarios como el citado. Por otra parte, si se tiene en cuenta la doctrina de este Tribunal a los nacionales marroquíes sería lógico que se les aplicase la misma limitación que a los nacionales miembros de países comunitarios, es decir, que sólo pueda exportarse la prestación en relación a los hijos nacidos mientras han ejercido la actividad profesional determinante del cobro de la pensión.

⁵³ En relación a las prestaciones por hijo a cargo española, se reconoce a española, residente en España, que percibe pensión alemana y española, la prestación por hijo a cargo alemana, aun cuando la española es de cuantía superior, en sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, de 20 de octubre de 2011, caso Pérez García, Arias Neira y otros contra FamilienkasseNurnberg.

⁵⁴ En el Reglamento 883/2004, art. 1 w, no se restringe el concepto de “pensión”, sólo menciona a las “propriadamente dichas”. Sin embargo, el art. 77 Reglamento 1408/71 únicamente contemplaba, a estos efectos, las pensiones por vejez, invalidez, y las derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

⁵⁵ Así se deduce de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, de 27 de febrero de 2014, caso Wurker contra FamilienkasseNurnberg, en la cual se reconoce la condición de pensionista a una mujer alemana residente en Suecia, a efectos de solicitar prestación por hijos a cargo del Estado alemán, aplicando el Reglamento 883/2004, pero que no sería reconocida conforme al Reglamento 1408/71.

⁵⁶ Sentencia de 31 de mayo de 2001, caso Leclerc contra Caisse Nationale des prestations familiales. En relación a su contenido, PÉREZ CAMPO, A.I. “El derecho a prestaciones familiares del titular de una pensión con residencia en otro Estado miembro”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 329 (2001).

En cualquier caso, en relación a esta cuestión resulta muy significativa la modificación que el Protocolo adicional introdujo en el art. 44.1 del Convenio bilateral, ampliando el excesivamente restringido ámbito de aplicación para las prestaciones de sus capítulos II, III y IV, a aquellos sujetos que, o bien estén asegurados por la legislación de la otra Parte, o, en su defecto, perciban una prestación, de la misma o distinta naturaleza, pero causada por el mismo beneficiario⁵⁷. Lo que sucede es que tal ampliación dejó fuera a las prestaciones familiares, incluidas en el capítulo VII por lo que, aun cuando intente ser aplicado por los Tribunales el Convenio bilateral a estas prestaciones, no les alcanzará tal previsión.

VI. SOBRE LA EXIGENCIA DE ESTAR DE ALTA PARA ACCEDER A LAS PRESTACIONES

Nos encontramos a nivel jurisprudencial con una controversia jurídica que nos parece bastante significativa por las implicaciones que puede tener en la restricción del derecho al acceso de las prestaciones por hijo a cargo para los ciudadanos marroquíes. Siendo las prestaciones no contributivas, por definición, unas prestaciones cuyos destinatarios no tienen que ser trabajadores en activo, es más, lo lógico es que no lo sean, hay pronunciamientos jurisprudenciales que exigen la condición de trabajador en alta al ciudadano marroquí para poder solicitar las prestaciones por hijo a cargo, considerando que el Convenio bilateral de Seguridad Social sólo protege a trabajadores. Es más, este parece ser el criterio seguido por el INSS⁵⁸.

Tal criterio puede tener una repercusión indudable en la aplicación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, puesto que la LGSS no incluye, en ningún caso, esta exigencia, ni tampoco la Ley 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España. Máxime teniendo en cuenta que dicho principio inspira todo el contenido de los Acuerdos entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos, estableciéndose en ambos que *“los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de su familia que residen con ellos, se beneficiarán, en el sector de la Seguridad Social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad*

⁵⁷ Art. 4 del Protocolo.

⁵⁸ Adelantamos que, en consulta expresa efectuada por la autora a la Seguridad Social a través de su buzón de consultas, la respuesta a esta cuestión a 21 de febrero de 2019, ha sido, literalmente, la siguiente: *“sólo se abonará la prestación mientras el progenitor residente en España se encuentre trabajando, dejando de percibirse si deja de estar en situación de alta. Cualquier pago realizado en situación de baja laboral deberá ser considerado como indebido”*.

con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros”⁵⁹. De la misma forma, la Ley 4/2000, como así afirman algunos autores⁶⁰, supuso un punto de inflexión en el reconocimiento del derecho a la igualdad de los extranjeros respecto de los nacionales españoles, principio que no sería lógico contravenir en base al contenido de Convenios suscritos con anterioridad y que, por otra parte, en relación a estas prestaciones ya hemos determinado que la propia jurisprudencia ha rechazado su aplicación.

Precisamente el concepto de “trabajador” aludido en los Acuerdos, al que debe hacerse extensivo este principio, es a lo que las resoluciones de los Tribunales deberían atender, pues no es un concepto literal como ya indicamos anteriormente. En sentencia de 3 de octubre de 1996⁶¹, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea determina que el concepto “trabajador” del art. 41.1 del Acuerdo de 1976 engloba tanto a trabajadores en activo como a los que han abandonado el mercado de trabajo, en particular, después de haber alcanzado la edad para percibir pensión de jubilación o después de haber sido víctimas de los riesgos que dan derecho a prestaciones con arreglo a otras ramas de Seguridad Social⁶². A mayor abundamiento, establece que no se puede imponer a los nacionales Marroquíes o de miembros de la UE requisitos adicionales o más rigurosos que los aplicables a los nacionales del Estado miembro, pues va contra el principio de no discriminación del propio art. 41.1 del Acuerdo de 1976. En definitiva, a su criterio es incompatible con dicho principio el hecho de exigir nacionalidad, o requisitos como un periodo de residencia mayor que a los nacionales o el ejercicio de una actividad profesional en el Estado miembro controvertido, cuando no son exigidos a los nacionales.

Partiendo de lo previsto en la Ley 4/2000 y de la necesidad de no vulnerar el principio de no discriminación, hay resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia que admiten el percibo de las prestaciones no contributivas por residentes en España de nacionalidad marroquí, que no son trabajadores en activo. Destacamos, en este, sentido, las resoluciones de los Tribunales de Andalucía, en sentencia de 8 de noviembre de 2001⁶³, y de

⁵⁹ Arts. 41.1 y 65.1.

⁶⁰ BALLESTER PASTOR, I. “Prestaciones familiares económicas por hijos a cargo, extranjeros migrantes y residencia efectiva en España y en Europa: estudio sobre un conflicto normativo pendiente”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32 (2012): 15.

⁶¹ Caso A. Hallouzi-Choho contra Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank.

⁶² Esto último expresamente afirmado por el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de marzo de 1999 (núm. Rec. 2410/1998).

⁶³ Núm. Rec. 418/2001.

Cataluña, en sentencia de 28 de septiembre de 1999, en las cuales se reconoce el derecho a pensión de invalidez no contributiva a un nacional marroquí que no estaba en España en situación de alta. Nótese que no se refieren a prestaciones familiares por hijo a cargo, pero el argumento debería ser igualmente aplicable, porque fuera del Convenio están todas las prestaciones no contributivas, según criterio jurisprudencial, y si se considera que están incluidas igualmente el Convenio sólo alude a los trabajadores (con las excepciones introducidas por el Protocolo adicional).

De forma contradictoria a lo expuesto, en resoluciones recientes los Tribunales Superiores de Justicia están adoptando un criterio distinto, favorable a la exigencia de alta de los perceptores de prestaciones por hijo a cargo que, o bien son nacionales marroquíes, o bien sus hijos causantes residen en Marruecos. Nos referimos a las sentencias de los Tribunales de Islas Baleares, de 13 de marzo de 2013⁶⁴, y de Andalucía, de 10 de julio de 2014⁶⁵. En el primer caso, la prestación se percibía por un pensionista de incapacidad permanente total, cuyos hijos eran residentes en Marruecos y, en el segundo, por un trabajador transfronterizo, nacional marroquí. En ambos casos, los Tribunales han realizado dos consideraciones, a nuestro juicio cuestionables. En primer lugar, ambos han argumentado considerando que las prestaciones por hijo a cargo se reconocen en aplicación del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, lo cual es contrario al criterio de otros Tribunales, y del Supremo en particular. En segundo lugar, la deniegan en base a una interpretación del concepto de “trabajador” protegido por el Convenio en un sentido estricto, es decir, que sólo da cobertura aquellos ciudadanos con un empleo y en situación de alta a efectos de Seguridad Social. Ni siquiera se considera alta la vinculación al Sistema como perceptor de una pensión. En virtud de lo anteriormente expuesto, a esta última conclusión no podría llegarse si se aplican los Acuerdos con la Comunidad Europea y la jurisprudencia de sus Tribunales que, además, en este caso serían la norma más beneficiosa y deberían tener prioridad aplicativa.

Para evitar que las resoluciones de los Tribunales continúen realizando esta interpretación de las normas, contraria a la propia doctrina de los Tribunales de la Unión Europea y al contenido de la Ley Orgánica 4/2000, parece necesario que se actualicen las normas internacionales que intervienen en la determinación de los derechos sociales de los ciudadanos marroquíes, que podría venir por la vía de modificar el Convenio bilateral

⁶⁴ Núm. Rec. 664/2012.

⁶⁵ Núm. Rec. 660/2014.

sobre Seguridad Social. Con ello podría evitarse esta situación de desigualdad injustificada, revisándose el obsoleto contenido que actualmente tiene su mención a la “*protección a la familia*” como situación protegida.

VII. SOBRE EL MANTENIMIENTO DEL DERECHO EN CASO DE RESIDENCIA DEL OTRO PROGENITOR EN EL REINO DE MARRUECOS

En la LGSS, art. 352.1 d), LGSS es requisito exigido que “*no tengan derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social*”. Por otra parte, el art. 361.1 impone que, si tanto el padre como la madre cumplen con los requisitos para solicitar la prestación, “*el derecho a percibirlas sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos*”. Es decir, en caso de que el padre y la madre residan en países diferentes, sólo se podría solicitar la prestación española si no se percibe una de la misma naturaleza en Marruecos. Por ello, el INSS, al determinar la documentación a entregar con la solicitud, exige que se aporte un certificado acreditativo de que el otro progenitor, si reside en Marruecos, no percibe una prestación análoga.

Sobre este particular se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 12 de septiembre de 2017⁶⁶, en la cual se deniega el derecho a la prestación de la progenitora de los menores por residir el otro progenitor en Marruecos, entendiendo que no se acredita, de forma suficiente, la ausencia de percibo de la prestación. Y ello aun cuando el hijo causante estaba empadronado y residía con la progenitora, pues, al no constar la separación o el divorcio de hecho, el Tribunal entiende que es posible que también esté empadronado el hijo con el padre en Marruecos.

Lo que no se contempla en los Acuerdos entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos es la determinación de la legislación que debe aplicarse de forma prioritaria cuando se plantean estas situaciones en las que los dos progenitores no residen en un mismo Estado. Sí está prevista en los Reglamentos comunitarios de coordinación, en virtud de los cuales debería ser el Estado en el cual residan los hijos causantes, y en el Convenio sobre Seguridad Social hispano-marroquí, concretamente en su Acuerdo administrativo de aplicación, cuyo art. 25.2 establece que “*Cuando uno de los cónyuges trabaje en el territorio de una de las Partes y el otro estuviere trabajando en el territorio de la otra Parte, las prestaciones familiares en favor de los hijos se percibirán únicamente a cargo de la Institución del país en el cual el hijo resida*”.

⁶⁶ Núm. Rec. 2242/2017.

No es esta una regla que implique la exportación de la prestación por hijo a cargo, sino que intenta evitar el doble abono de estas prestaciones.

Aun cuando no esté recogido en los Acuerdos, el criterio el INSS está siendo la aplicación de la misma regla prevista en el Convenio bilateral⁶⁷ que, por otra parte, es lo lógico si consideramos que el percibo de estas prestaciones tiene más sentido que se produzca por el progenitor que convive con el causante o, cuanto menos, que tiene una relación territorial más cercana. Sin embargo, lo previsto en la Circular 4/2006 tiene un sentido más ambiguo, pues determina que se abona la prestación al progenitor “*con el que conviva*” en casos de separación, nulidad o divorcio⁶⁸, que son en los que con mayor frecuencia se producen las situaciones de distinta residencia de los progenitores. Pero, ciertamente, si trasladamos esa regla a situaciones de residencia en Estados diferentes, la convivencia sólo va a poder producirse en el país de residencia del hijo.

En definitiva, atendiendo al criterio de la sentencia analizada, si es el Estado en el que reside el hijo causante el que va a reconocer el derecho a la prestación, va a ser un requisito constitutivo de tal derecho en España el presentar el certificado acreditativo de que el otro progenitor no percibe una prestación análoga en su Estado de residencia, no siendo válida la mera acreditación del empadronamiento.

VIII. BREVES CONCLUSIONES

A la luz de todo lo expuesto, se vislumbra una clara necesidad de actualización del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, probablemente el instrumento más idóneo para dar por finalizada esta continua disparidad de criterios entre el INSS y los Tribunales en su interpretación.

La no exigencia de alta a los nacionales marroquíes, la posible exportación de las prestaciones en el caso de los pensionistas o la supresión del cumplimiento del requisito de la residencia en territorio español de los hijos causantes, deberían ser cuestiones que contasen con una regulación jurídica más explícita que la actualmente existente. Sobre todo teniendo en

⁶⁷ Adelantamos que, en consulta expresa efectuada por la autora a la Seguridad Social a través de su buzón de consultas, la respuesta a esta cuestión ha sido, literalmente, la siguiente: “si se determina que existe un progenitor que vive en Marruecos y está trabajando, la prestación no será abonada por España, al prevalecer el derecho a prestaciones por el país de residencia de los hijos”. Además, la sentencia citada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 12 de septiembre de 2017, también alude a la previsión de esta cuestión en el Convenio.

⁶⁸ Apartado 6.2.

cuenta que los fenómenos migratorios entre España y el Reino de Marruecos siempre van a tener una elevada intensidad y no tiene sentido que, precisamente en relación a estos nacionales, las normas internacionales aplicables no tengan un contenido claro y, sobre todo, actualizado a la realidad de la cobertura de nuestro Sistema de Seguridad Social. Y en esta regulación lo que se demanda es la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación, previsto en los Acuerdos de asociación y cooperación negociados con la Unión Europea.

LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

M^a FUENCISLA RUBIO VELASCO¹
PFRA. DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE HUELVA

SUMARIO

I. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	136
1. EL DESPLAZAMIENTO INTERNACIONAL	136
2. LOS DESPLAZAMIENTOS COMO VARIEDAD DE LA MOVILIDAD LABORAL INTERNACIONAL	137
2.1. La Organización Internacional Del Trabajo	137
2.2. La Directiva (UE) 2018/957	139
2.3. Principios esenciales en los desplazamientos de trabajadores	140
II. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS	143
1. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	144
1.1. El principio de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros y sus excepciones.....	144
1.2. El principio de reciprocidad entre estados	150
1.3. El principio de conservación de derechos adquiridos	151
1.4. El principio de mantenimiento de derechos en curso de adquisición.....	153
1.5. El principio de cooperación entre estados	154
2. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA	156
III. CONCLUSIONES.....	159

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto MINECO DER2017-83040-C4-3-R “La Seguridad Social Internacional y Comunitaria: Conflictos de Leyes y Protección Social”.

I. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

1. EL DESPLAZAMIENTO INTERNACIONAL

El desplazamiento internacional, a diferencia de lo que podamos pensar, no tiene su origen en el Derecho del Trabajo, sino que trae causa en el ordenamiento de la Seguridad Social, donde se descubren los rasgos a partir de los cuales aparecerá definido. En este caso, la temporalidad supone un ánimo de retorno del desplazado y, el mantenimiento de la relación laboral con el empresario original, lo cual evita la ruptura del vínculo contractual primero conservando el centro de gravedad de la actividad en el país de origen.²

Al tratarse de un desplazamiento temporal, el objetivo de los trabajadores desplazados es regresar al Estado miembro de origen, tras concluir el trabajo para el que se desplazaron. Sin embargo, debido a la larga duración de algunos desplazamientos y el vínculo existente entre el mercado de trabajo del Estado miembro de acogida y los trabajadores desplazados durante esos largos períodos, si el desplazamiento es superior a 12 meses, los Estados miembros de acogida deberán velar por que las empresas que desplazan trabajadores a su territorio, garanticen a dichos trabajadores un conjunto de condiciones de trabajo adicionales que se aplican obligatoriamente a los trabajadores en el Estado miembro donde se efectúa el trabajo³.

En supuestos de desplazamientos temporales de trabajadores de terceros Estados en el marco de una prestación de servicios, surge un conflicto entre la libre prestación de servicios del empresario (a cuyo servicio se encuentra el trabajador extranjero), y las exigencias del país de destino. Es decir, los trabajadores nacionales de terceros países ven condicionada su movilidad transnacional para ejercer una prestación laboral en un país comunitario (miembro de la UE), a la concesión de un visado de residencia y a una autorización para trabajar⁴.

En España, la norma de referencia, la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una

² FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J. *Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Determinación de la normativa aplicable en el proceso social español. Alegación y prueba del derecho extranjero*, Eolas, León, 2015, p. 45.

³ Considerando 9. Directiva 2018/957.

⁴ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. *El desplazamiento Temporal de Trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 38.

prestación de servicios transnacional⁵, parte del desarrollo del fenómeno que constituye el objeto de su regulación, los desplazamientos temporales de trabajadores, como consecuencia del “notable incremento” experimentado por las prestaciones de servicios transnacionales dentro de la Unión Europea intensificado por la moneda única y la interdependencia económica de los Estado miembros.⁶

Así lo establece en su Exposición de Motivos, “la actuación en el gran mercado interior comunitario de numerosas empresas que se han beneficiado de la apertura de los mercados, públicos y privados, de contratación de obras y servicios, así como la creciente actividad de grupos de empresas y empresas de trabajo temporal de carácter transnacional, son fenómenos que se han acentuado en los últimos años y que se multiplicarán en el futuro gracias a la introducción de la moneda única y al cada vez mayor grado de integración e interdependencia económica existente entre los Estados miembros.”⁷

Por lo cual, la transnacionalización creciente de la economía, el desarrollo imparable de movimientos transnacionales de bienes, servicios, capitales y, en menor medida, de personas, y su dimensión europea, hace necesaria la aprobación de reglas jurídicas acomodadas a tal dimensión.⁸

2. LOS DESPLAZAMIENTOS COMO VARIEDAD DE LA MOVILIDAD LABORAL INTERNACIONAL

2.1. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La OIT, a finales de la década de los cincuenta, decidió entrar a regular el fenómeno de la emigración partiendo de un dato que entonces constituía una constante evidencia en todo planteamiento teórico sobre la materia: el movimiento de población obedecía, desde la perspectiva laboral, a una búsqueda de empleo o a la respuesta de una oferta previa de puesto

⁵ BOE de 30 de noviembre de 1999. En adelante Ley 45/1999.

⁶ CASAS BAAMONDE, M.E. “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley”, en *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002, p. 1.

⁷ Ley 45/1999.

⁸ CASAS BAAMONDE, M.E. “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley”, en *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, cit., p. 1.

de trabajo. El traslado transnacional no traía causa en un contexto laboral, sino que tenía en éste su propio fin.⁹

La movilidad se producía “para ocupar un empleo”¹⁰, siendo movilizados, aunque extranjeros, trabajadores en el país de acogida.

De este modo, la OIT acogió con matices las dos grandes líneas de actuación tradicionalmente seguidas por los Estados: de un lado, y con carácter dominante, el control del flujo de personas que ingresan desde fuera en el mercado nacional de empleo a fin de evitar un perjuicio para los trabajadores nacionales, la minoración de los gastos en protección social, o el descontrol sobre la nueva población activa o los efectos del mestizaje cultural; de otro, la garantía de un estatuto jurídico específico para el trabajador migrante diseñado con la finalidad de tratar de paliar su situación particular de desprotección.¹¹

El contexto histórico de las últimas décadas del siglo XX y de la primera mitad del siglo XXI ha evolucionado considerablemente, si lo comparamos con las etapas precedentes. De ahí, que se tienda a interpretar la movilidad internacional de la población en el contexto de la globalización.¹²

En virtud del Convenio núm. 143, la OIT reconoce la presencia de un nuevo fenómeno de movilidad laboral: el desplazamiento, que es considerado una vicisitud más en la relación de trabajo que supone una movilidad geográfica supranacional y puede cumplir un doble objetivo: satisfacer el derecho subjetivo de crédito del empresario por el cumplimiento del trabajo realizado en función del ejercicio de su poder de dirección con carácter temporal y no definitivo; y contribuir a ampliar una

⁹ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. *Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Determinación de la normativa aplicable en el proceso social español. Alegación y prueba del derecho extranjero*, cit., p. 33.

¹⁰ Art. 11 Convenio núm. 97 OIT. Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado). Adoptado en Ginebra el 01 julio 1949. Entrada en vigor el 22 de enero de 1952.

¹¹ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. *Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Determinación de la normativa aplicable en el proceso social español. Alegación y prueba del derecho extranjero*, cit., p. 33.

¹² DOMÍNGUEZ MÚJICA, J. y GODENAU, D. “Las migraciones internacionales en el siglo XXI”, en *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, Bomarzo, Albacete, 2010, pp. 59 y ss.

prestación de servicios entre trabajador y empleador en un Estado distinto a aquél donde se inició la relación laboral.¹³

2.2. LA DIRECTIVA (UE) 2018/957¹⁴

La Directiva 2018/957, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios señala que, “La libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios son principios fundamentales del mercado interior consagrados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁵. La Unión profundiza en la aplicación y cumplimiento de estos principios con el fin de garantizar la igualdad de condiciones para todas las empresas y el respeto de los derechos de los trabajadores”¹⁶.

La libre prestación de servicios incluye el derecho de las empresas a prestar servicios en el territorio de otro Estado miembro y a desplazar temporalmente a sus propios trabajadores al territorio de otro Estado miembro con ese fin. De conformidad con el artículo 56 del TFUE¹⁷, quedan prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.¹⁸

Según el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, la Unión fomentará la justicia y la protección social. De conformidad con el artículo 9 del citado Tratado, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la

¹³ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. *Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Determinación de la normativa aplicable en el proceso social español. Alegación y prueba del derecho extranjero*, cit., pp. 35-36.

¹⁴ Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Publicado en DOUEL núm. 173 de 09 de Julio de 2018. Vigencia desde 29 de Julio de 2018. En adelante Directiva 2018/957.

¹⁵ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Roma, 25 de marzo de 1957. Diario Oficial de la Unión Europea. Versión consolidada de 7 de junio de 2016. En adelante TFUE.

¹⁶ Considerando 1. Directiva 2018/957.

¹⁷ Art. 56 TFUE. “En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Unión.”

¹⁸ Considerando 2. Directiva 2018/957.

Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana.¹⁹

Más de veinte años después de su adopción, se ha hecho necesario evaluar si la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sigue logrando el equilibrio adecuado entre la necesidad de fomentar la libre prestación de servicios y garantizar condiciones de competencia equitativas, por un lado, y la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores desplazados, por otro. Con el fin de garantizar la aplicación uniforme de las normas y alcanzar una verdadera convergencia social, junto con la revisión de la Directiva 96/71/CE debe darse prioridad a la aplicación y ejecución de la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo²⁰.

Resulta de vital importancia contar con datos estadísticos suficientes y precisos en el ámbito de los trabajadores desplazados, especialmente en lo que se refiere al número de trabajadores desplazados en sectores de empleo específicos y por Estado miembro. Los Estados miembros y la Comisión deben recabar y hacer un seguimiento de estos datos²¹.

La intención de la normativa europea parece clara, evitar discriminaciones o restricciones que obstaculicen la realización efectiva de libertades fundamentales comunitarias, al situar a las empresas establecidas en otro país en desigualdad de condiciones con sus competidores del país de acogida, lo cual las puede disuadir de prestar tal actividad productiva.²²

2.3. PRINCIPIOS ESENCIALES EN LOS DESPLAZAMIENTOS DE TRABAJADORES

a. El principio de equivalencia

Constituye la manifestación fundamental de la integración jurídica y aparece fundado en la intención común de los distintos países miembros, dirigida a conseguir idénticos objetivos básicos de conformidad con el interés público, aun cuando los medios resulten ser heterogéneos.²³

¹⁹ Considerando 3. Directiva 2018/957.

²⁰ Considerando 4. Directiva 2018/957.

²¹ Considerando 5. Directiva 2018/957.

²² FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. *Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Determinación de la normativa aplicable en el proceso social español. Alegación y prueba del derecho extranjero*, cit., p. 54.

²³ STJCE 369 y 376/96, 23-11-99, asuntos acumulados Arblade y Leloup.

Los Estados han de actuar conducidos por el Principio de lealtad respecto a la Unión y por el Principio de equivalencia, es decir, han de poner a disposición de este empeño toda la maquinaria normativa y administrativa sin discriminación para con los intereses financieros o jurídicos europeos.²⁴

b. El principio de libertad de circulación

El derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión es uno de los derechos más esenciales que conforman la Ciudadanía de la UE. Se concedía inicialmente a favor de los trabajadores en el derogado Tratado de la Comunidad Europea, pero actualmente se aplica a todos los ciudadanos de la UE.

El citado derecho de libertad de circulación y de residencia supone la transformación de las antiguas migraciones internacionales europeas en migraciones internas o intra-UE. Ello es debido, sobre todo, a la creación de un mercado laboral único en toda la Unión que denominamos mercado interior que se amplía a Noruega, Islandia, Liechtenstein y Suiza, en virtud de los Tratados internacionales firmados entre estos países y la UE.²⁵

En la actualidad, las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión ya no son las existentes entre ellos mismos, sino las mantenidas con Estados no miembros. Además, se puede afirmar un incipiente reconocimiento regionalizado en la Unión Europea del "ius migrandi".²⁶

Dentro de las migraciones interiores intra-UE podemos diferenciar, por un lado, las migraciones que responden al principio de libre circulación y residencia de personas y trabajadores que corresponde a los ciudadanos de la UE y sus familiares (sean o no ciudadanos de la UE) y, por otro, las migraciones de nacionales de terceros países, residentes en un Estado miembro que no gozan de dicha libertad de circulación y residencia.

Diferenciado de los anteriores, encontramos un tercer grupo constituido por los trabajadores desplazados transnacional y temporalmente en el marco de la libre prestación de servicios, que posibilita a las empresas a

²⁴ ROLDÁN BARBERO, F.J. "Soberanía del estado y derecho de la Unión Europea", en *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. 2, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, p. 1225.

²⁵ CHUECA SANCHO, A.G. y AGUELO NAVARRO, P. "La libertad de circulación de trabajadores en el EEE", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 35/2014 parte Dossier, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 3-4.

²⁶ CHUECA SANCHO, A.G. y AGUELO NAVARRO, P. "La libertad de circulación de trabajadores en el EEE", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, cit., p. 4.

desplazar a sus propios trabajadores, sean o no ciudadanos de la UE, para una prestación transnacional en otro Estado miembro de la UE.

c. El principio de libertad de establecimiento y de prestación de servicios

En relación a la libre prestación de servicios, aquí es donde queda fijada la base jurídica de los desplazamientos, que coloca a la movilidad de mano de obra en una posición secundaria. Así, el libre juego de la competencia exigirá asumir las posibles desventajas en este ámbito de los nacionales del país de acogida derivadas de mantener el Derecho aplicable del Estado de origen.

d. El principio igualdad de remuneración

El principio de igualdad de remuneración se ha venido aplicando mediante el Derecho derivado, no solo entre mujeres y hombres, sino también entre trabajadores con contratos de duración determinada y trabajadores con contratos indefinidos equiparables, entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, etc.²⁷.

Es competencia de cada Estado miembro fijar las normas sobre remuneración de conformidad con su legislación o las prácticas nacionales. Por tanto, la fijación de los salarios es competencia exclusiva de los Estados miembros y los interlocutores sociales²⁸.

El procedimiento para llevarlo a cabo sería comparar los importes los importes totales brutos de la remuneración, en lugar de los elementos individuales constitutivos de la remuneración que se hayan convertido en obligatorios según lo dispuesto en la presente Directiva. Sin embargo, con el fin de garantizar la transparencia y de ayudar a las autoridades y organismos competentes en su labor de comprobación y control, es necesario que los elementos constitutivos de la remuneración puedan identificarse con suficiente detalle, de acuerdo con la legislación o las prácticas nacionales del Estado miembro desde el que ha sido desplazado el trabajador. Salvo que los citados complementos por desplazamiento correspondan a gastos efectivamente realizados como consecuencia del desplazamiento, como pueden ser los gastos de viaje, alojamiento y manutención, que deberán ser considerados parte de la remuneración y tenerse en cuenta a efectos de comparación de los importes totales brutos de la remuneración²⁹.

²⁷ Considerando 6. Directiva 2018/957.

²⁸ Considerando 17. Directiva 2018/957.

²⁹ Considerando 18. Directiva 2018/957.

Normalmente, los complementos específicos por desplazamiento tienen varios fines. Cuando tienen por objeto el reembolso de gastos realizados a causa del desplazamiento (gastos de viaje, alojamiento y manutención), no deben considerarse parte de la remuneración. Los Estados miembros deberán establecer normas sobre el reembolso de esos gastos, de conformidad con su legislación o prácticas nacionales; y, en consecuencia, el empresario procederá al reembolso de estos gastos de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales aplicables a la relación laboral³⁰.

Los elementos que constituyen tanto la remuneración, como otras condiciones de trabajo, deben ser claros y transparentes para todas las empresas y trabajadores desplazados, en aras de garantizar la seguridad jurídica y la aplicación de la normativa. Por ello, los Estados miembros están obligados a publicar la información relativa a las condiciones de trabajo en el sitio web nacional oficial único; los elementos constitutivos de la remuneración que sean obligatorios; así como el conjunto adicional de condiciones de trabajo aplicables a los desplazamientos de una duración superior a 12 o, en su caso, 18 meses³¹.

II. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS

El notorio incremento de la inmigración ha supuesto que la protección de Seguridad Social del trabajador extranjero, constituya un tema de actualidad y de creciente interés, tanto en nuestro país como en el contexto europeo.

Asimismo, la crisis económica y las alarmantes cifras de paro, han obligado a la adopción de vías o perspectivas menos aperturistas ante el fenómeno migratorio³² y, de alguna manera, han puesto a prueba la solidez de nuestro Sistema de Seguridad Social y economía en general³³.

³⁰ Considerando 19. Directiva 2018/957.

³¹ Considerando 21. Directiva 2018/957.

³² Así lo demuestra el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen. Norma desarrollada por el RD 1800/2008, de 3 de noviembre. BOE de 11 noviembre 2008.

³³ MONTOYA MEDINA, D. "Reflexiones en torno al alcance de la protección de seguridad social del trabajador extranjero no autorizado", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 144/2009, Civitas, Madrid, 2009, p. 1.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que los principios aplicables en el marco de la Seguridad Social europea no se aplican a los extranjeros en situación irregular.

Procedemos a analizar algunos principios de Seguridad Social para la protección de los extranjeros en el marco internacional.

1. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Los Convenios Internacionales han reconocido la importancia del acceso de los trabajadores migrantes a la Seguridad Social, con el objetivo de reducir su situación de desarraigo, favorecer la integración social y salvaguardar sus derechos fundamentales. Para favorecer la igualdad de trato respecto de los nacionales, se hacía necesario eliminar de forma progresiva el requisito de la reciprocidad y, por tanto, las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en materia de derechos sociales y condiciones de trabajo.³⁴

Desde que se empezaron a establecer los sistemas de Seguridad Social, los Estados dirigían los beneficios de los mismos a sus propios nacionales³⁵. Pero con el transcurso del tiempo, se intentó extender los derechos de Seguridad Social por medio de convenios bilaterales que implicaban la protección de los nacionales que emigraran hacia los Estados con los que se firma el convenio, como puede ser el Convenio n. 19 de la OIT en materia de accidente de trabajo.³⁶

Debemos puntualizar que la protección que dispensa la normativa internacional va referida a la inmigración regular. Los irregulares quedan olvidados y, por tanto, desprotegidos.

1.1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE TRABAJADORES NACIONALES Y EXTRANJEROS Y SUS EXCEPCIONES

El principio de igualdad de trato y la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad se encuentran consagrados en el

³⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. "La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios", *Relaciones Laborales*, n. 2/2001, La Ley, Madrid, p. 5.

³⁵ SÁNCHEZ PÉREZ, J. *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, Comares, Granada, 2011, p. 41.

³⁶ Artículo 1. Convenio n. 19 OIT. "1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo."

Derecho de la Unión desde los Tratados fundacionales. Ya hicimos referencia con anterioridad a la importancia del principio de igualdad de remuneración, especialmente, entre mujeres y hombres; entre trabajadores con contratos de duración determinada y trabajadores con contratos indefinidos equiparables; entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, etc. Esos principios incluyen, además, la prohibición de cualquier medida que discrimine directa o indirectamente por razón de la nacionalidad³⁷.

En consecuencia, la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social puede entenderse desde dos vías distintas: una referente al Derecho Internacional y otra referida al derecho interno.³⁸

Así, desde la perspectiva del Derecho Internacional, nuestro Estado debe conceder la igualdad de trato en materia de Seguridad Social según lo dispongan los tratados y Convenios internacionales, tanto bilaterales como multilaterales que se hayan ratificado.

En el marco internacional, el principio de igualdad de trato aumentó su importancia desde el momento en que se empezaron a desarrollar los sistemas de Seguridad Social, especialmente debido a la concepción favorable del establecimiento de sistemas de protección financiados con fondos públicos. Esta circunstancia motivó que se desdibujara la relación de sinalagmaticidad entre cuota y prestación, provocando con ello, la discriminación entre nacionales y no nacionales.³⁹

La mayoría de los Convenios que establecen la igualdad de trato de los extranjeros respecto a los nacionales, autorizan excepciones a esa regla y, en consecuencia, el principio de igualdad de trato se configura desde dos técnicas diferentes: por un lado, existen Convenios que prevén la igualdad absoluta de trato para trabajadores extranjeros y, por otro, Convenios que establecen un régimen de reciprocidad entre los Estados que lo hayan ratificado, y sólo obligan al respeto de los extranjeros que sean procedentes de los países que ratificaron dicho Convenio.⁴⁰

³⁷ Considerando 6. Directiva 2018/957. Al aplicar estos principios se ha de tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pertinente.

³⁸ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 58.

³⁹ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, cit., p. 59.

⁴⁰ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, cit., p. 59.

La protección del trabajador migrante, tanto como trabajador extranjero, como por ser un trabajador que se desplaza, requiere un tratamiento normativo a nivel internacional. Ese tratamiento deriva de una serie de instrumentos bilaterales o multilaterales de muy diversos tipos, que han permitido enormes progresos pero que no han podido impedir la pervivencia de ciertas condiciones particulares para el derecho a prestaciones. En opinión de Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, esto “puede suponer de hecho una desventaja importante para el trabajador migrante” ya que, “se rompen los esquemas tradicionales asegurativos y entran los fondos públicos de manera importante a financiar las prestaciones de Seguridad Social”.⁴¹

El Derecho Internacional coordinador de la Seguridad Social parte de la necesidad de regular las situaciones de los emigrantes con el objeto de ser protegidos, al menos, del mismo modo que los nacionales, y que su migración no produzca una disminución o pérdida de sus derechos adquiridos o por adquirir. Así, los acuerdos tanto bilaterales como multilaterales han intentado evitar la discriminación entre nacionales y extranjeros; suprimir la inseguridad sobre qué norma de Seguridad Social debía aplicarse a un supuesto concreto; conservar los derechos adquiridos y en proceso de adquisición y permitir la exportación de las prestaciones de un país a otro, al igual que proteger a las personas a cargo de un asegurado que no le acompañan en su traslado a otro país.⁴²

Tradicionalmente, las leyes sobre seguros sociales habían excluido a los extranjeros de su ámbito de aplicación pues se modulaban sobre el planteamiento/coste-beneficio, de forma que se establecía como beneficiario al nacional con el único requisito de la existencia de convenios bilaterales que habilitaran de manera explícita, la extensión de los beneficios del sistema a los inmigrantes. Al evolucionar los sistemas de Seguridad Social, se afianza el principio de igualdad de trato desde el momento en el que se comienza a financiar con fondos públicos, aunque es frecuente que los Estados apliquen el principio de igualdad únicamente cuando concurre a la vez un principio de reciprocidad.⁴³

⁴¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. *La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Servicio de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1982, p. 58.

⁴² ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, cit., p. 20.

⁴³ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. “Seguridad social internacional”, en *La protección social de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 43.

Con todo ello, el principio de igualdad es el que mejor daría respuesta a las necesidades de los trabajadores, pues quedarían encuadrados en el sistema como un nacional y se le aplicará para cualquier tipo de prestación tanto presente como futura. No obstante, podemos encontrar excepciones al citado principio especialmente en relación a las prestaciones en las que o se niega el derecho a su acceso, o se condiciona a requisitos de residencia previa.⁴⁴

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁵ ha declarado de forma contundente que no debe existir una discriminación basada únicamente en razones de nacionalidad, sino que la diferencia de trato debe estar basada en razones justificadas, objetivas y razonables.

Según la jurisprudencia del TEDH, una distinción es discriminatoria, en el sentido del artículo 14, si “carece de justificación objetiva y razonable”, es decir, si no persigue un “fin legítimo” o si no existe una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido”. Por otro lado, los Estados Contratantes gozan de cierto margen de apreciación para determinar si y en qué medida las diferencias entre situaciones, a otros efectos análogas, justifican una distinción en el trato. Sin embargo, añade que, “sólo unas consideraciones muy serias pueden llevar al Tribunal a considerar compatible con el Convenio una diferencia de trato basada exclusivamente en la nacionalidad”.⁴⁶

Actualmente, en la mayoría de los supuestos, la protección se dirige a los extranjeros que adquieren la condición de trabajadores y a sus familias, con independencia de la nacionalidad. Predomina así, la protección de los inmigrantes por su condición de trabajador y a sus familiares con independencia de la nacionalidad. Aunque el requisito de la residencia sí suele ser una exigencia en el país, es decir, deberán ser trabajadores con autorización.⁴⁷

⁴⁴ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. “Seguridad social internacional”, en *La protección social de los extranjeros en España*, cit., p. 44.

⁴⁵ STEDH 1966/40, Caso Gaygusuz c. Austria, 16 de septiembre de 1966. En adelante TEDH.

⁴⁶ Como señala la STEDH 1966/40, Caso Gaygusuz c. Austria, 16 de septiembre de 1966. “Por lo tanto, los argumentos expuestos por el Gobierno demandado no convencen al Tribunal. La diferencia de trato, en lo relativo al beneficio de las prestaciones sociales, entre ciudadanos franceses o de países signatarios de un convenio de reciprocidad y los demás extranjeros no se basaba en ninguna justificación objetiva y razonable”.

⁴⁷ SÁNCHEZ PÉREZ, J. *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, cit., p. 42. CARRERO DOMÍNGUEZ, C. “Seguridad social internacional”, en *La protección social de los extranjeros en España*, cit., p. 44.

En todo caso, tal como advierte Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, “resulta un principio fundamental deducible del régimen convencional de la Seguridad Social: la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, por la que los trabajadores (o, en su caso, los ciudadanos) de los países contratantes gozan en el otro país (o en los otros países) de todos los beneficios de la Seguridad Social (y están sometidos a las mismas cargas) que los trabajadores nacionales y con las mismas condiciones y requisitos que los nacionales: igualdad de trato que tiene límites importantes, tanto respecto a las prestaciones no contributivas como respecto a ciertas condiciones mínimas de previa residencia”.⁴⁸

- Excepciones al principio de igualdad de trato

Los Estados miembros pueden establecer excepciones a los principios de igualdad de trato e igualdad de remuneración, conforme a lo dispuesto en el articulado de la Directiva 2008/104/CE⁴⁹. Cuando se aplique tal excepción, la empresa de trabajo temporal no necesita la información sobre las condiciones de trabajo de la empresa usuaria, por lo que no procede aplicar el requisito de información⁵⁰.

Respecto a las condiciones más favorables, la Directiva 2018/957 establece que, “los trabajadores que han sido puestos a disposición de una empresa usuaria por una empresa de trabajo temporal o una agencia de colocación son a veces enviados al territorio de otro Estado miembro en el marco de la prestación de servicios transnacional. Debe garantizarse la protección de estos trabajadores. Los Estados miembros deben asegurarse de que la empresa usuaria informe a la empresa de trabajo temporal o a la

⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. *La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, cit., pp. 58-59.

⁴⁹ Art. 5. Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. “2. Por lo que se refiere a la remuneración, los Estados miembros podrán, tras consultar a los interlocutores sociales, establecer excepciones a las disposiciones contempladas en el apartado 1 cuando los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones. 3. Los Estados miembros, tras consultar a los interlocutores sociales, podrán ofrecerles, al nivel apropiado y observando las condiciones establecidas por los Estados miembros, la posibilidad de mantener o celebrar convenios colectivos que, siempre que respeten la protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, contemplen acuerdos relativos a las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, que puedan ser diferentes de los contemplados en el apartado 1.”

⁵⁰ Considerando 12. Directiva 2018/957.

agencia de colocación sobre los trabajadores desplazados que trabajen temporalmente en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que trabajan habitualmente para la empresa de trabajo temporal, para la agencia de colocación o para la empresa usuaria, a fin de permitir que el empleador aplique, según proceda, las condiciones de trabajo que sean más favorables para el trabajador desplazado.”⁵¹

En relación a los sujetos que se benefician de la igualdad de trato, reiteramos que la regla general, es la aplicación a los nacionales de los Estados parte, de un Convenio de Seguridad Social. Sin embargo, cada vez es más frecuente que el ámbito personal de los Convenios incluyan sujetos que, independientemente de su nacionalidad, hayan estado sujetos a la legislación de las partes obligadas por el Tratado. En la mayor parte de los casos, los sujetos protegidos ostentan la condición de trabajador con independencia del régimen de Seguridad Social al que pueda inscribirse o si es por cuenta propia o ajena, excluyendo a los funcionarios que son omitidos sistemáticamente⁵².

Estas inclusiones podrían fundamentarse en el arraigo de la profesionalidad de los sistemas de Seguridad Social de los distintos Estados. Además, respecto a nuestro Estado, los sujetos susceptibles de protección por los instrumentos coordinadores suscritos lo serán a nivel contributivo, salvo escasas excepciones⁵³.

⁵¹ Considerando 13. Directiva 2018/957.

⁵² Reglamento (CE) n° 1606/98 del Consejo de 29 de junio de 1998 por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) n° 574/72 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n° 1408/71, con objeto de ampliarlos para incluir los regímenes especiales de funciones. DOCE núm. 209, de 25 de julio de 1998. En relación al colectivo de funcionarios de la Comunidad Europea, el citado Reglamento ha cambiado la regla excluyente. Así, y aunque con limitaciones, se les ha incluido en el campo de aplicación del sistema coordinador comunitario.

⁵³ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario, cit., p. 61. Es evidente que el Convenio Europeo de Seguridad Social y los Reglamentos comunitarios 1408/71 y 574/72, obligan a los Estados a cubrir a los nacionales de los otros Estados miembros o partes con las prestaciones no contributivas. De otro lado, los Convenios bilaterales más modernos (Brasil, Chile, Rusia, Ucrania y Uruguay) recogen de forma expresa o tácita la posibilidad de que a través de los mismos se cubran a los sujetos protegidos mediante prestaciones no contributivas.

Es frecuente el establecimiento del principio de igualdad de trato “sin condición de nacionalidad” pero, en cualquier caso, debemos señalar que es necesario que los trabajadores migrantes tengan regularizada su situación en el país de acogida, con las correspondientes autorizaciones administrativas.⁵⁴

1.2. EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD ENTRE ESTADOS

Con anterioridad, la obtención de las autorizaciones administrativas por el trabajador no garantizaba la incorporación efectiva a los seguros sociales y al Sistema de Seguridad Social, pues el ejercicio de una actividad profesional no se consideraba suficiente para el acceso de los extranjeros a la previsión social, porque se entendía que éstos derechos habían nacido con el claro objetivo de proteger a los trabajadores nacionales.⁵⁵

No obstante, tras la puesta en marcha del Sistema de Seguridad Social el modelo normativo mantuvo las anteriores bases, apoyándose la tutela social de los trabajadores extranjeros en el principio de reciprocidad, siendo éste, el principio más importante de todos lo que rigen la cooperación internacional, pues responde a una realidad histórica, do ut des, hace que las obligaciones y concesiones propias se correspondan a las asumidas a contrario⁵⁶.

Se produjo, en consecuencia, la equiparación completa entre los súbditos de países hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses, brasileños y los ecuatoguineanos⁵⁷. Así, la proyección del principio de “rabiosa” igualdad de inmigrantes nacionales de los restantes países, se transformó en regla básica a raíz de la firma del Convenio n. 97 de la OIT.⁵⁸

⁵⁴ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, cit., p. 62.

⁵⁵ RODRÍGUEZ CARDO, I.A. *Ámbito Subjetivo del sistema Español de Seguridad Social*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 177.

⁵⁶ MERCADER UGUINA, J.R. “La protección social de los trabajadores extranjeros”, en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo II, Gobierno de Cantabria, Santander, 2003, pp. 1137 y ss.

⁵⁷ Art. 7.5 LGSS “Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida.”

⁵⁸ MERCADER UGUINA, J.R. “La protección social de los trabajadores extranjeros”, cit., p. 1138.

En virtud del principio de reciprocidad, el país de origen del extranjero deberá ofrecer una protección equivalente al trabajador español emigrante. Así, si el Sistema del otro Estado permite la incorporación de los españoles, pero existe una limitación o restricción a determinadas prestaciones, el extranjero también estará excluido en el Sistema de Seguridad Social español. En consecuencia, existe igualdad de trato, pero los términos de comparación son diferentes: no son personas sometidas a un mismo ordenamiento, sino que estaremos ante distintos ordenamientos para personas en situaciones semejantes.⁵⁹

1.3. EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE DERECHOS ADQUIRIDOS

Se trata de un principio de doble vertiente, por un lado, se refiere a la conservación de los derechos perfectos o que ya vienen siendo disfrutados por el trabajador migrante y, por otro, pretende que el trabajador que aún no ha perfeccionado sus derechos por no cumplir los requisitos para obtener el mismo, especialmente los que se refieren a períodos de cotización previa, no vea frustradas sus expectativas por el hecho de salir a trabajar al extranjero.

Aparte de la igualdad de trato, el mantenimiento de los derechos adquiridos constituye un principio esencial de la coordinación de las legislaciones de Seguridad Social. Así, permite a los migrantes beneficiarse, en todo caso, además del principio de igualdad de trato, de las prestaciones que tienen reconocidas cuando dejen de residir en el territorio del país deudor y cuando sus derechohabientes no residan o dejen de residir en ese país.⁶⁰

Los convenios y demás instrumentos internacionales consideran indispensable el acceso a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, buscando reducir su situación de desarraigo, favorecer su integración social y salvaguardar sus derechos fundamentales.⁶¹

⁵⁹ RODRÍGUEZ CARDO, I.A. *Ámbito Subjetivo del sistema Español de Seguridad Social*, cit., p. 178. En el mismo sentido, SÁNCHEZ PÉREZ, J. *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, cit., p. 5.

⁶⁰ PERRIN, G. "Los principios de la Seguridad Social internacional", en *La Seguridad Social Española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981, pp. 182-183. Al respecto puede verse C. Sánchez-Rodas Navarro. *La residencia en España desde el prisma del derecho del trabajo y la seguridad social*, Aranzadi, Navarra, 2015.

⁶¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. "La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios", cit., p. 5. Con la finalidad de asegurar la igualdad de trato en materia de Seguridad Social se ha ido eliminando de forma progresiva el requisito de (...)

Desde que se establecieron los Sistemas de Seguridad Social, los Estados dirigieron los beneficios de los mismos a favor de sus propios nacionales; pero con el transcurso del tiempo, se intentó extender los derechos de Seguridad Social a través de convenios bilaterales que contemplaran la protección de los nacionales que emigraran hacia los Estados con los que se firma el convenio. Además, estos convenios deben coordinar los ordenamientos jurídicos de Seguridad Social ordenando las prestaciones, cuando proceden de la aplicación de forma conjunta o compartida de diferentes sistemas de Seguridad Social.⁶²

Así, de este modo, los convenios generales suelen ser flexibles regulando mínimos de protección adaptables a las peculiaridades y matices de los distintos sistemas de Seguridad Social⁶³.

Según Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, las técnicas estaban ya bastante desarrolladas en el momento de plantearse el tratamiento comunitario de estas cuestiones y por ello fueron incluidas, en buena parte en éste, a la vez que se dieron nuevos y decisivos pasos⁶⁴.

A nivel Internacional, los Convenios de Seguridad Social tienden a prever que las personas incluidas en el campo de protección de la Seguridad Social de un Estado se beneficien de todos los derechos adquiridos por ellas, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que residan en el territorio de uno de los Estados Miembros.⁶⁵

Respecto a las prestaciones asistenciales, no podrían exportarse ya que al ser sufragadas por la solidaridad de los ciudadanos y financiadas por impuestos, sólo podrán disfrutarse cuando se reside en el país que las

la reciprocidad relativizando las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en materia de derechos sociales y condiciones de trabajo.

⁶² SÁNCHEZ PÉREZ, J. *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, cit., p. 41.

⁶³ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. "Seguridad social internacional", en *La protección social de los extranjeros en España*, cit., p. 43.

⁶⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. *La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, cit., p. 60.

⁶⁵ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, cit., p. 78.

concede⁶⁶. Con lo cual, éstas se encuentran directamente vinculadas, para poder exigirse, a la residencia en el país que las otorga.⁶⁷

No obstante, suele establecerse, en caso de prestación de naturaleza económica, una equiparación entre el territorio nacional y el territorio donde reside el beneficiario.⁶⁸

En consecuencia, los migrantes podrán beneficiarse, en todo caso, de las prestaciones que tienen reconocidas, cuando cese su residencia en el territorio del país deudor y cuando sus derechohabientes no residan o dejen de residir en ese país.

1.4. EL PRINCIPIO DE MANTENIMIENTO DE DERECHOS EN CURSO DE ADQUISICIÓN

La conservación de derechos en vías de adquisición ofrece una situación peculiar, ya que para acceder a las prestaciones contributivas se exige una carrera de cotización. Si el reconocimiento de la totalidad de los períodos de cotización depende del cómputo acumulado de cotizaciones en el país de origen y en uno o más países de destino, la solución más común viene dada por el principio pro rata temporis, según el cual el pago se llevará a cabo en cuantía proporcional a los períodos cumplidos por el trabajador migrante en cada uno de los Estados.⁶⁹

Este principio pretende la reconstrucción de la Seguridad Social de los migrantes, a pesar de su afiliación sucesiva a diversas legislaciones, con la finalidad de que se tomen en cuenta todos los períodos útiles de calificación, es decir, períodos de seguro, de actividad profesional o de residencia, dependiendo del caso, para el reconocimiento de los derechos y el cálculo de las prestaciones. Asimismo, para garantizar los beneficios análogos a los que podrían aspirar si estos migrantes hubieran realizado toda su carrera en un solo país⁷⁰.

⁶⁶ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. "Seguridad social internacional", en *La protección social de los extranjeros en España*, cit., pp. 46-47.

⁶⁷ SÁNCHEZ PÉREZ, J. *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, cit., p. 42.

⁶⁸ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. "Seguridad social internacional", en *La protección social de los extranjeros en España*, cit., pp. 46-47.

⁶⁹ SÁNCHEZ PÉREZ, J. *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, cit., p. 42-43.

⁷⁰ PERRIN, G. "Los principios de la Seguridad Social internacional", en *La Seguridad Social Española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*, cit., p. 186.

Como sabemos, los sistemas contributivos exigen un período previo de cotización, esto es, que los trabajadores contribuyan de forma previa al sistema de Seguridad Social. Esta exigencia, en multitud de casos, es de imposible cumplimiento por los trabajadores migrantes ya que su residencia y trabajo puede que no sea lo suficientemente larga como para acceder a las prestaciones derivadas de una determinada contingencia⁷¹. De ahí que los convenios internacionales suelen establecer mecanismos de ajuste, para que los trabajadores no sufran la pérdida de dichos derechos. En consecuencia, los trabajadores migrantes que realicen actividades profesionales en un determinado Estado (siempre que sea parte del Convenio), tendrán reconocidos los períodos de residencia y cotización mediante la totalización, o bien se computarán para la adquisición cuando el hecho causante sea generado⁷².

1.5. EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN ENTRE ESTADOS

Se trata de un principio de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social y se encuentra en todos los Convenios de la OIT que se refieran de forma específica a la Seguridad Social de los extranjeros y de los migrantes. Alude a la colaboración administrativa entre las autoridades competentes o entre las instituciones de los Miembros, para la aplicación de tales instrumentos y de las legislaciones coordinadas. La necesidad de una cooperación orgánica entre esas autoridades o instituciones para un buen funcionamiento de un sistema de coordinación, justifica que la colaboración administrativa pueda ser considerada como una exigencia fundamental de cualquier sistema de esta clase y explica su constante afirmación en los

⁷¹ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, cit., pp. 86-87.

⁷² CARRERO DOMÍNGUEZ, C. "Seguridad social internacional", en *La protección social de los extranjeros en España*, cit., p. 47.

Convenios n. 19⁷³, n. 48⁷⁴ y n. 118⁷⁵, los cuales han precisado progresivamente sus condiciones de aplicación.⁷⁶

En efecto, mientras que el Convenio n. 19 OIT se limitó al reconocimiento de este principio, el Convenio n. 48 OIT especificó que la colaboración administrativa era reembolsable sobre la base de los gastos efectivamente realizados, salvo pacto en contrario⁷⁷.

Para facilitar la aplicación del Convenio, se crea, en conexión con la Oficina Internacional del Trabajo, una comisión compuesta por un delegado de cada Miembro y por tres personas designadas respectivamente por los representantes de gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores en el Consejo de Administración de la Oficina. La comisión redactará su propio reglamento⁷⁸.

La importancia de los instrumentos de la OIT sobre Seguridad Social de los extranjeros y de los migrantes ha consistido, especialmente, en la coordinación internacional de las legislaciones de Seguridad Social y, la revisión del Convenio n. 48 que el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo decidió, durante su 211^o sesión (noviembre de 1979), inscribir en el orden del día de la 67^a sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1981, abre una nueva fase de reglamentación internacional de la OIT, por medio de sus instrumentos de vocación universal, a favor de la garantía de los derechos de los migrantes en materia de Seguridad Social.⁷⁹

⁷³ Convenio n. 19, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo. Ginebra, 7^a reunión CIT de 05 junio 1925. Entrada en vigor: 08 septiembre 1926.

⁷⁴ Convenio n. 48, relativo a la organización de un régimen internacional para la conservación de los derechos del seguro de invalidez, vejez y muerte. Ginebra, 19^a reunión CIT, de 22 junio 1935. Entrada en vigor: 10 agosto 1938.

⁷⁵ Convenio n. 118, relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social. Ginebra, 46^a reunión CIT, de 28 junio 1962. Entrada en vigor: 25 abril 1964.

⁷⁶ PERRIN, G. "Los principios de la Seguridad Social internacional", en *La Seguridad Social Española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*, cit., p. 190.

⁷⁷ Art. 14.2 Convenio n. 48 OIT.

⁷⁸ Art. 20 Convenio n. 48 OIT.

⁷⁹ PERRIN, G. "Los principios de la Seguridad Social internacional", en *La Seguridad Social Española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*, cit., p. 191.

La intención principal consistía en impulsar el desarrollo de la coordinación internacional de las legislaciones de Seguridad Social, gracias a la confirmación de los principios, a la racionalización de los métodos y a la elaboración de fórmulas de modelo aplicables a los diferentes regímenes en presencia⁸⁰.

2. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

La inclusión de los trabajadores inmigrantes en el Sistema de Seguridad Social para prestaciones contributivas y no contributivas, viene recogido en el art. 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁸¹

Desde que se empieza a aplicar el principio de libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión Europea⁸², resultan indiscutibles las consecuencias dinamizadoras producidas tanto en la economía, como en el incremento de la regulación derivada del empleo y de la protección social.⁸³

El Tratado de la Unión Europea incluye entre sus objetivos “un espacio de libertad, seguridad y justicia, sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas” para todos sus ciudadanos,

⁸⁰ PERRIN, G. “Los principios de la Seguridad Social internacional”, en *La Seguridad Social Española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*, cit., p. 191.

⁸¹ Art. 34 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. “1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales.”

⁸² Art. 45 TFUE. Uno de los principios fundamentales del Tratado de Roma fue precisamente la libertad de circulación de trabajadores. Al igual que el Reglamento 1612/68 de 15 de octubre de 1968, que desarrolla como principio general la supresión de cualquier discriminación, directa o indirecta, por motivos de nacionalidad en el trabajo, el salario y demás condiciones de empleo así como el acceso a la vivienda y el derecho a la reunificación familiar.

⁸³ SÁNCHEZ PÉREZ, J. *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, cit., p. 43.

todo ello en el marco de una economía de mercado “tendente al pleno empleo y al progreso social”⁸⁴.

Sin embargo, los trabajadores procedentes de países no comunitarios no podrán invocar este derecho de libre circulación de trabajadores.

Posteriormente, la Carta Social Europea⁸⁵, ratificada por la mayoría de los países, establece la obligación de implantar Sistemas de Seguridad Social tomando como referencia el Convenio 102 OIT⁸⁶, aunque con el compromiso de un perfeccionamiento progresivo, tal y como establece en su art. 12.⁸⁷

Respecto a nuestro sistema interno de protección social de ciudadanos extranjeros, éste venía condicionado por la normativa comunitaria y, en concreto, por lo establecido en el Reglamento CEE 1408/1971⁸⁸. Este Reglamento quedó derogado y sustituido desde el 1 de mayo de 2010 por el Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de

⁸⁴ Art. 3 párrafo 3, antiguo art. 2 del Tratado de la Unión Europea.

⁸⁵ Firmada en Turín el 18 de octubre de 1961. BOE de 26 de junio de 1980. En adelante CSE.

⁸⁶ Convenio n. 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social. Ginebra, 35ª reunión CIT de 28 junio 1952. Entrada en vigor: 27 abril 1955.

⁸⁷ Art. 12 CSE. “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A establecer o mantener un régimen de seguridad social. 2. A mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio internacional del trabajo (número 102) sobre normas mínimas de seguridad social. 3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social. 4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a) La igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes Contratantes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las Partes Contratantes. b) La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o 'de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes Contratantes”.

⁸⁸ Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la comunidad. Una versión actualizada tras múltiples modificaciones: Versión consolidada del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio 1971 (eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do).

29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social⁸⁹, salvo las excepciones previstas en el artículo 90 de este último.⁹⁰

En materia de Seguridad Social, la Unión Europea presenta recopilaciones de normas de conflicto de gran importancia como es el citado Reglamento 883/2004, que contiene una serie de normas (de conflicto y sustantivas) para casos de accidentes laborales producidos en dos o más Estados europeos. Así, tanto éste Reglamento como los numerosos Convenios bilaterales y multilaterales de Seguridad Social existentes, suelen resolver los conflictos planteados entre instituciones o entidades gestoras de distintos Estados con el objetivo de determinar cuál de ellas debe abonar una prestación, la legislación aplicable y el tribunal competente.⁹¹

Asimismo, el Reglamento 883/2004 establece el principio de igualdad de trato de los ciudadanos de la Unión Europea que residan en alguno de los Estados que la componen, y tiene como principio básico la coordinación, facilitando la totalización de periodos para la generación de derechos de

⁸⁹ Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Diario Oficial de la Unión Europea. En adelante, Reglamento 883/2004.

⁹⁰ Art. 90. Reglamento 883/2004 "1. Queda derogado el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo a partir de la fecha de aplicación del presente Reglamento. No obstante, el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 se mantiene en vigor y se preservan sus efectos jurídicos a los efectos: a) del Reglamento (CE) núm. 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 y del Reglamento (CEE) núm. 574/1972 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, en tanto que no se derogue o modifique dicho Reglamento; b) del Reglamento (CEE) núm. 1661/1985, de 13 de junio de 1985, por el que se establecen las adaptaciones técnicas de la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social de los trabajadores migrantes en lo que se refiere a Groenlandia, en tanto no se derogue o modifique dicho reglamento; c) del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros por una parte y la Confederación Suiza por otra, y otros acuerdos que contengan una referencia al Reglamento (CEE) núm. 1408/1971, en tanto que dichos Acuerdos no se modifiquen a la luz del presente Reglamento. 2. Las referencias al Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 en la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad, se entienden hechas al presente Reglamento." Para una mayor información, http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Reglamento_1408_1971.

⁹¹ OJEDA AVILÉS, A., *Derecho transnacional del trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 33.

Seguridad Social y el cálculo de prestaciones, lo que facilita tanto el derecho a la conservación de derechos, como a la exportación de los mismos⁹².

La situación derivada del citado Reglamento ofrecía problemas de distinto orden, pero básicamente centrados en la aplicación de un trato discriminatorio respecto de los trabajadores no comunitarios, tal y como podíamos extraer de su art. 2, según el cual, “se aplicará a los trabajadores que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados Miembros o apátridas y que sean nacionales de uno de los Estados Miembro o apátrida o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estado Miembros, así como a miembros de sus familias y a sus supervivientes”. Texto de cuya lectura se deduce la inaplicación del Reglamento a nacionales de terceros países, aunque residan y trabajen legalmente en el territorio de los Estados Miembros.⁹³

En definitiva, para la aplicación de la anterior normativa resulta necesario un requisito adicional: la residencia legal del inmigrante en un país de la UE. De ello derivan dos implicaciones: no se podrá otorgar ningún derecho de coordinación de Seguridad Social al extranjero no comunitario en situación irregular y, por otro lado, que el Reglamento no alterará en nada las normas aplicables respecto de la situación administrativa irregular.⁹⁴

III. CONCLUSIONES

El Derecho Internacional coordinador de la Seguridad Social parte de la necesidad de regular las situaciones de los emigrantes con el objeto de ser

⁹² Art. 6. Reglamento 883/2004. “Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine:—la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones,—la admisión a una legislación, o —el acceso o la exención del seguro obligatorio, voluntario o facultativo continuado, al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica.”

⁹³ GÓMEZ ABELLEIRA, F. y QUINTERO LIMA, G. “La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países”. *Relaciones Laborales*, n. 1/2004, La Ley, Madrid, 2004, p. 1118.

⁹⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, F. y QUINTERO LIMA, G. “La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países”, cit., p. 1124.

protegidos, al menos, del mismo modo que los nacionales, y que su migración no produzca una disminución o pérdida de sus derechos adquiridos o por adquirir.

El principio de igualdad es el que mejor daría respuesta a las necesidades de los trabajadores, pues quedarían encuadrados en el sistema como un nacional y se le aplicará para cualquier tipo de prestación tanto presente como futura.

La conservación de derechos en vías de adquisición ofrece una situación peculiar, pues cuando se refieren a prestaciones contributivas se exige una carrera de cotización para tener acceso a las mismas. Si el reconocimiento de la totalidad de los periodos de cotización depende del cómputo acumulado de cotizaciones en el país de origen y en uno o más países de destino, la solución más común viene dada por el principio pro rata temporis, según el cual el pago se llevará a cabo en cuantía proporcional a los periodos cumplidos por el trabajador migrante en cada uno de los Estados.

En relación a las prestaciones asistenciales, no podrían exportarse ya que al ser sufragadas por la solidaridad de los ciudadanos y financiadas por impuestos, sólo podrán disfrutarse cuando se reside en el país que las concede. Con lo cual, éstas se encuentran directamente vinculadas, para poder exigirse, a la residencia en el país que las otorga.

PILAR SOCIAL EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES Y PRESTACIONES DE RENTA MÍNIMA: ESPECIAL REFERENCIA A LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN SOCIAL ANDALUZA

M^a DOLORES RAMÍREZ BENDALA¹
PFRA. DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN	161
II. EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES	163
1. Objeciones al Pilar Europeo de derechos Sociales	165
2. Protección e Inclusión Social: Renta Mínima Adecuada	167
III. EL SISTEMA DE RENTAS MÍNIMAS EN ESPAÑA	168
IV. LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN SOCIAL ANDALUZA	169
1. Novedades	171
1.1. Configuración como Prestación garantizada	171
1.2. Definiciones	172
1.3. Duración	173
1.4. Cuantía	174
1.5. Ámbito subjetivo	174
2. Requisitos de Acceso a la prestación: vecindad administrativa y empadronamiento. El caso de los ciudadanos de la UE no activos	176
2.1. Otros requisitos	178
3. Derechos y obligaciones de los beneficiarios	180
4. Exportabilidad de la Renta Mínima de Inserción Andaluza	180
5. Procedimiento	181
V. CONCLUSIONES	182
VI. BIBLIOGRAFÍA	185

I. INTRODUCCIÓN

Después de un largo período de crisis, donde los Estados se han visto abocados a adoptar medidas restrictivas para superar situaciones que

¹ El presente trabajo se inserta en el Proyecto MINECO DER 2017-83040-C4-R La Seguridad Social Internacional y Comunitaria: Conflictos de Leyes y Protección Social.

parecían insalvables, y ante el avance en la recuperación económica, es el momento de enfrentarse a los efectos que ha llevado aparejados, relacionados directamente con la empleabilidad de los sujetos y la afeción de sus derechos sociales.

La estela de esta crisis ha dejado a una parte de la ciudadanía en situaciones de desempleo o de precariedad que ha afectado a la dignidad de la persona. Se hace referencia explícita a aquellas situaciones de pobreza o exclusión social de los sujetos que carecen de unos mínimos medios de subsistencia para poder llevar una vida digna. Los derechos sociales se han visto afectados, se han generado nuevos escenarios necesitados de una efectiva protección social que otorgue la cobertura adecuada para el desarrollo personal, social, económico o laboral de los ciudadanos.

La proclamación del Pilar Europeo de Derechos Sociales² (PEDS) camina en esta dirección, al poner en primer plano la obligación de los Estados miembros de prestar especial atención a derechos y principios que hasta ahora estaban relegados. Es necesario, afianzar los derechos sociales que en el mismo se promulgan, haciendo un llamamiento a los Estados miembros para su colaboración en este sentido.

Uno de los problemas en los que se centra este estudio es la pobreza y la exclusión social; aquellas situaciones de carencia de rentas que padecen numerosos sujetos y que deben ser objeto de atención por parte de sus Estados. A nivel europeo son numerosos los textos que, desde hace años, vienen contemplado estos riesgos y haciéndolos merecedores de especial relevancia. El PEDS vuelve sobre este tema reconociendo el derecho de los ciudadanos a prestaciones de renta mínima adecuada que garantice una vida digna.

A nivel interno, nuestro ordenamiento contempla la protección de la pobreza y la exclusión social desde la laguna que se produce a nivel central, es decir, son las comunidades autónomas las que, de manera descentralizada y en base a la competencia que le confiere el art 148.1.20 de la Constitución Española, han desarrollado unos sistemas de ingresos o rentas mínimas que dan cobertura a estos riesgos.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, se ha llevado a cabo una profunda transformación de la normativa reguladora de sus rentas mínimas de inserción, pues tras un largo período de estancamiento, y ante los cambios en todos los ámbitos producidos, se hacía necesario esta

² “Pilar Europeo de Derechos Sociales” ref. oficial 2017/C 428/9, publicado en el DOUE el 13 de diciembre de 2017.

renovación. Son innegables las mejoras que ello ha conllevado, pero siguen existiendo brechas en su sistema que hacen que no todas las situaciones de necesidad se encuentren cubiertas, o no al menos con la misma intensidad.

II. EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

Precedido, entre otros, por la Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones³, que abría una consulta sobre un Pilar Europeo de Derechos Sociales, y la Recomendación de la Comisión sobre el mismo⁴, se proclama el documento, firmado el 17 de noviembre de 2017, "Pilar Europeo de Derechos Sociales". Esta declaración solemne por parte del Parlamento, el Consejo y la Comisión obedece a la necesidad de avanzar en la construcción de una Europa Social, que sea capaz de hacer frente a las nefastas consecuencias sociales de la crisis.

Este documento se fundamenta en las prescripciones contenidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵ y su Carta de Derechos Fundamentales⁶ relativas al progreso social y al desarrollo de una protección social adecuada, así como la lucha contra la exclusión y las desigualdades sociales.

El objetivo principal que establece es el "servir de guía para alcanzar resultados sociales y de empleo eficientes para responder a los desafíos actuales y futuros, con el fin de satisfacer las necesidades esenciales de la población, así como garantizar una mejor regulación y aplicación de los derechos sociales" (pto. 12).

Para ello, en el Pilar se expresan principios (algunos de ellos novedosos) y derechos esenciales para el buen y justo funcionamiento de los mercados laborales y de los sistemas de bienestar europeos, reconociendo que, para que éstos tengan fuerza ejecutiva, es necesario adoptar antes medidas específicas o legislativas al nivel adecuado (pto 14).

Estos principios que se enuncian y consagran, van a tener como destinatarios a los ciudadanos de la Unión y a los nacionales de terceros países con residencia legal (pto. 15). Este aspecto ha sido objeto de críticas al

³ Referencia oficial COM (2016) 127 final) 8 de marzo de 2016.

⁴ Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017 publicado en la serie "L" del DOUE el 29 de abril de 2017)

⁵ Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 26.10.2012 DOUE C 326/49.

⁶ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 18.12.2000 (2000/C 364/01) DOUE C 364/1.

obviar la situación laboral de otros sujetos, como son los refugiados y los inmigrantes irregulares⁷.

El documento se estructura en tres capítulos, en cada uno de los cuales se hace una proclamación de derechos y principios referidos a distintas materias o ámbitos. El Capítulo I lleva por título "Igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo" recogiendo bajo esta rúbrica derechos a la educación, formación y aprendizaje permanente; el principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres; el derecho a la igualdad de oportunidades en relación con el empleo y la protección social, extendiendo este derecho a otros ámbitos no menos relevantes; y el apoyo activo para el empleo. Como se observa, el Pilar intenta englobar en esta sección una serie de derechos relacionados con el acceso y la continuidad en el mercado de trabajo, resaltando el trato igualitario en relación con el mismo.

El segundo Capítulo, "Condiciones de trabajo justas y equilibradas", contiene disposiciones relativas a empleo seguro y adaptable; salarios; información sobre condiciones de trabajo y protección en caso de despido; dialogo social y participación de los trabajadores; equilibrio entre vida profesional y privada; y entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado, así como la protección de datos. En general contempla derechos relacionados con el trato equitativo en relación a las condiciones de trabajo, sin olvidar el fomento del espíritu empresarial y la garantía de flexibilidad para la adaptación a los cambios. De igual forma, enuncia la garantía de un salario mínimo adecuado, aludiendo expresamente a la pobreza de los ocupados, reconociendo así una realidad, la de los trabajadores pobres. No olvida la importancia de la participación de los trabajadores y del dialogo social en la aplicación de políticas sociales, económicas y de empleo. Termina este capítulo reconociendo la necesidad de conciliar la vida personal y profesional, así como el fomento de la seguridad y salud en el entorno laboral.

El Capítulo III, "Protección e Inclusión Social", es el más extenso, y el mismo contiene derechos referidos a colectivos como la infancia, los discapacitados y las personas sin hogar; derechos de protección social de trabajadores, desempleados o personas con insuficiencia de recursos, así como derechos de acceso a servicios esenciales como pueden ser el agua o la energía. Hacer especial alusión al derecho contenido en el punto 14 y que será objeto de nuestro estudio: el derecho a prestaciones de "renta mínima

⁷ ARUFE VARELA, A.: "El nuevo Pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico", *Revista general de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, 49 (2018), pp. 32 y ss.

adecuadas” que garanticen una vida digna, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Este derecho debe combinarse con incentivos para la posible integración del sujeto en el mercado de trabajo.

Esta expresa referencia a la Renta Mínima no es nueva en el acervo comunitario. El Dictamen del CESE de diciembre de 2013⁸ instaba a las instituciones europeas a poner en marcha una Directiva que extendiera los regímenes de renta mínima a todos los Estados miembros. El objetivo de dicha renta sería el de proporcionar y asegurar ingresos suficientes a sujetos y familiares a su cargo, actuando como una red de seguridad para aquellos que no puedan optar a prestaciones de seguridad social y se encuentren en situación de necesidad.⁹ Dicha Directiva no ha visto la luz, debido a la dificultad de superar obstáculos significativos y a las voluntades políticas de establecerla.¹⁰

1. OBJECIONES AL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

El contenido del documento que se analiza no ha estado exento de críticas. Así el Parlamento europeo en enero de 2017¹¹ se pronuncia sobre la eficacia del PEDS, indicando que se trata de una mera declaración de principios o buenas intenciones, sin concretos instrumentos legislativos o financieros que hagan efectivos los derechos contenidos en el mismo.

En el mismo sentido, algunos autores ponen de manifiesto esa falta de valor jurídico del documento referido, y de efectividad al no venir acompañado de las herramientas necesarias y específicas que permitan avanzar en la construcción de una Europa social. Carece de eficacia jurídica vinculante, siendo una mera orientación sobre el camino a seguir para alcanzar resultados sociales eficientes. Se trataría más de un compromiso y responsabilidad políticos compartidos por instituciones europeas, Estados miembros e interlocutores sociales.¹²

⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre Renta Mínima europea e indicadores de pobreza (Dictamen de iniciativa) DOUE C170/23, 5.6.2014. (2014/C 170/04).

⁹ RAMÍREZ BENDALA, M.D., “Análisis de sistemas de rentas mínimas autonómicos: divergencias y confluencias”. En: Ramírez Bendala, M.D. (Dir.) *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social III*, Ediciones Laborum (2015) pp. 111-112.

¹⁰ RAMÍREZ BENDALA, M.D. “The EU Minimum Income Scheme two decades later”. En: Sánchez Rodas-Navarro, C. (Dir.), *Good Practices in Social Law, Aranzadi (2015)*, pp. 177-187.

¹¹ Referencia oficial P8_TA_prov (2017)0010.

¹² ARUFE VARELA, A.: “El nuevo Pilar europeo de derechos sociales... op. cit., pp. 53-54.

Igualmente, otros autores indican que, el Pilar no es un acto legislativo, es un instrumento jurídico sin fuerza vinculante, con lo cual su eficacia queda directamente limitada a servir como “guía” para alcanzar resultados y objetivos convergentes en el ámbito social, tanto desde el prisma de la protección social, implantando un “estándar de garantías mínimas de protección social”¹³, como desde el del empleo eficiente, que de respuesta a los retos actuales de la población.

Desde esta óptica se manifiestan las principales carencias del Pilar: escaso valor jurídico vinculante (es necesario la asunción de compromisos políticos de los Estados miembros para el desarrollo efectivo de los derechos y principios contenidos en el Pilar); no crea un verdadero Derecho europeo de la Seguridad Social que garantice un estándar mínimo de derechos a prestaciones sociales a nivel comunitario¹⁴; limitación geografía de las garantías contenidas en el Pilar (solo a estados de la zona euro); limitaciones legales: estableciendo competencias estatales exclusivas. Ya el Comité Europeo de las Regiones indicó, e hizo hincapié en la falta de alusión a los entes locales y regionales, en cuanto a la responsabilidad y competencias de los mismos, y el valor añadido que estos aportan en relación al desarrollo de políticas sociales, reivindicando el papel que desempeñan.¹⁵

Sin embargo, no todas las valoraciones van esta dirección. Pues es cierto que el PEDS ha servido de instrumento para que la dimensión social cobre relevancia y protagonismo en la Europa comunitaria. Ha promovido el acervo de la Unión intentando sistematizar, impulsar y dar visibilidad a los principios y derechos sociales existentes; recalcando la exigencia de que la dimensión social cobre mayor auge en el marco europeo, creando un auténtico Derecho europeo de la Seguridad Social que garantice un estándar mínimo comunitario de derecho a las prestaciones sociales.¹⁶

No obstante, el Pilar parece apostar más por impulsar ese estándar mínimo de prestaciones a través de las legislaciones nacionales, debiendo aplicarse tanto a nivel de la UE como de los Estados miembros, teniendo en

¹³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Pilar Europeo de Derechos Sociales y Sistemas de Seguridad Social”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Lex Social (2018), pp. 289.

¹⁴ MONEREO PÉREZ J.L.: “Pilar Europeo de derechos Sociales..... op.cit., pp. 284.

¹⁵ CALLAU DALMAU, P.: “Comentario del último Dictamen del Comité Europeo de las regiones sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales y documento de reflexión sobre la dimensión social europea”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 49, (2018) pp. 595.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Pilar Europeo de Derechos Sociales.....op.cit. pp. 277.

cuenta las diferencias y la diversidad de los entornos socioeconómicos y de los sistemas nacionales.

“La propuesta de un PEDS, encaminado a la convergencia por objetivos y sin armonización mínima de los derechos –y por lo que aquí más interesa de los derechos de Seguridad Social– se muestra manifiestamente insuficiente y deficiente, tanto por la eficacia jurídica del instrumento (típicamente manifestación del soft law, olvidando la máxima o brocardo que los derechos valen lo que valen sus garantías que solo se pueden obtener con instrumentos fuertes, hard law) como lo limitado de los objetivos: convergencia de la accesibilidad de los derechos prestacionales y guía para su instauración en los Estados Miembros”.¹⁷

2. PROTECCIÓN E INCLUSIÓN SOCIAL: RENTA MÍNIMA ADECUADA

Como se ha indicado, el Capítulo III del PEDS viene referido a la Protección e Inclusión Social, destacando, entre los derechos reconocidos en el mismo, el recogido en el punto 14: el derecho a una Renta mínima “adecuada”. La misma iría dirigida a garantizar una vida digna, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación, a todos aquellos que carezcan de recursos suficientes; debiendo combinarse, en su caso, con incentivos para la integración en el mercado laboral.

Fija así uno de los derechos de protección social que podrían hacer frente a la lacra que se arrastra desde la crisis, en referencia directa a la pobreza y la exclusión social. La renta mínima permitiría reducir los elevados niveles que aquéllas alcanzan cuando se analizan los datos estadísticos.

El debate sobre la necesidad del reconocimiento de una renta mínima europea, como base del modelo social europeo tiene un largo recorrido. Los proyectos y programas europeos referidos a la pobreza aparecen ya en los años 70, y se manifiesta más intensamente en el Dictamen del Comité Económico y Social de 2013 (antes referido) sobre la Renta mínima europea e indicadores de pobreza, donde se exhortaba a poner en marcha una Directiva relativa a esta materia.

EL PEDS vuelve sobre esta materia, esta vez parece que haciendo referencia a un derecho que debe ser reconocido a nivel estatal, aunque obviando en este caso, el importante papel que desempeñan entes locales y regionales (como es el caso de nuestro país). Así expresamente, el Dictamen

¹⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Pilar Europeo de Derechos Sociales..... op. cit.pp. 289.

del Comité Europeo de las Regiones del pasado mes de febrero¹⁸, propone añadir y tener en consideración a estos sujetos cuando se trate de cuestiones de competencia directa de los mismos, dada su importancia en el desempeño de las políticas sociales.

III. EL SISTEMA DE RENTAS MÍNIMAS EN ESPAÑA

Aunque el documento que venimos analizando hace alusión en su Capítulo III, pto 14 a un derecho, el “derecho a una renta mínima adecuada”, cuyo establecimiento debería hacerse a nivel estatal (así sucede en muchos países de nuestro entorno), sin embargo, en España asistimos a la asunción de competencias en esta materia por parte de las Comunidades Autónomas en base al art.148.1.20 de la CE (“Asistencia Social”), y a sus Estatutos de Autonomía.

Ello es así; y aunque la actuación de las CCAA en este campo, no ha pretendido sustituir la de la administración central, el modelo se ha descentralizado y han tomado la iniciativa las administraciones regionales. Este hecho ha provocado una fuerte fragmentación y heterogeneidad territorial en la regulación de la renta mínima, lo que ha provocado graves y profundos problemas¹⁹.

Así expresamente lo reflejan las Recomendaciones del Consejo relativas al Programa Nacional de Reformas de España del año 2017 y del 2018 que hacen alusión a esta realidad.²⁰ En ambas se apunta a las desigualdades que se producen en nuestro territorio en relación a la regulación, condiciones y acceso a los diferentes sistemas de renta mínima garantizada. Todo ello provoca, además de distintos niveles de protección en función de la territorialidad, escasa eficacia y divergencias en la actuación y en la protección de estos sistemas (diferencias en condiciones de acceso, en cuantías, en los requisitos, en los sujetos titulares o beneficiarios...).

En ambos documentos, el Consejo recomienda hacer frente a estas disparidades y a la segmentación del sistema nacional, reforzando la coordinación de los sistemas autonómicos de empleo, servicios sociales y empresas; mejorando el apoyo a la familia; ampliando la protección a

¹⁸ Dictamen del Comité de las Regiones sobre el Pilar europeo de derechos sociales (CDR 2 868/2016) emitido en su 119^o Pleno, de 10,11 y 12 de octubre de 2016.

¹⁹ RAMÍREZ BENDALA, M.D., “Análisis de sistemas de rentas mínimas autonómicos...”, op. cit., pp. 111-112.

²⁰ Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2017 y de 2018 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2017 y 2018 de España. Bruselas, 22.5.2017 COM (2017) 508 final y Bruselas, XXX COM (2018) 408/3, (respectivamente).

determinadas categorías de hogares; abordando así las lagunas de cobertura. En definitiva, simplificar la multiplicidad de sistemas, reduciendo así la diversidad existente, mejorando y unificando los sistemas de protección de renta mínima garantizada.

A pesar de ello y de las Recomendaciones comentadas, en nuestro país seguimos asistiendo a esa fragmentación de los sistemas autonómicos de protección social. Existen en la actualidad diecinueve regulaciones distintas, (una por cada comunidad autónoma y dos de las ciudades autónomas) con diferentes denominaciones, requisitos, formas de acceso, cuantías y duración, según cada administración. Así, el peso, alcance y eficacia de la protección difiere bastante en cada caso. “Tienen el objetivo común de ir dirigidas a la/s persona/s que carecen de recursos económicos suficientes para dar cobertura a las necesidades básicas, proporcionando una garantía de recursos mínimos para la subsistencia además de un acompañamiento en los procesos de intervención social, vinculado en algunos casos a la inserción laboral”²¹.

Aunque se observan similitudes entre los distintos programas autonómicos, la ausencia de una normativa a nivel estatal, que establezca un marco mínimo de referencia en cuanto a características y contenido básico, ha conducido a un panorama muy heterogéneo en el conjunto del territorio español. Las regulaciones de los sistemas de renta mínima son diversas en función de la comunidad autónoma que se analice, añadiendo la dificultad de sus innumerables modificaciones para la mejora y la corrección de deficiencias, así como la adaptación a una realidad cambiante. Ello hace que el estudio, comparación y análisis de estos sistemas se convierta en una ardua tarea.²²

IV. LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN SOCIAL ANDALUZA

Uno de los sistemas de renta mínima autonómicos que ha sido objeto de una profunda renovación normativa es el de Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía (RMIA). Ha sido el Decreto-ley 3/2017, de 19 de diciembre²³ el que ha dado una nueva forma jurídica al obsoleto Programa de Solidaridad de los andaluces de 1.990, nacido como resultado del dialogo

²¹ El Sistema Público de Servicios Sociales. Informe de Rentas Mínimas de Inserción 2016. Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social.

²² Informe del CESE. Políticas Públicas para combatir la pobreza en España. Consejo Económico y Social España Departamento de Publicaciones. NICES: 729-2017.

²³ Decreto-Ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía. (BOJA número 245, pág. 11).

social y que procuraba aportar los medios necesarios para la erradicación de la marginación y la desigualdad en este territorio, constituyéndose en el principal antecedente normativo, en esta comunidad autónoma, de programas de rentas mínimas. Posteriormente el Decreto 2/1999²⁴ creaba el Ingreso Mínimo de Solidaridad, acción consistente en una prestación económica mensual, incluida dentro del Programa de Solidaridad, para erradicar la pobreza y exclusión social. El objetivo fundamental de este Decreto se centraba en aprobar una serie de medidas extraordinarias y urgentes que contribuyeran a prevenir o paliar situaciones de riesgo de pobreza y exclusión social.

Han tenido que transcurrir dieciocho años hasta la creación de un nuevo marco jurídico que actualice, adapte, adecúe y modernice aquel sistema de protección creado en el año 1999.

Los últimos datos estadísticos nos demuestran que los indicadores de pobreza y exclusión social de Andalucía se sitúan por encima de los nacionales y de los europeos. Así, en el año 2.017, la tasa de riesgo de pobreza en esta región era del 30,3% (frente al 21,6% a nivel nacional); con carencia material severa del 5,2% y con hogares con baja intensidad en el trabajo del 21,9% (5,1% y 12,8% respectivamente en el ámbito estatal).²⁵ Se coloca en la tercera posición en cuanto a comunidad autónoma con mayores porcentajes de pobreza, detrás de Extremadura y Ceuta.

Estas cifras son el reflejo de la realidad social que se vive en Andalucía, donde la crisis económica y las transformaciones en los sistemas productivos están incidiendo gravemente en las relaciones sociales, y están provocando la necesidad de implantar sistemas de rentas mínimas que permitan a la población avanzar en la consecución de derechos sociales.

A esta necesidad responde la regulación del Decreto-ley 3/2017, aportando un nuevo enfoque a estos sistemas de protección social. No olvida la demanda al Gobierno central para la configuración de un sistema estatal de garantía de rentas, que asegure el derecho reconocido en el art 39.1 de la Constitución Española, y que se articularía a través del 149.1.1^o; pero tampoco obvia la urgencia en la adopción de medidas que palien las situaciones de exclusión social y pobreza, por lo que asume subsidiariamente esa obligación del Estado a través de aquel Decreto-ley.²⁶

²⁴ Decreto 2/1999, de 12 de enero, por el que se regula el Programa de Solidaridad de los Andaluces para la Erradicación de la Marginación y las Desigualdad en Andalucía. (BOJA núm. 16, pág. 1531).

²⁵ Datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística.

²⁶ Exposición de Motivos II del Decreto-Ley 3/2017, de 19 de diciembre.

Se entiende, como prioridad ineludible, establecer un nuevo marco jurídico en esta materia que se adapte a la situación actual, creando una prestación más completa y accesible a los colectivos más vulnerables.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía establece, como uno de los objetivos básicos de la Comunidad, “la cohesión social, mediante un eficaz sistema de bienestar público, con especial atención a los colectivos y zonas más desfavorecidos social y económicamente, para facilitar su integración plena en la sociedad andaluza, propiciando así la superación de la exclusión social”²⁷, indicando que, para ello, los poderes públicos autonómicos deberán adoptar todas las medidas adecuadas para alcanzar los objetivos señalados; sobre todo legislativas, financieras y garantistas de eficiencia de dichas actuaciones. (art. 10.4). Del mismo modo, y en relación a las prestaciones sociales, garantiza el derecho de todos a acceder al sistema público de servicios sociales; haciendo alusión expresa al derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna (art 23). La actuación de los poderes públicos va a estar orientada por los principios rectores que recoge el texto estatutario, destacando el referido a la atención social a personas que sufran marginación, pobreza o exclusión y discriminación social (art 37.1.7), sirviendo así de guía para el desarrollo normativo de medidas en este ámbito. Por todo ello, y haciendo uso de su habilitación competencial en esta materia, Andalucía aborda esta difícil tarea, consistente en establecer un nuevo marco normativo que de cobijo a una renta mínima garantizada.

No es labor sencilla, y muestra de ello es que a pesar de su corta vigencia ya ha sufrido modificaciones motivadas por las deficiencias demostradas. Así la Ley 7/2018, de 30 de julio²⁸, procede a suprimir y modificar determinados aspectos cuyo cumplimiento dificultaban excesivamente el acceso a la prestación.

1. NOVEDADES

1.1. CONFIGURACIÓN COMO PRESTACIÓN GARANTIZADA

A destacar, en primer lugar, la configuración expresa de la Renta mínima de Inserción como prestación garantizada del Sistema Público de

²⁷ Art 10.3. 14º Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. (BOE nº 68 20/03/2007).

²⁸ Ley 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género. (BOJA nº 148)

Servicios Sociales. La Ley de Servicios Sociales de Andalucía²⁹ define a las prestaciones garantizadas como aquellas cuyo reconocimiento tiene el carácter de derecho subjetivo, es decir de acceso universal, exigible ante la administración pública competente que tiene la obligación de garantizarlo, conforme a la legislación y normativa de desarrollo vigente. Expresamente, su artículo 42.2.g incorpora, dentro del “catálogo de prestaciones garantizadas”, a las prestaciones económicas específicas y directas, que se orientan a la erradicación de la marginalidad y la desigualdad y a la lucha contra la exclusión social (acompañadas de un itinerario de inserción socio laboral). A lo largo del articulado del Decreto-Ley 3/2007 son continuas las referencias a esta cualidad. Así en el art. 4 define a la Renta mínima de inserción social como una prestación económica “garantizada” del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía. Del mismo modo, el art. 5 le otorga esta característica. Desde el punto de vista financiero, tanto el art. 34 como el art. 53 reiteran esta condición, al exigir la obligación de existencia de crédito adecuado y suficiente para atender esta prestación, así como la financiación mediante las partidas presupuestarias necesarias.

En segundo lugar, indicar que la normativa reguladora le confiere otras características destacables. Así le otorga carácter complementario con cualquiera de los recursos de los que disponga la unidad familiar, así como con las prestaciones económicas y de servicios a los que pudiera tener derecho; la cuantía de la renta mínima estará condicionada por el nivel de ingresos o rentas que ostente la unidad de convivencia, resultando su cuantía la diferencia entre el importe de la prestación que le correspondería a dicha unidad y los ingresos computables según la normativa analizada.

Del mismo modo, se reconoce el carácter subsidiario de esta renta mínima de inserción, con respecto a cualquier prestación de carácter contributivo o no contributivo, así como de cualquier régimen o sistema público o privado de protección social o de análoga naturaleza, que pudieran concederse al titular. Todo ello indica que, si el posible titular quiere solicitar la prestación, previamente debe hacer valer los posibles derechos en relación a otras prestaciones que pudieran corresponderle, generando la renta mínima cuando aquellos no se hagan efectivos.

1.2. DEFINICIONES

Otra de las aportaciones de la nueva regulación es la introducción de definiciones de conceptos y términos relevantes a la hora de alcanzar una unidad y consenso en la aplicación de la misma. Términos que antes no

²⁹ Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (BOE 21 de enero de 2017)

habían sido abordados, se definen ahora con gran extensión y detalle. Así, en el artículo 4, además de precisar que se entiende por renta mínima de inserción social (prestación económica garantizada orientada a la erradicación de la marginación y desigualdad y lucha contra la exclusión social), se aportan aclaraciones sobre el plan de inclusión socio laboral, situación de exclusión social, situación de pobreza, urgencia social, emergencia social o unidad familiar o de convivencia; alguna de ellas nunca antes afrontadas. No es difícil imaginar la eficacia que pretende introducir la norma al unificar y delimitar situaciones y conceptos de difícil interpretación y que hasta ahora estaban sometidos a la apreciación subjetiva. Ello provoca una mayor eficacia en la valoración de los mismos y en la ejecución aplicativa de la prestación.

1.3. DURACIÓN

Una de las mejoras más evidentes de la actual norma viene referida a la duración de la prestación. El anterior Ingreso mínimo de solidaridad establecía un periodo máximo de percepción de seis meses improrrogables; uno de los más reducidos en comparación con lo dispuesto en el resto de comunidades autónomas. Ahora, la duración inicial de la Renta Mínima de Inserción se fija en doce meses, con la posibilidad añadida de solicitud de prórrogas por periodos sucesivos de seis meses, siempre y cuando se mantengan las circunstancias que motivaron su concesión y la concurrencia de los requisitos y condiciones que se exigen. Sin embargo, aquéllas tendrán un plazo de aplicación transitoria hasta el año 2020, momento en el que se hará efectiva la ampliación de la duración de la prestación a todas las unidades familiares que la soliciten. Hasta entonces, se limita dicha posibilidad a alguna de ellas, básicamente las que cuentan con menores a cargo y las de víctimas de violencia de género.

Con esta medida ampliatoria se ha producido una cierta equiparación, en este aspecto, con el resto de rentas mínimas de inserción regionales, en cuyas regulaciones, y de forma generalizada, el plazo de concesión es equiparable al ahora reconocido en Andalucía. Además, cuando se cumpla el plazo de transitoriedad y sea aplicable el régimen de prórrogas a todas las unidades familiares, la duración de la prestación será de carácter indefinido, mientras subsistan las causas que la generaron y se sigan cumpliendo los requisitos exigidos legalmente.

Indicar, que el devengo de la Renta mínima se producirá a partir del primer día del mes siguiente de la entrada de la solicitud en el órgano competente para resolver (anteriormente esta referencia venía establecida en relación a la fecha de resolución de dicho órgano). Medida que procura favorecer la retroactividad de la efectividad del derecho al momento en que

el interesado lo solicite, sin esperar a una posible resolución favorable, lo que redundaría en una mejora de la eficacia y un acercamiento a la finalidad de esta prestación.

1.4. CUANTÍA

No menos relevante es el incremento producido en la cuantía de esta prestación, así como la sustitución de la referencia al Salario Mínimo Interprofesional por el Indicador Público de Rentas Múltiples. Efectivamente, la cuantía ha pasado del 62% del SMI al 78% del IPREM, incrementada en un 10% del mismo indicador por cada integrante de la unidad familiar distinta del solicitante. El artículo 11 del Decreto-Ley establece un tope máximo: el 125% de dicho IPREM. Este máximo puede verse ampliado hasta el 145% cuando la unidad familiar está integrada por seis o más miembros y al menos tres de ellos sean menores.

Del mismo modo, se contemplan supuestos específicos, no recogidos en disposiciones anteriores, donde se producen aumentos adicionales de la cuantía inicial. Éstos vienen referidos a situaciones de custodia compartida, unidades familiares con integrantes discapacitados o unidades monomarentales y monoparentales con personas a cargo. En definitiva, la norma refuerza el apoyo en estos casos, reconociendo incrementos en la cuantía de la prestación, sobre todo en circunstancias especiales, haciendo especial hincapié en el apoyo a las familias cuando existan menores en ellas.

1.5. ÁMBITO SUBJETIVO

También la norma ha procedido a ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de la Renta Mínima de Inserción, contemplando a titulares y beneficiarios que anteriormente se encontraban excluidos de cobertura. Así, podrán tener derecho a la renta mínima de inserción las unidades familiares cuyos miembros ostenten la vecindad administrativa en Andalucía, se encuentren en situación de pobreza o exclusión social o riesgo de estarlo, y cumplan los requisitos contenidos en el art. 7 del Decreto-ley 3/2007. Igualmente, se considerarán beneficiarias a aquéllas que, aun no cumpliendo alguno de dichos requisitos, se encuentren en un escenario de urgencia o emergencia social. Contempla esta disposición las circunstancias extraordinarias que requieren una actuación y atención inmediata por parte de la administración, sin la cual podría producirse una grave desprotección, en supuestos de crisis derivadas de concretos o puntuales estados de vulnerabilidad, introduciendo excepciones en el cumplimiento de los requisitos exigidos, y estableciendo un procedimiento especial con carácter prioritario para el reconocimiento de la prestación. Entre dichas excepciones, a título ejemplificativo, se encontrarían aquellas urgencias o emergencias sociales derivadas de pérdida de la vivienda habitual; accidente o

enfermedad grave de algún miembro de la unidad familiar; ser víctima de explotación sexual o laboral de redes de trata de seres humanos; ser víctima de violencia de género; encontrarse en un proceso de desahucio... El procedimiento, antes enunciado, de tramitación y acreditación de la situación de urgencia o emergencia social, será de carácter preferente a las demás solicitudes, remitiendo los servicios sociales comunitarios el expediente completo a la Delegación territorial competente en el plazo máximo de cinco días hábiles desde su recepción, debiendo obtenerse resolución en el mismo plazo desde la entrada de aquél en dicha Delegación. La regulación del año 1.999 únicamente contemplaba las situaciones de emergencia social a efectos de conceder el ingreso mínimo de solidaridad con carácter provisional, sin concretar qué se entendía por emergencia social, dejando su interpretación a los órganos competentes en la materia para la tramitación y resolución del procedimiento, y sin establecer uno específico que garantizara la resolución prioritaria, preferente y ágil ante estas situaciones. La mejora es evidente, no solo se unifican criterios en cuanto a la consideración que han de tener estas excepcionales situaciones, sino que se establecen singularidades en el cumplimiento de requisitos, y se añade un nuevo procedimiento diferente al ordinario, todo ello con la finalidad de asegurar la rapidez y efectividad de la prestación.

De forma general, podrán ser titulares de la RMIA aquellos solicitantes y perceptores que formen parte de una unidad familiar pluripersonal, o bien constituya por sí misma una unidad unipersonal. Expresamente alude a la constitución de unidades familiares por el solicitante y persona unidad a la misma por relación de matrimonio, parejas de hecho debidamente inscritas (anteriormente olvidadas), o relación análoga, y las personas vinculadas por lazos de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el primer grado, o por adopción, tutela o acogimiento familiar que convivan en el mismo domicilio, ampliando el parentesco a la filiación por afinidad, aunque reduciendo al primer grado dicha vinculación, respecto a la normativa anterior.

Las Unidades de convivencia se conformarán cuando dos o más unidades familiares compartan el mismo domicilio, pudiendo generarse hasta un máximo de dos prestaciones por cada unidad.

En el caso de las unidades familiares unipersonales se posibilita que éstas puedan estar constituidas por personas de 65 o más años que acrediten tener a su cargo menores de edad, con la finalidad de otorgar una mayor protección a los derechos de la infancia. Del mismo modo, se elimina la exclusión de conformar unidades unipersonales a las personas que no sean ciudadanos de la Unión Europea, ampliando así también el ámbito subjetivo

de la protección a extranjeros de terceros países, aunque con las precisiones que más adelante se analizarán.

En cuanto al requisito de la edad para ostentar la condición de titular de la prestación (con carácter general tener entre 25 y 64 años), se observa también una evidente extensión de la protección al incluir en su ámbito a personas que tengan una edad comprendida entre los 16 y los 24 años en los que se de alguna de las circunstancias enumeradas en la norma (con menores o discapacitados a su cargo, huérfano/a de ambos progenitores, víctima de violencia de género, tener un grado de discapacidad igual o superior al 33%, convivencia de forma independiente al menos dos años antes a la solicitud, encontrarse en situación de urgencia o emergencia social). Mejora que ha supuesto la cobertura de sujetos que por su edad no podían acceder anteriormente a esta renta mínima.

2. REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN: VECINDAD ADMINISTRATIVA Y EMPADRONAMIENTO. EL CASO DE LOS CIUDADANOS DE LA UE NO ACTIVOS

Enumera la norma, en su artículo 7, una serie de requisitos de cumplimiento ineludible (salvo excepciones) para el devengo de la prestación. Entre los más relevantes destacan los siguientes:

1.- Vecindad administrativa en Andalucía: la/s persona/s integrante/s de la unidad familiar deberán ostentar la vecindad administrativa en Andalucía, es decir, ser residente en territorio andaluz.

2.- De la misma forma, los sujetos anteriores deben estar empadronados, de forma estable, en un mismo domicilio, ubicado en un municipio de Andalucía durante el año previo a la fecha de la solicitud (con las salvedades descritas en la norma). Así, todos los miembros que constituyan la unidad familiar deberán acreditar la situación de convivencia estable, durante el periodo establecido, con anterioridad a la solicitud de la Renta mínima. Para ello, el documento idóneo es el certificado de empadronamiento histórico que contemple esa convivencia de un año previo. De esta forma se acredita y se identifica a todas las personas que forman parte de la unidad familiar, y la estabilidad de la convivencia en un domicilio durante el año anterior.

A la vista de estos dos primeros requisitos contemplados en el texto normativo, no parece que se cierre la posibilidad de solicitar esta prestación a los ciudadanos de países de la Unión europea o extranjeros de terceros países. En la anterior regulación, la única referencia explícita a estos sujetos era la imposibilidad de que formaran unidades unifamiliares aquellos que no ostentaran la condición de ciudadanos de la unión europea. Es decir, los

extranjeros de terceros países podrían ser parte de unidades familiares a estos efectos, pero nunca podrían tener acceso a prestación si se conforman como unidades unifamiliares, es decir único solicitante y posible titular y beneficiario.

A la luz de la nueva regulación, los extranjeros pueden ser titulares y beneficiarios de este derecho social siempre y cuando ostenten la vecindad administrativa en Andalucía y estén empadronados de forma estable, como residentes en un mismo domicilio, al menos con un año de antelación a la fecha de la solicitud. Sin embargo, hay que detenerse en el análisis de estas situaciones, en función de si se ostenta o no el derecho de residencia legal. En el articulado del Decreto-ley no se hace ninguna alusión a la condición del extranjero de residente legal. De una primera lectura del texto, podríamos deducir que éstos podrían acceder en igualdad de condiciones que los nacionales a esta prestación. Bastaría con residir en un municipio andaluz y aportar el certificado de empadronamiento durante el tiempo requerido. Sin embargo, en el Anexo II, desvinculado del articulado general, se ha contemplado la exigencia a los extranjeros de presentar, junto a la solicitud, la Tarjeta de Residencia, tanto del solicitante como del resto de las personas de la unidad familiar. Llama la atención como la norma no incluye esta exigencia (ostentar el derecho de residencia legal) en las disposiciones donde se regulan los requisitos de acceso, y lo hace en un anexo a la misma. Así, los ciudadanos de la UE y los extranjeros de terceros países deben acreditar, con la presentación de dicha tarjeta, su condición de residentes legales.

Merece especial atención, en este punto, la situación de los ciudadanos de la UE y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, para los que el Real Decreto 240/2007³⁰ (que transpone la Directiva 2004/38/UE³¹) establece la igualdad de trato respecto a los ciudadanos españoles siempre que residan conforme a lo establecido en este texto legal. En concreto, cuando hablamos de ciudadanos “inactivos”, para poder ostentar el derecho de residencia legal (superior a tres meses) deben acreditar disponer para sí y para los miembros de su familia de recursos

³⁰ Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. BOE núm. 51 de 298 de febrero de 2.017.

³¹ 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. Diario Oficial de la Unión Europea L 158/77, 30 de abril de 2.004.

suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su periodo de residencia en el país; así como contar con un seguro de enfermedad que cubra a aquellos sujetos de todos los posibles riesgos en España. De esta forma, el ciudadano de la UE no activo que tenga reconocido el derecho de residente legal superior a tres meses, no tendría necesidad de recurrir a esta prestación al haber acreditado disponer de recursos suficientes. A mayor abundamiento, la norma literalmente indica que no deben convertirse en una carga para la asistencia social en España. El problema se plantea cuando esos recursos, en un determinado momento, se manifiestan insuficientes ¿tendrían la posibilidad de solicitar la renta mínima?. En principio, su situación ha devenido irregular, al no reunir el requisito que le dio acceso al derecho de residencia legal. Según el artículo 9 bis del RD 240/2007, si no se cumplen las condiciones que se exigieron para la concesión del derecho de residencia, éste no se podrá mantener. Sin embargo, en su apartado 2 indica que el recurso a la asistencia social no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión, pareciendo dejar abierta la puerta a situaciones sobrevenidas que les aboquen a solicitar protección a través de la asistencia social. En todo caso, deberán acreditar que han entrado en territorio español para buscar empleo, no pudiendo ser expulsados mientras puedan demostrar que siguen en esa búsqueda y que tienen posibilidades “reales” de ser contratados. Desde luego esa realidad de la contratación se antoja difícil en los momentos actuales, y sobre todo la constatación de dicha posibilidad.

Con la exigencia de ostentar el derecho de residencia legal, que se constata mediante la presentación de la Tarjeta de residencia, la norma está vetando la posibilidad de solicitar la prestación que se analiza a ciudadanos no activos de la UE, cuando dejen de reunir los requisitos para su consideración como residentes legales. Es cierto que la norma que regula este derecho no le cierra la puerta al recurso a la asistencia social, pero siempre que se acredite la búsqueda de trabajo y las posibilidades reales de contratación. En el supuesto de recurrir a la protección otorgada por la renta mínima de inserción se podría quebrantar el derecho de residencia, al dejar de reunir los requisitos contemplados en la Directiva y en la norma de trasposición (recursos suficientes y seguro). Incluso, en un futuro, podrían no generar derecho a las prestaciones no contributivas que van directamente ligadas al requisito de residencia legal durante un periodo temporal, al haber perdido esta condición.

2.1. OTROS REQUISITOS

El art 7.1.d) exige que el solicitante de la prestación debe estar inscrito en el Servicio Andaluz de Empleo como demandante de empleo no ocupado

(con excepciones en los supuestos definidos en la norma, exigiendo únicamente la inscripción en el servicio de empleo: víctimas de violencia de género, unidades familiares con un solo progenitor y con menores a su cargo,). Igualmente, las personas que formen parte de la unidad familiar mayores de 16 años que se encuentren en situación de búsqueda activa de empleo deberán estar inscritas como demandantes de empleo (del mismo modo la norma recoge excepciones a este requisito y elude de su cumplimiento a los miembros de la unidad familiar cuidadores de dependientes, perceptores de pensión de invalidez permanente absoluta o jubilación, o sujetos encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos). De esta forma se posibilita el que estos sujetos realicen trabajos retribuidos y que sean compatibles con la percepción de la RMI, siempre y cuando no se supere el límite de recursos que sirve de parámetro para su concesión. Pero olvida, sin embargo, a colectivos como los trabajadores precarios, cuando no estén incluidos en ninguna de las excepciones contempladas. Al estar ocupados, en principio no generarían el derecho a esta prestación, sin que ello indique que sus necesidades básicas estén cubiertas y no sean acreedores de esta ayuda social.

La exigencia de mantener este requisito durante todo el tiempo de percepción de la renta mínima, fue modificada por la Ley 7/2018 exigiendo solo su cumplimiento en el momento de la solicitud. En parte, esta modificación encuentra su base en la imposibilidad de los servicios sociales de controlar el cumplimiento de esta formalidad durante todo el periodo de percepción, y exigirles la renovación de la inscripción (para ciertos colectivos es especialmente dificultoso, por ejemplo, cuando hablamos de los “sin techo” o personas sin hogar).

Si algún miembro de la unidad familiar suscribe contrato de trabajo temporal, igual o superior a seis meses, y sus ingresos son superiores a la cuantía que le correspondiera por la renta mínima, se introduce la novedad de suspender temporalmente su percepción reanudándose la misma al finalizar aquel, en lugar de proceder a la extinción de aquella.

Junto al requisito antes analizado, no hay que obviar el referido a los recursos de la unidad familiar, pues es la base de la prestación (situación de necesidad derivada de la carencia de recursos). Aquella debe disponer de recursos mensuales inferiores a la cuantía que le correspondería por esta prestación. Igualmente, no debe disponer de dinero en efectivo, valores, derecho de crédito o depósito bancario por importe superior a diez veces el IPREM (5.378 euros). La norma hace una exhaustiva enumeración de los recursos computables a estos efectos, mejorando sustancialmente la regulación anterior (que se limitaba a englobar genéricamente los recursos y

exceptuar algunos de los ahora recogidos). Así expresamente excluye de ese cómputo, entre otros, a la pensión de orfandad, las pensiones de alimentos, las remuneraciones por acogimiento familiar, las ayudas públicas para la vivienda habitual, los bienes inmuebles declarados en ruina, los ingresos procedentes de cursos de formación y de los contratos de formación para jóvenes, las ayudas a jóvenes provenientes del sistema de protección social y las becas de ayudas al estudio, a la formación y al transporte. Ofrece así un amplio elenco de ingresos que no se tendrán en cuenta para la determinación del derecho ni para el establecimiento de su cuantía.

3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS BENEFICIARIOS

Otra de las novedades de este Decreto ley es el establecimiento de una serie de derechos y obligaciones expresamente reconocidos a las personas titulares y beneficiarias de la renta mínima. La novedad estriba, precisamente, en el elenco de derechos que el artículo nueve enumera: percepción de la renta, atención directa mediante el Plan de Incursión socio laboral, asignación de un profesional que procure la continuidad de la intervención, obtener prestaciones y servicios de calidad, disponer de información suficiente veraz y fácilmente comprensible, participar en su proceso de intervención, evaluar sus necesidades y hacer un diagnóstico de situación... derechos que pueden ser exigidos por los sujetos en base a este título jurídico. A destacar, el Plan de incursión socio laboral integrado y coherente, que contemple los objetivos, medidas y actuaciones para la inclusión familiar, social, personal, educativa y laboral, sin olvidar el acceso a servicios sanitarios y de vivienda; dicho Plan debe ser objeto de revisión cada seis meses con el objeto de atender adecuadamente a su finalidad.

En la regulación anterior únicamente se configuraban las obligaciones de los beneficiarios receptores de los ingresos mínimos, y directamente vinculado el cumplimiento de los mismos al mantenimiento del derecho. Se reconoce ahora, que los beneficiarios son también acreedores de otros derechos que son conexos a la renta mínima de inserción, y que tienden a la consecución de los objetivos para la que ha sido creada, sobre todo los referidos a la inclusión, en todas sus dimensiones, de sus destinatarios.

4. EXPORTABILIDAD DE LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN ANDALUZA

Una de las causas de extinción de esta prestación es el traslado de residencia de la unidad familiar a municipio no ubicado en Andalucía. De esta forma, es imposible continuar percibiendo la prestación si el titular se traslada a otra comunidad; la misma se extingue, pues no es exportable. Ello conlleva una evidente desmotivación cuando el traslado está justificado por la búsqueda de empleo, dificultando la inserción de los sujetos en el

mercado de trabajo al limitar su movilidad geográfica. Algunas disposiciones autonómicas contemplan la suspensión de la prestación cuando el desplazamiento es debido a razones laborales, de salud, a cuidados de personas o a causas graves y justificadas³²; sin embargo, en Andalucía esta posibilidad se encuentra limitada.

Hay regulaciones regionales que contemplan la viabilidad de establecer convenios de reciprocidad entre las distintas comunidades, con la finalidad de favorecer los cambios geográficos de los beneficiarios propiciando y posibilitando la exportación de estas prestaciones a otras regiones (Principado de Asturias, Murcia, Cataluña, Cantabria.). En concreto la comunidad autónoma andaluza no abre esa oportunidad de favorecer la exportabilidad de su prestación a otras comunidades.

Sin embargo, en los territorios que admiten la suscripción de tales convenios, actualmente no se ha firmado ninguno, lo que dificulta excesivamente la movilidad de los sujetos, sobre todo dirigida a la búsqueda de empleo.

Tampoco se admite la exportabilidad dentro de los países de la Unión Europea al no ser un típico riesgo de Seguridad Social protegido por el Reglamento 883/2004³³, ni una prestación especial no contributiva a efectos del mismo (Anexo X), teniendo pues la consideración de prestación de asistencia social.

5. PROCEDIMIENTO

Para conseguir una mayor agilización en las tramitaciones y resoluciones, se trata de activar el procedimiento administrativo introduciendo algunas medidas que intentan conseguir dicha finalidad. Estamos ante situaciones precarias que necesitan una rápida y eficaz respuesta. Para ello, el Decreto-Ley elimina las antiguas Comisiones de valoración y crea la Comisión autonómica de coordinación, en cuya composición van a intervenir, a través de las vocalías, representantes de

³² Art. 14.1.e) Ley 5/2019, de 20 de febrero, de Renta Extremeña Garantizada. (BOE núm. 61 de 12 de marzo de 2019); art. 19.1. 1º del Decreto n.º 163/2017, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 3/2007, de 16 de marzo, de Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, (B.O. Región de Murcia núm. 126 de 2 de junio de 2017) y Decreto núm. 147/2010, de 25 de mayo Renta de Garantía de Ingresos. (B.O. País Vasco 17 de junio de 2010, núm. 114, (pág. 3020), art. 43. 1.a.

³³ Reglamento (CE) n o 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. (DO L 166 de 30.4.2004, p. 1)

distintos sectores sociales. Esta Comisión será la responsable del examen, evaluación y control de la ejecución de la RMI en Andalucía. A su vez se crean Comisiones Provinciales de Coordinación para llevar a cabo la coordinación, el seguimiento y control en este nivel territorial.

Del mismo modo, se da opción a la tramitación electrónica del procedimiento, introduciendo además la verificación de datos de determinadas situaciones por medios telemáticos, con lo que las administraciones implicadas podrán utilizar este medio, en sustitución de la presentación de documentación por parte del sujeto interesado.

Por otro lado, el artículo 41 de la norma referida prevé y garantiza el diseño de un sistema de información para el registro del procedimiento, tramitación, desarrollo y evaluación de la renta mínima, interoperable con otros sistemas de información de la administración.

No hay que olvidar, la creación por la norma de un procedimiento específico para la gestión y acreditación de las situaciones de urgencia o emergencia social, que se tramitarán con carácter prioritario a las demás solicitudes y cuyo plazo de resolución es perentorio.

Todas estas previsiones tienen como finalidad esencial agilizar y facilitar al máximo el recurso a esta prestación por parte de los sujetos interesados, aunque su desarrollo real y efectivo está siendo bastante cuestionado, debido sobre todo a la escasez de recursos y falta de medios para hacer operativo este procedimiento en los términos aludidos.

V. CONCLUSIONES

A pesar de que el Pilar Europeo de Derechos Sociales introduce, entre los derechos de protección e inclusión social, el derecho a prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna, combinado con incentivos que vayan dirigidos a la integración del sujeto, no solo en el mercado de trabajo sino en todas las facetas posibles de su vida social, lo cierto es que es necesario un desarrollo legislativo de este derecho a distintos niveles. Se intentó en su momento incentivar el desarrollo de una Directiva que regulara una Renta Mínima, y la hiciera extensiva a todos los Estados miembros, sin resultados efectivos. El documento citado al inicio es un instrumento jurídico sin fuerza vinculante que, aunque otorga cierto protagonismo a la dimensión social, sin embargo, necesita de un apoyo y compromiso de los Estados para su desarrollo efectivo. Servirá de guía para alcanzar esos resultados y objetivos convergentes en materia de protección social, pero la fuerza ejecutiva de los mismos se alcanzará a través del desarrollo de las legislaciones al nivel adecuado.

Si nos centramos en la materia objeto de este análisis, observamos que en nuestro país hay diferentes y variadas regulaciones autonómicas de sistemas de rentas mínimas que provocan una gran divergencia entre ellas. Aunque la tendencia actual intenta aproximarlas, e incluso homogeneizarlas, esa diversidad ha desembocado en una fragmentación de estos sistemas de protección social que debe ser evitada. Igualmente hay aspectos que han de ser mejorados, como el ámbito de aplicación, requisitos exigidos para generar el derecho a su percepción, o la tramitación administrativa a la que los futuros beneficiarios deben enfrentarse.

En concreto, se ha analizado una de la más reciente intervención legislativa que a nivel autonómico se ha llevado a cabo en España: la renta mínima de inclusión andaluza que entró en vigor el uno de enero de 2018. Del estudio llevado a cabo se desprenden varias conclusiones.

En primer lugar, la regulación no es tan novedosa como se pretende presentar. Es cierto, que se ha incorporado mejoras relativas a la duración de la prestación (que la equipara a la de otras comunidades autónomas); también se ha producido una cierta ampliación del ámbito subjetivo, otorgando además prioridad a ciertos colectivos, como familias con menores a cargo, discapacitados, víctimas de violencia de género o familias monomarentales y monoparentales (para ellos se ve aumentada la cuantía en un pequeño porcentaje y en ciertas circunstancias se les exime del cumplimiento de determinados requisitos).

Igualmente se contemplan excepciones a la exigencia del empadronamiento mínimo de un año de los integrantes de la unidad familiar, en supuestos excepcionales y debidamente acreditados: por razones laborales o de salud, víctimas de violencia de género, víctimas de trata de personas, apátridas o refugiados, personas sin hogar, personas que residan en alojamientos alternativos...etc. La norma está contemplando situaciones donde la exigencia del empadronamiento dificultaría en exceso, no solo su personal situación de vulnerabilidad, sino también la posibilidad de percibir y ser beneficiario de la renta mínima de inserción.

A resaltar, que esta nueva regulación no solo contempla, como en la anterior, un elenco de obligaciones para los beneficiarios de esta prestación, sino que introduce una serie de derechos que refuerzan el sentido garantista de la prestación y la situación de acreedor de sus titulares.

Sin embargo, y a pesar de lo comentado anteriormente, el Decreto Ley 3/2017 sigue afectado de evidentes carencias (entre ellas la cuantía que sigue siendo insuficiente), sobre todo teniendo en cuenta quiénes son sus

destinatarios. Manifestación de ello, es la modificación a la que se vio abocada solo siete meses después de su entrada en vigor.

Resaltar también la excesiva burocratización del procedimiento para su concesión. No hay que olvidar los colectivos a los que va dirigida la prestación; y aunque la norma regula como derechos, entre otros, el de información suficiente, comprensible y veraz, la atención directa a los sujetos, la asignación de personal especializado y profesionales en el ámbito de los servicios sociales, lo cierto es que la realidad nos muestra algo muy diferente en lo que respecta a este aspecto. Son tantos los requisitos exigidos para su presentación y documentación, que o bien las solicitudes se ven rechazadas por falta de ellos o esos múltiples requisitos disuaden a los expectantes beneficiarios de presentar la solicitud. A ello se añade la falta de personal capacitado y formado para poder llevar a cabo la gestión de esta prestación; se carece de los recursos necesarios para su desarrollo; el sistema de información para la gestión de la renta mínima aún se está implantando; las resoluciones están tardando excesivamente, mucho más allá del plazo previsto en la norma (dos meses). Se han realizado requerimientos de subsanación con objeto de aplicar adecuadamente la Ley de protección de datos, que han dificultado enormemente su tramitación. En definitiva, el procedimiento de tramitación no está resultando ser eficaz ni eficiente, y por supuesto no se lleva a cabo en los plazos legalmente previstos. Ello provoca que solicitudes que se presentaron en un determinado momento, cuando los sujetos se ven afectados por situaciones de necesidad muy concretas y determinadas, aun no se hayan resuelto, por lo tanto, no se ha dado respuesta a las carencias sufridas por las unidades familiares, lo que conlleva una ineficacia de la norma en cuestión y de la finalidad para la que surge. En el mes de marzo de 2019, la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación anunció contratación de nuevos profesionales con la finalidad de agilizar la tramitación de estos procedimientos. Igualmente, la previsión de cambios normativos de la renta mínima de inserción para hacerla más accesible y simplificar los procedimientos.

Añadir a todo ello, que la cuantía de la renta mínima de inserción andaluza es claramente insuficiente, sobre todo cuando hablamos de unidades familiares con un elevado número de miembros y cuyo importe está limitado por el tope máximo.

Además, el Plan de inclusión socio laboral que debe acompañar a la prestación se antoja imposible: no hay cuotas de empleo, no hay viviendas del parque público o dotaciones presupuestarias para la rehabilitación de las mismas, y sobre todo es materialmente imposible hacer un seguimiento efectivo del Plan, sobre todo en lo que respecta a empleabilidad.

También habría que hacer alusión a colectivos que se sienten perjudicados por la aplicación de este nivel de protección social: los trabajadores precarios. En principio solo tienen acceso a este derecho las personas sin empleo, pero se obvia la situación de aquellas que teniéndolo se consideran trabajadores pobres o en precario, con salarios ínfimos que les sitúan en una grave situación de exclusión.

Por añadidura, esta prestación sigue estigmatizando a las personas por ser pobres, al condicionar su percepción a la situación social de pobreza. Ello da lugar a que muchas de ellas prefieran acudir a redes de asistencia, economía sumergida o la familia.

Se recibieron en la defensoría del pueblo un elevado número de quejas de ciudadanos que manifestaban su desesperación ante los retrasos sufridos en la tramitación de sus solicitudes, siendo del todo necesaria la concesión de esta prestación para poder satisfacer sus necesidades básicas, al encontrarse en situaciones de evidente necesidad. Cuando sean resueltas, el tiempo habrá pasado y no habrán podido hacer frente a aquellas; se les hará un pago único con la cuantía total que corresponda al periodo concedido, sin que ello resuelva instantáneamente la precariedad sufrida y que motivó la solicitud.

Sera necesario esperar a la instauración total del sistema, su dotación de recursos materiales y humanos y analizar entonces los resultados de esta prestación.

Mientras tanto, no debe olvidarse el debate sobre la necesidad de finalizar con la fragmentación de los sistemas de rentas mínimas autonómicos al que asistimos en nuestro país, y al que ya ha sido avocado por las instituciones europeas. El Pilar Europeo de derechos sociales debe servir de guía a este fin, y los poderes públicos deben cumplir el compromiso de abordar esta materia y establecer una regulación a nivel nacional sobre Renta Mínima que garantice el fin de las disfunciones que los sistemas actuales manifiestan.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Arufe Varela, A., "El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales. Análisis Crítico", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, pp. 32-59, núm. 49, Mayo (2018).

- Callau Dalmau, P., "Comentario del último Dictámen del Comité europeo de las Regiones sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales y documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, Mayo (2018), pp. 580-600.
- Carmona Cuenca, E., "La consolidación del Estado social en España. El Estado asistencial". Especial. *Derecho Constitucional para el Siglo XXI*. BIB 2006\1706, Editorial Aranzadi, S.A.U., Septiembre de 2006.
- Carrizosa Prieto, E., "Hacia la articulación de una renta básica ciudadana en el ordenamiento jurídico español", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.192/2016 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016. BIB 2016\85604.
- Castro Argüelles, M. A., "La Nueva Ley de Servicios Sociales de Andalucía: una presentación", *Foro, Nueva época*, vol. 19, núm. 2 (2016): pp. 313-333, ISSN:1698-5583.
- Guerrero Padrón, T., "El Derecho de residencia como factor limitativo del acceso a prestaciones de seguridad social". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, Mayo (2018), pp. 259-293.
- Monereo Pérez, J.L., "Pilar Europeo de Derechos Sociales y Sistemas de Seguridad Social", *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Lex Social, Vol. 8 núm. 2/2018, pp. 251-298.
- Sánchez-Rodas Navarro, C., "Los divergentes conceptos de asistencia social en el Derecho de la Unión Europea y sus efectos sobre la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, Mayo (2018), pp.229-258.
- Suarez Corujo, B., "Una prestación de renta mínima garantizada: reflexiones sobre su encaje competencial en el marco constitucional." BIB 2014\4091 *Revista de Información Laboral*, num.10/2014 parte Art. Doctrinal, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014.

LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES: NOVEDADES EN LOS AÑOS 2018 Y 2019¹

ELISABET ERRANDONEA ULAZIA

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
FACULTAD DE RELACIONES LABORALES Y TRABAJO SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO-EUSKAL
HERRIKO UNIBERTSITATEA UPV/EHU

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.....	187
II. LA IMPORTANCIA DE LA NORMATIVA SOBRE REVALORIZACIÓN DE PENSIONES.....	189
III. LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN ALGUNOS TEXTOS INTERNACIONALES.....	192
IV. LAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE REVALORIZACIÓN DE PENSIONES EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA EN LOS ÚLTIMOS AÑOS Y PARTICULARMENTE EN LOS AÑOS 2018 Y 2019.....	199
1. La nueva forma de revalorización de pensiones introducida por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre.....	199
2. La revalorización de pensiones en el año 2018.....	204
3. La revalorización de pensiones para el año 2019.....	208
V. MODIFICACIONES EN LA INDEXACIÓN DE PENSIONES DE OTROS ESTADOS EUROPEOS EN LOS ÚLTIMOS AÑOS.....	212
VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	216

I. INTRODUCCIÓN

La revalorización de pensiones ha sido en los años 2018 y 2019, nuevamente, una cuestión de fuerte actualidad en España, y decimos nuevamente ya que dicha revalorización lleva ya siendo un tema de actualidad durante numerosos años. La revalorización de pensiones en España ha sido sometida a varias modificaciones tanto en su aplicación puntual, como en el régimen normativo recogido por la Ley General de Seguridad Social, desde el año 2010 hasta la actualidad. Además, las noticias al respecto hacen esperar nuevos cambios en la materia. La normativa

¹ Proyecto MINECO DER2017-83040-C4-1-R. Hacia un nuevo modelo de derecho transnacional. Universidad del País Vasco. IP Olga Fotinopoulou.

española de Seguridad Social sobre revalorización de pensiones fue suspendida en su aplicación en dos ocasiones y esto dio lugar a pérdidas de poder adquisitivo para la mayoría de las personas receptoras de pensiones contributivas. Ello fue seguido de un cambio en dicha normativa de Seguridad Social que llevó a prescindir de la evolución del índice de precios al consumo como criterio para la revalorización automática de pensiones. En lugar de dicho criterio se introdujo una fórmula que basaba dicha revalorización en aspectos relacionados con el sistema de Seguridad Social como son los ingresos y los gastos del mismo, a la vez que introducía un porcentaje mínimo y otro máximo de revalorización. Tal y como se había pronosticado, dicha fórmula dio lugar a una situación de cuasi-congelación de las pensiones que ha provocado pérdidas en su poder adquisitivo.

En este contexto, en el año 2018 hay que destacar la entrada en escena de un nuevo sujeto que ha influido en las normas sobre revalorización de pensiones de estos dos últimos años (2018 y 2019), y que persiste en sus reivindicaciones en el año 2019. Se trata de las personas pensionistas organizadas que insistentemente piden al gobierno que garantice el mantenimiento de poder adquisitivo de las pensiones así como unas pensiones dignas.

También en el año 2018 hubo novedades en la Comisión parlamentaria del Pacto de Toledo, en la que, tras sucesivos intentos infructuosos, finalmente, se alcanzó un acuerdo en torno a la normativa de revalorización de pensiones. Conforme a dicho acuerdo la revalorización anual de pensiones se hará en base al IPC real. Sin embargo, la convocatoria de elecciones, con la correspondiente disolución del Parlamento, no ha permitido que dicho acuerdo surtiera efecto.

Por su parte, el Real Decreto-ley 28/2018 para la revalorización de las pensiones públicas para el año 2019, estableció un plazo de seis meses para que el Gobierno adoptara las medidas necesarias para modificar la Ley General de la Seguridad Social y la Ley de Clases Pasivas del Estado en lo referido a la revalorización de pensiones. Ello, en el marco del diálogo social y de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo y con el objeto de establecer un mecanismo de revalorización de las pensiones que garantice el mantenimiento de su poder adquisitivo y preserve la sostenibilidad social y

financiera del sistema de Seguridad Social. Transcurrido ya dicho plazo, aún no se ha dado cumplimiento a dicha encomienda².

Además, España no es el único Estado de la Unión Europea que ha procedido a modificar su normativa en materia de revalorización de pensiones, sino que lo mismo ha sucedido en otros Estados Miembros de la Unión Europea.

II. LA IMPORTANCIA DE LA NORMATIVA SOBRE REVALORIZACIÓN DE PENSIONES

La importancia de la función que desempeña la normativa sobre revalorización de pensiones dentro del conjunto del sistema de Seguridad Social es innegable. Ello es así, por las repercusiones que tiene sobre la cuantía de dichas pensiones, tanto si son individualmente consideradas para cada persona beneficiaria, como si son consideradas por la cuantía conjunta que debe dedicarse al pago de las mismas por parte del Estado.

Aunque esta cuestión de la revalorización de pensiones haya adquirido una especial relevancia y se haya intensificado el interés por la misma por parte de la doctrina durante los últimos años, no es una cuestión nueva, sino que ha venido siendo objeto de atención a lo largo de las últimas décadas. Ello ha sido así en gran medida por las implicaciones económicas que lleva consigo dicha revalorización y las normas concretas conforme a las que aquella se realice. De este modo, uno de los aspectos que más se han venido destacando a lo largo de los años respecto de la revalorización de pensiones ha sido éste de su vertiente cuantitativa, sobre todo en épocas de dificultades económicas³. De hecho, es aquí donde se encuentra la causa del giro radical que se ha producido en la regulación de la revalorización de pensiones en el sistema español de Seguridad Social.

De acuerdo con el *Informe Económico-Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social de 2019*, la revalorización acumulada de pensiones representa, con datos de 2018, el 18,5% de la nómina de pensiones, lo cual supone un componente importante del crédito de pensiones⁴. Aunque no puede dejar de señalarse que de acuerdo con los datos que presenta ese

² La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019 no se aprobó en diciembre de 2018 y sigue sin aprobarse en el momento de terminar este trabajo (en octubre de 2019).

³ GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo derecho común de las pensiones*, Lex Nova, 1997, pág. 591.

⁴ MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: *Informe Económico-financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social de 2019*, pág. 211.

mismo informe dicha cifra ha ido disminuyendo de año en año de forma sensible.

Sin embargo, en nuestra opinión, aún más importante que este aspecto cuantitativo es la dimensión cualitativa de la revalorización de pensiones. La revalorización de pensiones viene a expresar el lado dinámico de la cuantía de las pensiones, el cual viene impuesto por su carácter duradero. Así, esta revalorización de pensiones adquiere su verdadera relevancia por su función original de “técnica garante de la suficiencia y adecuación económicas de las pensiones ante la variación de los precios”⁵. Si las cuantías iniciales de las pensiones se mantuvieran invariables, con el paso del tiempo la erosión económica les haría perder su valor adquisitivo y quedarían devaluadas, insuficientes para cubrir decorosamente la situación de necesidad⁶. Lo mismo cabe decir de aquellas revalorizaciones que se aplican en una cuantía insuficiente para mantener su poder adquisitivo.

Por lo tanto, frente a una continuada y, en ocasiones, acelerada pérdida de valor adquisitivo de las pensiones, la revalorización encuentra sus raíces en los propios orígenes y en la propia funcionalidad de la Seguridad Social, que como institución protectora de necesidades sociales debe ser suficiente y eficiente frente a las mismas⁷. De este modo, la revalorización de pensiones tiene como función la actualización del poder adquisitivo de las pensiones⁸, o dicho de otro modo, la recuperación de valor perdido por las mismas⁹.

Además, la revalorización de pensiones cumple un importante papel como factor de seguridad para sus perceptores. Así, puede afirmarse que la posibilidad de mantener un cierto nivel de vida para los beneficiarios de una pensión depende en una medida importante de que ésta se vaya ajustando a los cambios en los precios, y en el caso de que esto no se produzca las pensiones van perdiendo el factor de seguridad que debe caracterizarlas¹⁰. De este modo, para garantizar la seguridad de las pensiones los países

⁵ GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo derecho común de las pensiones*, citado, pág. 593.

⁶ ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho a la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 335.

⁷ GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo derecho común de las pensiones*, citado, pág. 594.

⁸ *Ibidem*, pág. 594.

⁹ FARGAS FERNÁNDEZ, Josep: “Artículo 52. Revalorización.”, en AA.VV. (Alarcón Caracuel, M.R., Dir., Rodríguez Ramos Velasco, P.T., Coord.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2003, pág. 329.

¹⁰ DURÁN HERAS, A.: “Pensiones en España: presente y perspectivas de futuro”, *Papeles de economía española*, 12-13, 1982, pág. 271.

establecen mecanismos de ajuste a los cambios que va experimentando el nivel de vida.

El mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones se apoya en razones de índole económica y social: entre las primeras, se encuentra el que es una fórmula útil y apropiada para mantener la demanda de bienes y servicios por parte de un gran sector de la población, como es el de los pensionistas; entre las razones de índole social, se halla que los pasivos han contribuido con anterioridad a la prosperidad actual y en justa correspondencia con ello, la revalorización de sus pensiones debe hacerles participar de la riqueza actual¹¹.

La necesidad de ajustar las cuantías de las pensiones al encarecimiento que experimenten los precios resulta ser más apremiante a medida que va aumentando la esperanza de vida, ya que la erosión que sufrirían las pensiones en caso de no hacerlo iría acumulándose a lo largo de un número de años mayor. Además, la mayor esperanza de vida de las mujeres hace que sean ellas las que tengan necesidad de estos mecanismos de revalorización durante más años. Por lo tanto, el establecimiento de una determinada norma de revalorización no es neutro desde una perspectiva de género¹².

A la mencionada necesidad de mantener el poder adquisitivo de las pensiones hay que añadir un segundo motivo que justifica la necesidad de revalorizar las pensiones y que tiene su sentido, sobre todo, en momentos de desarrollo económico. Consiste en que dicha actualización de las pensiones debe reflejar también la participación de los pensionistas en las situaciones de prosperidad económica, a la que también estas personas contribuyeron con su trabajo en sus épocas de activo, de esta manera, además de mantenerse el poder adquisitivo de sus pensiones, se persigue que adecúen su valor a la evolución general que experimente el bienestar de la población activa¹³. De esta manera, la revalorización de pensiones viene a hacer posible la solidaridad social mediante la redistribución de rentas, más allá del

¹¹ Se trata del llamado *Generationsvertrag* (contrato intergeneracional), que tiene su origen cuando el sistema financiero de la Seguridad Social deja de ser de capitalización y se convierte en sistema de reparto. FERRERAS ALONSO, Fidel: "Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la "Ley de Pensiones" del 85", *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 25, 1986, pág. 87.

¹² COMISIÓN EUROPEA y COMITÉ DE PROTECCIÓN SOCIAL: *Pension adequacy in the European Union 2010-2050*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2012.

¹³ GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo derecho común de las pensiones*, citado, pág. 595.

principio de proporcionalidad que caracteriza a la protección contributiva, ya que la Seguridad Social en su conjunto desempeña una labor de distribución de recursos¹⁴.

III. LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN ALGUNOS TEXTOS INTERNACIONALES

La revalorización de pensiones halla su fundamento en los artículos 41 y 50 de la CE. El primero de ellos hace referencia a la suficiencia de las prestaciones que ha de garantizar la Seguridad Social, mientras que el segundo afirma que “los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad...”. La cualidad de suficientes y adecuadas que recogen dichos artículos implica necesariamente la actualización de las pensiones de los ciudadanos durante la tercera edad, para los cuales dichas pensiones constituyen mayoritariamente su principal, si no única fuente de ingresos. De esta manera se garantiza que con el transcurso del tiempo estos pensionistas no vean disminuida su capacidad adquisitiva, y con ello, sus recursos, con los que poder desarrollar su derecho de ciudadanía¹⁵.

El concepto de suficiencia que incorpora el artículo 41 CE lleva implícita una necesaria actualización de la cuantía de las pensiones, ya que no puede considerarse que solo con una cuantía inicial suficiente quede cumplido dicho requisito, de tal forma que la garantía de suficiencia de las prestaciones no se vería cumplida si su cuantía fuera inmodificable a lo largo del tiempo¹⁶, por lo que la institución de la revalorización se relaciona con la exigencia constitucional de suficiencia. Más allá de la referencia explícita que el artículo 50 CE realiza en el caso de las pensiones de jubilación¹⁷ puede

¹⁴ *Ibidem*, págs. 596 y 597.

¹⁵ ERRANDONEA ULAZIA, E.: “Una crítica a la cuantía de las pensiones tras el RDLEY 28/2012”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Abril, 2013, pág. 187.

¹⁶ GARCÍA VALVERDE, M.D.: “Revalorización e importes máximos y mínimos de pensiones”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L. y García Ninet, J.I., Dirs.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, pág. 792.

¹⁷ OLARTE ENCABO, S.: “Artículo 48. Revalorización.”, en AA.VV. (Martín Valverde, A. y García Murcia, J. Dirs.), *Ley General de Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 379.

deducirse que la actualización de las pensiones puede anidar en este precepto constitucional¹⁸.

En cuanto al artículo 50 CE, su texto determina que los poderes públicos deben garantizar que las pensiones de los ciudadanos de la tercera edad sean adecuadas y, *periódicamente actualizadas* para así garantizar su suficiencia económica, de tal forma que dicha actualización periódica tiene como objetivo garantizar la suficiencia de las pensiones durante la tercera edad. La doctrina ha afirmado sobre este artículo que consagra la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar la suficiencia económica de las pensiones y establece una consideración dinámica del poder adquisitivo de los ciudadanos de la tercera edad, a la vez que obliga a mantener una cierta intensidad de la protección, que debe permitir a estos pensionistas mantener una vida digna¹⁹. De este modo, la revalorización de pensiones es una exigencia del artículo 50 CE²⁰.

A este respecto no debemos olvidar los preceptos relacionados con esta materia que recoge el Convenio 102 de la OIT. Este texto establece en su parte XI dedicada al “Cálculo de pagos periódicos” (artículos 65 al 67) los criterios conforme a los que deben determinarse dichos pagos periódicos para cumplir con la misma. Como se ha señalado ya en este trabajo, este Convenio afirma en sus artículos 65.10 y 66.8 que “los pagos periódicos en curso atribuidos para la vejez, para los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales (a excepción de los que cubran la incapacidad de trabajo) para la invalidez y para la muerte del sostén de familia serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida”²¹. Es decir, dichos artículos establecen la obligación de revisar las mencionadas pensiones con el objetivo de garantizar el mantenimiento de su

¹⁸ HERRAIZ MARTÍN, M.S.: “Revalorización de la cuantía de la pensión de jubilación”, en AA. VV. (López Cumbre, L., Coord.), *Tratado de jubilación*, 2007, Iustel, pág. 453.

¹⁹ GOÑI SEIN, J.L.: “Los mecanismos de protección social de las personas de la tercera edad. Comentario al artículo 50 CE a la luz de la doctrina constitucional”, en AA.VV. (Casas Baamonde, M.E., Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., Dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Fundación WoltersKluwer, Madrid, 2008, pág. 1126.

²⁰ LÓPEZ GANDÍA, J.: “Artículo 48. Revalorización”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M^º N., Dirs.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 566.

²¹ Las referencias que establecen los artículos 65 y 66 se utilizan para calcular los niveles de suficiencia que distingue el Convenio 102 y que se refieren, por un lado, a los regímenes contributivos de trabajadores subordinados, y por otro, a las cuantías de los mínimos de pensiones en las coberturas de toda la población activa y de la población necesitada.

poder adquisitivo, que de otra manera se iría desgastando con el paso de los años.

El contenido de estos artículos se reproduce en el Código Europeo de Seguridad Social, que de este modo contiene también esta obligación de revalorización de pensiones para que se adapten a las *variaciones sensibles del costo de la vida*. A su vez, la Carta Social Europea regula en su artículo 12 el Derecho a la Seguridad Social, por el que las partes firmantes se comprometen, entre otros aspectos, “a mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social”. Ello nos devuelve, por tanto, a la misma obligación establecida por el Convenio 102 OIT.

Por tanto, la obligación de adecuar la cuantía de las pensiones a las variaciones del nivel de vida proviene no solo de la Constitución sino también de las normas internacionales ratificadas por el Estado español. A estos textos debe añadirse el *Pilar europeo de derechos sociales* proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea. Este documento fue publicado en el Diario Oficial de la Unión europea del día 13 de diciembre de 2017 y entre los veinte principios que recoge, y que carecen de eficacia jurídica²², se encuentra el artículo número 15, referido a pensiones y prestaciones de vejez. De acuerdo con éste: a) *Los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia tienen derecho a recibir una pensión de jubilación acorde a sus contribuciones que garantice una renta adecuada. Las mujeres y los hombres deberán tener las mismas oportunidades para adquirir derechos de pensión; b) Toda persona en la vejez tiene derecho a los recursos que garanticen una vida digna*. A pesar de que dicho artículo no hace mención expresa a la actualización o revalorización de pensiones ésta debe entenderse incluida en las referencias que hace al derecho a una pensión de jubilación como renta adecuada. De este modo, vendría a exigir una regulación mínima que preserve la dignidad de las personas pensionistas durante los años en que perciben sus pensiones y evite la pobreza y el empobrecimiento²³.

En cuanto a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional sobre la obligación de *garantizar pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas* en el artículo 50, hemos de hacer referencia a la sentencia de

²² Acerca de la eficacia jurídica del *Pilar europeo de derechos sociales* puede consultarse ARUFE VARELA, A.: “El nuevo Pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 49, 2018, pág. 53 y ss.

²³ SUÁREZ CORUJO, B.: *El derecho a la revalorización de pensiones*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2018, pág. 19.

dicho Tribunal 134/1987, de 21 de julio, en la que se resuelve sobre el establecimiento del tope máximo de pensiones y la congelación de su cuantía durante años sucesivos y es, por tanto, en este contexto al que responde dicha sentencia del TC.

El fallo de dicha sentencia se basa en los argumentos de la solidaridad y de las circunstancias económicas. En concreto sostiene que no puede deducirse “que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual”, “que no puede afirmarse que pensiones iguales o superiores a 187.950 pesetas mensuales no cubran las situaciones de necesidad”, que “respecto al artículo 50, el concepto de *pensión adecuada* no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales”, y que “no (se) puede prescindir del deber de solidaridad entre todos los ciudadanos...una de cuyas exigencias esenciales es, precisamente, el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios”(Fundamento Jurídico 5º).

Parte de estos argumentos se repiten en la STC 49/2015, de 5 de marzo, la cual resuelve sobre la petición de declaración de inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 28/2012, de medidas de consolidación y garantía del Sistema de la Seguridad Social, que dejó sin efecto la actualización del valor de las pensiones correspondiente al año 2012, así como la revalorización de pensiones para el año 2013 en los términos establecidos en la LGSS. La justificación que ofrece dicha norma es el contexto que la Seguridad Social vive en ese momento, en el que se ha tenido que recurrir por primera vez a los recursos del fondo de reserva para su financiación, junto con otras circunstancias, como la “necesidad de cumplir con el objetivo de déficit público” que obligaban “con carácter extraordinario y urgente” a tomar las mencionadas medidas²⁴. En esta nueva sentencia, el TC vuelve a declarar de acuerdo con la Constitución la decisión del legislador de no revalorizar las pensiones conforme al criterio legal, aunque en este caso es el conjunto de las pensiones el que se ve afectado por

²⁴ Exposición de motivos del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre.

dicha decisión, así como por la decisión de no actualizar el valor de las pensiones percibidas en el último año.

El escrito de interposición del recurso sostiene que *la previsión legal de actualización de las pensiones contributivas de Seguridad Social, a través del mecanismo de revalorización anual de las pensiones contemplado en el texto de la Ley General de Seguridad Social, no es el mero resultado de la soberana decisión del poder legislativo ... sino que, más allá de ello, constituye un riguroso desarrollo del mandato constitucional de actualización periódica de las pensiones para garantizar su suficiencia económica. Por tanto... ni el legislador ostenta una libertad plena e ilimitada de suprimir el mecanismo de revalorización periódica de las pensiones del mencionado precepto constitucional ni el modo en el que pudiera producirse alguna excepción puntual y justificada a dicha actualización puede obviar el conjunto de prescripciones constitucionales.*

El TC sostiene como presupuesto en esta resolución que *la revalorización de pensiones obedece a la necesidad de garantizar su poder adquisitivo en consonancia con el mandato constitucional, en virtud del cual los poderes públicos deberán garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica (art. 50 CE), así como “prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad” (art. 41 CE) (FJ 5).*

Sin embargo, el TC a pesar de afirmar dicho presupuesto no comparte los argumentos recogidos en el mencionado escrito de interposición del recurso sino que da por buena y, por tanto, ajustada al texto constitucional la citada norma que suspende la actualización de pensiones referida al año 2012, así como la normativa de revalorización para el año 2013. Dicho Tribunal entiende, por un lado, que no se vulnera el principio de irretroactividad, punto éste que resulta clave en la resolución y sobre el que volveremos más adelante al tratar sobre la mencionada norma. Y por otro, de acuerdo con dicho Tribunal en su sentencia 49/2015, en el supuesto discutido, *el legislador no ha hecho sino reconocer que la actualización de la revalorización de las pensiones efectuada al principio del ejercicio pueda ser modulada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la Ley de Presupuestos para que decida cuál es el alcance de la actualización (FJ 5).* De esta manera, se repite el argumento de las circunstancias socioeconómicas concurrentes para justificar que el legislador deje de aplicar la normativa de actualización y revalorización de pensiones, ya que en este supuesto, no es posible basarse en el argumento de la solidaridad. A ello se añade el papel que en opinión de esta sentencia tienen las leyes de presupuestos en dicha revalorización.

Esta sentencia 49/2015 es objeto de un voto particular suscrito por cuatro magistrados²⁵ que discrepan con la decisión adoptada por el citado tribunal. En cuanto a la interpretación del art. 50 CE, estos magistrados entienden que al Tribunal Constitucional no le puede resultar indiferente que dicho derecho social reconocido constitucionalmente, aunque carezca en el texto constitucional de detalles precisos sobre su alcance y extensión, ya haya tenido un concreto desarrollo que en un determinado momento ha querido ser suprimido. El que ese desarrollo haya sido suprimido por el legislador confirma que determinados derechos son compatibles con las disponibilidades económicas, lo cual hizo posible su concreción. Estos magistrados admiten que las circunstancias pueden variar, y con ello también la regulación aplicable, pero no de cualquier manera, sino con una total justificación en la que se valoren los criterios de preferencia a la hora de imponer una restricción de dicho derecho. Así, una decisión restrictiva con respecto al nivel de protección previamente reconocido coloca al legislador en la obligación de justificar de un modo mucho más exigente las causas de dicha disminución o restricción, ya que puede entenderse que esa regulación previa no solo prueba su inicial compatibilidad con los recursos económicos disponibles, sino que en ciertos aspectos, y en referencia a la garantía institucional que establece el art. 41 CE, determina un contenido de lo que los ciudadanos entienden como reconocible de ese derecho social y, en consecuencia, esperan su efectiva realización por los poderes públicos (apartado 2 del Voto Particular).

Este voto particular sostiene también que la doble garantía de suficiencia y actualización de las pensiones de los artículos 41 y 50 CE no se encuentra privada ni de vinculabilidad para los poderes públicos ni de consecuencias jurídicas a favor de los beneficiarios de prestaciones sociales. En este sentido, defiende que lo que establece la STC 134/1987 (reiterada en otras posteriores) es que la actualización puede no realizarse para la totalidad de las pensiones causadas, dando su conformidad a las decisiones que moderan el principio de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, siempre que estas decisiones delimiten su ámbito subjetivo conforme a fundados criterios selectivos y diferenciados. Sin embargo, estos presupuestos no concurren en el supuesto enjuiciado en el que el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2012 se dejó sin efecto de manera generalizada e indiferenciada, equiparando así las pensiones de cuantía más baja (incluso las que perciben complementos por mínimos) con las de cuantía más alta,

²⁵ Se trata de los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y José Ignacio Ortega Álvarez; a los que se adhieren Adela Asúa Batarrita y Juan Antonio Xiol Ríos.

incluidas las que perciben la cuantía máxima. Lo cual agrede al principio de solidaridad que menciona la reiterada sentencia 134/1987 (punto 3 b).

De esta manera, la sentencia 49/2015, tras afirmar que la revalorización de pensiones obedece a la necesidad de garantizar su poder adquisitivo en consonancia con los mandatos constitucionales de los artículos 50 y 41 CE, dichos mandatos ceden ante una alegación genérica a *las circunstancias socioeconómicas concurrentes*, las cuales habilitan a las leyes de presupuestos para que decidan el alcance que debe tener dicha actualización. No podemos dejar de compartir con el mencionado voto particular que una decisión restrictiva del nivel de derechos reconocido coloca al legislador ante la obligación de justificar de un modo mucho más exigente las causas en las que se fundamenta dicha disminución, ya que dicha regulación previa fija un contenido de lo que los ciudadanos entienden como reconocible de ese derecho social y esperan, en consecuencia, su efectiva realización.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional, la 135/2015, de 8 de junio, resuelve sobre la cuestión de constitucionalidad promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Castilla y León, en relación con el citado Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre. Entre otros motivos planteaba la posible vulneración del artículo 9.3 CE. En dicho procedimiento, el Fiscal General del Estado solicita que se estime dicha cuestión de inconstitucionalidad. La respuesta del Tribunal Constitucional, como era de esperar, es que dicha duda de inconstitucionalidad ya está resuelta por la sentencia 49/2015 ya comentada, y que no existe vulneración de dicho precepto constitucional, ya que “cuando se aprobó el Real Decreto-ley 28/2012 no existía una relación consagrada o agotada incorporada al patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa” (fundamento jurídico 2). A su vez reproduce el argumento de la sentencia 49/2015, conforme al cual “el legislador no ha hecho sino reconocer que la actualización de pensiones efectuada al principio del ejercicio puede ser modulada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la Ley de Presupuestos para que decida cuál es el alcance de la actualización”.

Como también era de esperar, esta sentencia es también objeto de un voto particular suscrito por uno de los magistrados firmantes del voto particular ya comentado (a la sentencia 49/2015). En éste se manifiesta la discrepancia de este magistrado con la fundamentación jurídica y el fallo de

la sentencia por entender que debía haber sido estimatorio por vulnerar el principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 9.3 CE²⁶.

IV. LAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE REVALORIZACIÓN DE PENSIONES EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA EN LOS ÚLTIMOS AÑOS Y PARTICULARMENTE EN LOS AÑOS 2018 Y 2019

Durante los últimos años hemos asistido a repetidas modificaciones en la normativa aplicable a la revalorización de pensiones en España. Algunas de estas modificaciones han tenido un carácter puntual, referido solamente a un ejercicio en concreto sin afectar al precepto recogido en la Ley General de la Seguridad Social. Sin embargo, a estas modificaciones de carácter puntual se añadió también el conocido cambio en la fórmula de revalorización recogida por la Ley General de la Seguridad Social que suprimió la evolución del Índice de Precios al Consumo como parámetro conforme al cual se llevaba a cabo la revalorización anual de pensiones. Esta fórmula de revalorización es la que se ha venido utilizando en España desde el año 2014. Sin embargo, durante el año 2018 y también para 2019, se han producido modificaciones añadidas a la aplicación de dicho criterio.

1. LA NUEVA FORMA DE REVALORIZACIÓN DE PENSIONES INTRODUCIDA POR LA LEY 23/2013, DE 23 DE DICIEMBRE

Como es sabido, la actual normativa sobre revalorización de pensiones regulada en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) en su artículo 58 fue introducida por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre. Con anterioridad a esta forma de revalorización actualmente vigente, la Ley General de Seguridad Social establecía la evolución del Índice de Precios al Consumo como criterio de referencia para dicha revalorización. Fue la Ley 24/1997, de 15 de julio, sobre consolidación y revalorización del sistema de Seguridad Social, la que introdujo en el texto de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 vigente en aquel momento, una revalorización automática de pensiones contributivas de acuerdo con la evolución de los precios que garantizaba su poder adquisitivo. Esta ley recogía las propuestas contenidas en el Acuerdo de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social suscrito por el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas de ámbito estatal, CCOO y UGT, de 9 de octubre de 1996. Entre dichas propuestas se encontraba: *Revalorización de pensiones de Seguridad Social en su modalidad contributiva en función del índice de precios al*

²⁶ Se trata del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos.

consumo para cada año, así como compensación o absorción para los casos de discordancia entre el índice previsto y el real. Este acuerdo, a su vez, seguía la Recomendación número 11 del Pacto de Toledo de 1995 que afirmaba: debe garantizarse el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones mediante la revalorización automática de las mismas, en función de la evolución del índice de precios al consumo y a través de fórmulas estables...

Dicha revalorización se llevaba a cabo en dos momentos. El primero era la revalorización en función de la evolución del Índice de Precios al Consumo prevista para cada año, y en un segundo momento, se llevaba a cabo una vez constatada la desviación entre el IPC que se había previsto y el IPC realmente registrado. Esta misma norma se introduce también para las pensiones de clases pasivas.

Sin embargo, este sistema de revalorización en función de la evolución de los precios comenzó a tambalearse en el año 2010. El Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, estableció para el año 2011 la suspensión de la revalorización de pensiones conforme al IPC previsto que por ley debía realizarse al comienzo de cada año. De dicha suspensión quedaban exceptuadas las pensiones mínimas del sistema de Seguridad Social, las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez no concurrentes y las pensiones no contributivas. Del mismo modo suspendía también la obligación de abonar la diferencia entre la evolución prevista del IPC y la evolución del mismo realmente constatada, aunque exceptuó nuevamente las mismas pensiones (las mínimas del sistema de Seguridad Social, las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez no concurrentes y las pensiones no contributivas).

Dicha medida cuya justificación se atribuía a la intensa crisis económica que España vivía en ese momento, no previó su compensación posterior que, sobra decir, no se produjo. La mencionada medida hacía también caso omiso de la recomendación contenida en ese momento por el Pacto de Toledo que defendía el mantenimiento del poder adquisitivo de las personas pensionistas, garantizado por ley²⁷. El *Informe de evaluación y*

²⁷ El texto de las recomendaciones del Pacto de Toledo vigente en ese momento era el de octubre del año 2003. Su recomendación número 2, titulada *Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones* recogía el siguiente texto: “La Comisión defiende el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, garantizado por ley, debiendo ser preservado mediante la adopción de medidas que garanticen el equilibrio financiero del Sistema en el futuro.

Asimismo, se deberá seguir garantizando que las ganancias de poder adquisitivo que puedan derivarse de una inflación real inferior a la prevista se consoliden con carácter

(...)

reforma del Pacto de Toledo en su renovación parlamentaria del año 2011 valoró, en su recomendación número 2, que el Real Decreto-ley 8/2010 no se realizó de acuerdo con las recomendaciones contenidas por dicho Pacto y criticó que medidas de ese tipo no podían ser adoptadas sin la consulta y debate previos en el ámbito del Pacto de Toledo.

Las estimaciones realizadas situaron en un 65 por ciento del total de pensiones contributivas aquellas a las que afectó la pérdida de poder adquisitivo provocada por la suspensión de revalorización.

Además, el *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo* en la mencionada renovación parlamentaria del año 2011 dio una nueva redacción a dicha recomendación número 2 que pasó a denominarse *Mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones*²⁸.

permanente en las pensiones, evitando la corrección a la baja cuando existan mejoras de poder adquisitivo derivadas del comportamiento de los precios.

A los efectos de la revalorización de pensiones contemplada en la Ley General de la Seguridad Social, el Gobierno deberá indicar, en el cuadro macroeconómico que acompaña a los Presupuestos Generales del Estado, el índice de precios al consumo previsto para ese ejercicio”.

²⁸ De acuerdo con esta nueva recomendación número 2: “La Comisión, como ha venido haciendo en el pasado, defiende el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, su garantía por Ley y su preservación mediante la adopción de medidas encaminadas a asegurar el equilibrio financiero del sistema de pensiones en el futuro.

Los pensionistas son, sin duda, uno de los sectores de población más perjudicados por las variaciones crónicas –generalmente al alza– que la inflación ocasiona sobre el coste de la vida; por esa razón la revalorización anual de las pensiones se presenta como el mecanismo que ha de servir para conservar el poder adquisitivo de las pensiones; en este sentido, la revalorización debe ser diferenciada de cualquier otra acción de mejora encaminada no a conservar sino –cuando lo permita la situación económica y con la oportuna cobertura legal–, a aumentar dicho poder adquisitivo.

En este orden de cuestiones, la Comisión considera que la sostenibilidad del sistema exige que solo se financien con cargo a los recursos de la Seguridad Social los gastos correspondientes al estricto mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, y que toda subida por encima del IPC (o del índice que, en su caso, pudiese adoptarse) sea sufragada con cargo a otros recursos financieros.

El vigente sistema de revalorización ha dado lugar, en anteriores ejercicios, a desviaciones entre el IPC previsto y el IPC real, con la consiguiente desvirtuación de su finalidad de conservación del poder adquisitivo; a partir de ahora deberá proponerse para cada desviación que haya ocasionado subidas en las pensiones por encima del IPC real, un tratamiento específico: ya sea como mejora que, total o parcialmente, se consolida y absorbe permanentemente por el sistema, ya sea como mejora cuyo exceso no se consolida. El Gobierno pondrá en conocimiento de la Comisión del Pacto de Toledo la decisión a adoptar, acompañada de las oportunas proyecciones

(...)

La siguiente alteración del régimen legal de revalorización de pensiones llegó con el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social que determinó dejar sin efecto nuevamente dicho régimen legal. Así, dejó sin efecto, por un lado, la actualización de las pensiones del año 2012, cuya desviación del IPC previsto se situaba en un 1,9 por ciento. Y por otro, dejó sin efecto también la revalorización conforme al IPC previsto para el año 2013. Aunque en la Disposición Adicional segunda de dicha norma se estableció que las pensiones de Seguridad Social y de Clases Pasivas se incrementarían en un 1 por ciento en el año 2013 y en un 2 por ciento para las pensiones que no superasen los 1.000 euros mensuales, sin explicar a qué criterio obedecían dichos porcentajes. Dichos incrementos fueron recogidos asimismo por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

Finalmente, tras las dos suspensiones de la normativa de revalorización ya mencionadas, la Ley 23/2013 reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social estableció una nueva forma de revalorizar las pensiones en España. Este nuevo régimen de revalorización de pensiones supone un cambio radical respecto del anterior que garantizaba el poder adquisitivo de las mismas al actualizar su valor en función de la evolución del IPC. Este nuevo sistema de revalorización deja a un lado el objetivo de garantizar la compensación del encarecimiento de los precios y tiene como objetivo contener el gasto público en pensiones basándose en el argumento de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social. Con esta nueva orientación dada al régimen de revalorización de pensiones, se ha perdido su sentido

macroeconómicas y datos financieros que fundamenten dicha decisión, y que aseguren su adecuación al requisito de sostenibilidad del sistema que exige el Pacto de Toledo.

Por otra parte, resulta conveniente estudiar (para su posterior análisis y valoración por la Comisión) la posibilidad de utilizar otros índices de valoración basados, entre otros, en el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía, o el comportamiento de las cotizaciones a la Seguridad Social, siendo recomendable que se tengan en cuenta los efectos que dichos índices han tenido sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones en los países de nuestro entorno.

Finalmente, la Comisión considera que el Real Decreto-ley 8/2010 –adoptado en un contexto de medidas de ajuste fiscal y presupuestario– en el que se contempla la suspensión, durante 2011, de la revalorización de las pensiones, con la excepción de las pensiones mínimas y las no contributivas, no se ha realizado de acuerdo con las recomendaciones del Pacto de Toledo.

Por ello, la Comisión considera que este tipo de medidas no puede adoptarse sin la consulta y debate previos en el ámbito del Pacto de Toledo, teniendo en cuenta su recomendación número 2”.

como factor de seguridad para pasar a convertirse, precisamente en lo contrario: en un factor de inseguridad.

Así, de acuerdo con esta nueva norma, las pensiones se incrementarán al comienzo de cada año según el índice que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado correspondiente. Para calcular dicho índice se tiene en cuenta:

- La media de la tasa de variación de los ingresos del sistema de Seguridad Social
- La media de la tasa de variación del número de pensiones contributivas del sistema
- La media del efecto sustitución, definido como la variación interanual de la pensión media del sistema
- La media del importe de los ingresos del sistema de la Seguridad Social
- La media del importe de los gastos del sistema de Seguridad Social.

La propia norma establece también que en ningún caso el resultado obtenido podrá dar lugar a un incremento anual de las pensiones inferior al 0,25 por ciento ni superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumo en el periodo anual anterior, más el 0,50 por ciento (artículo 58.2 TRLGSS).

Las previsiones realizadas apuntaban a que durante muchos años el resultado de aplicar dicha fórmula daría como resultado una revalorización mínima del 0,25%. Así, el Dictamen del CES 7/2013 preveía que la aplicación del nuevo índice de revalorización podía significar que a pesar de que las circunstancias económicas evolucionaran favorablemente y se llegara a situaciones de superávit en los próximos años, resultaría difícil que las revalorizaciones de pensiones superaran el mínimo establecido, ya que posiblemente se neutralizarían con los déficits obtenidos anteriormente²⁹.

Lo sucedido en los años siguientes en cuanto a la aplicación de dicha fórmula de revalorización ha dado la razón a los pronósticos que se habían realizado. La revalorización aplicada en los años 2014, 2015, 2016, 2017 y al inicio del 2018 se ha limitado al 0,25 por ciento, aunque en este último año

²⁹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Dictamen 7/2013, sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora del Factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social*, pág. 18.

ha habido novedades en cuanto a dicha revalorización a las que nos referiremos en el punto siguiente.

También es cierto que durante los años 2014, 2015 y 2016 los precios de consumo disminuyeron en España (el -0,2%, -0,5% y el -0,2% respectivamente), por lo que las personas pensionistas vieron cómo su capacidad adquisitiva mejoraba ligeramente en un 0,45% en 2014, en un 0,75% en 2015 y en un 0,45% en 2016. Sin embargo, tal y como era de esperar, esta situación cambió en el año 2017 en el que la variación media del IPC se situó en un 2%, por lo que la revalorización del 0,25% trajo consigo una pérdida de poder adquisitivo del 1,75% que hizo que se perdieran las pequeñas mejoras en la capacidad adquisitiva experimentadas en los años anteriores.

2. LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES EN EL AÑO 2018

A lo largo del año 2018 nuevamente se producen modificaciones que afectan a la revalorización de pensiones. A la revalorización del 0,25 por ciento aplicada a comienzo de año, como resultado de aplicar la fórmula del artículo 58 de la Ley General de la Seguridad Social, se añade una revalorización adicional regulada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

El primer dato que debe mencionarse es que a finales del año 2017 no se aprobó la correspondiente ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, por lo que se procedió a la prórroga de presupuestos del año 2017. En estas circunstancias, la revalorización de pensiones para el año 2018 fue llevada a cabo por el Real Decreto 1079/2017, de 29 de diciembre, sobre revalorización y complementos de pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2018.

Tal y como recoge el preámbulo de esta norma, *en un escenario de prórroga presupuestaria, la revalorización anual de las pensiones sólo podrá ser objeto de una norma reglamentaria cuando dicha revalorización tenga cobertura, en virtud de la prórroga, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado del año precedente, como acontece en el presente caso.*

Pues bien, por la misma razón por la que, en el marco del principio de legalidad presupuestaria...el legislador presupuestario está obligado a proceder a un incremento anual de las pensiones de al menos un 0,25 por ciento establecido en su normativa reguladora vigente, en concreto en los artículos 58 y 27 de los textos refundidos de la Ley General de la Seguridad Social y de la Ley de Clases Pasivas del Estado, y es que –según la jurisprudencia constitucional- una razón de seguridad jurídica ajena a cualquier consideración sobre un supuesto derecho subjetivo de los pensionistas, debe entenderse, que la prórroga presupuestaria ex 134.4 de la

Constitución alcanza a dicha revalorización por cuanto la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, fijó una revalorización del 0,25 por ciento.

Por ello, continúa, dada la cobertura legal que supone dicha prórroga, el Gobierno español está habilitado para aprobar una norma con rango de real decreto que lleve a cabo dicha revalorización en el mencionado porcentaje de todas las pensiones que tengan fijado por ley ese incremento anual mínimo.

De esta forma, el Real Decreto 1079/2017, de 29 de diciembre, dispone en su artículo único un incremento del 0,25 por ciento para las pensiones contributivas de Seguridad Social, las pensiones de Clases Pasivas del Estado de acuerdo con lo recogido por la Ley General de la Seguridad Social y la Ley de Clases Pasivas del Estado.

Lo mismo se aplica a las pensiones mínimas del sistema de la Seguridad Social y de Clases Pasivas del Estado, a las pensiones no contributivas, a las prestaciones familiares de la Seguridad Social por hijo a cargo con dieciocho o más años y con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, a las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de vejez e invalidez no concurrentes y las que concurren con pensiones de viudedad de algunos de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.

Nos encontramos, por tanto, hasta aquí con la revalorización del 0,25 por ciento de los años anteriores aplicable según la Ley General de Seguridad Social y la Ley de Clases Pasivas del Estado. Sin embargo, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018³⁰ introdujo cambios en la revalorización para este año. El origen de dichos cambios se halla en el pacto suscrito entre el Partido Popular y el Partido Nacionalista Vasco con el objetivo de obtener el apoyo suficiente para la aprobación de los mencionados presupuestos para el año 2018. Dicho pacto abordaba, entre otras materias, cuestiones relacionadas con la revalorización de pensiones para los años 2018 y 2019. La causa de dichas negociaciones en materia de revalorizaciones debe atribuirse, sin duda, a las reiteradas e insistentes movilizaciones que están llevando a cabo las personas pensionistas en todo el Estado desde comienzos de este año 2018. Estas personas protestan por la pérdida de poder adquisitivo que están sufriendo las pensiones a la vez que reclaman, entre otras cuestiones, pensiones dignas de seguridad social, además de que se derogue el actual índice de revalorización y que las pensiones vuelvan a revalorizarse según la evolución de los precios.

³⁰ Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018.

Como decíamos, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que finalmente fue aprobada en el mes de julio por el Gobierno de España introdujo novedades respecto de la revalorización de pensiones para dicho año. La disposición adicional quincuagésimo primera titulada *Incremento adicional de las pensiones* introduce los siguientes cambios:

Uno: estableció que, en el año 2018, las pensiones contributivas abonadas por el sistema de la Seguridad Social y las pensiones de Clases Pasivas del Estado se incrementarían en un 1,35 por ciento adicional a lo ya previsto por el artículo 35 de la misma Ley. Este incremento se llevaría a cabo a partir de las cuantías de pensión ya revalorizadas el 1 de enero de 2018.

Además, este punto primero preveía que en el año 2019, de no haber acuerdo en la Comisión de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo para la revalorización anual de pensiones, las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social y las pensiones de Clases Pasivas del Estado, se incrementarían en un porcentaje adicional equivalente a la diferencia entre el Índice de Revalorización de Pensiones fijado para dicho año y el 1,6 por ciento.

En cualquier caso, cuando la persona pensionista percibiera una o más pensiones públicas, el incremento previsto por esta disposición adicional, no podía suponer que la suma de todas ellas superase el límite máximo de pensiones públicas.

Dos: estableció para el año 2018, que las cuantías mínimas de las pensiones de Clases Pasivas se incrementarían en un 2,75% adicional al 0,25% aplicado conforme al artículo 42 de la propia Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018 y fijó los importes de dichas cuantías mínimas en cómputo anual.

Tres: establecía para el año 2018 que las cuantías mínimas de las pensiones del Sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva se incrementarían en un 2,75% adicional al 0,25% aplicado de acuerdo con el artículo 43 de la misma Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018 y fijó los importes de dichas cuantías en cómputo anual.

Cuatro: estableció que en el año 2018 también se incrementarían en un 2,75% adicional a lo previsto por los artículos 42, 43, 44 y 45 de la misma Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018 y fija los importes para:

- El límite de ingresos para el reconocimiento de complementos económicos por mínimos.
- Las pensiones no contributivas de Seguridad Social.

— Las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI).

Cinco: estableció que en el año 2018 la cuantía del límite máximo de percepción de pensiones públicas se incrementase en un 1,35 por ciento adicional a lo previsto en los artículos 38, 40 y 41 de la misma Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018 y fijó sus importes.

De esta forma, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018 añadió unos porcentajes de revalorización adicionales al 0,25 por ciento que correspondía al índice de revalorización regulado por la Ley General de Seguridad Social y la Ley de Clases pasivas del Estado. El mencionado porcentaje de revalorización del 1,35 por ciento adicional se debía, así, a la previsión de la evolución del Índice de Precios al Consumo, que tanto para el año 2018 como para el 2019 fue calculada en un 1,6 por ciento.

Sin embargo, para las cuantías mínimas de las pensiones contributivas, el límite de ingresos para el reconocimiento de complementos por mínimos, las pensiones no contributivas y las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, el incremento adicional fue algo mayor, al situarse en un 2,75 por ciento (un 3 por ciento en total). Dicha Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 no previó, sin embargo, ningún precepto de cara a una posible desviación entre el Índice de Precios al Consumo previsto para dicho año y el Índice de Precios al Consumo que pudiera constatarse finalmente. Tal y como se comprobó posteriormente, hubo efectivamente una desviación entre el IPC real y el previsto, que posteriormente el Real Decreto-ley 28/2018 de revalorización de pensiones públicas para 2019 tuvo en cuenta en sus disposiciones de cara a compensarla.

En cuanto al acuerdo de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo a que se refería la disposición adicional quincuagésimo primera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018, hemos de decir que finalmente dicho acuerdo fue logrado en septiembre de 2018, en el sentido de revalorizar las pensiones conforme al IPC real. Por lo que lo dispuesto por dicha Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 en el segundo párrafo de dicha disposición adicional dejaría de ser aplicable en su tenor literal y sería sustituido por una nueva norma en la que se materializase el acuerdo alcanzado por dicha Comisión.

A este respecto hemos de mencionar el *Acuerdo de Presupuestos Generales del Estado 2019: presupuestos para un Estado Social*³¹ alcanzado por el Gobierno de España y el grupo parlamentario Unidos-Podemos. De acuerdo con el mismo se garantizaría el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo. En caso de que en diciembre de 2018, éste superase el 1,6 por ciento de revalorización inicial previsto en la Ley de Presupuestos de este año, los pensionistas recibirían una paga para compensar esa desviación. En 2019 las pensiones se revalorizarían inicialmente conforme a la previsión del Índice de Precios al Consumo, con la misma garantía de paga compensatoria en caso de desviación a final de año.

Junto a ello y en el marco de la reforma integral del propio sistema, se incorporaría a la normativa de Seguridad Social la revalorización de las pensiones conforme al Índice de Precios al Consumo real. Y, además, las pensiones mínimas y no contributivas se incrementarían un 3 por ciento dada la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los perceptores de las mismas.

Sin embargo, como es sabido, el Gobierno convocó elecciones antes de que llegara a aprobarse dicha Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019. Algunos de los contenidos recogidos por dicho pacto se incorporaron al Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, al que nos referiremos a continuación. Sin embargo, las modificaciones de la Ley General de Seguridad Social en materia de revalorización de pensiones siguen sin materializarse, por lo tanto, seguimos encontrándonos en una situación de provisionalidad.

3. LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES PARA EL AÑO 2019

Tal y como sucedió en diciembre de 2017, tampoco en diciembre de 2018 se aprobó la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Por ello, “la falta de aprobación de la Ley de Presupuestos para el año 2019, va a determinar la prórroga automática de los Presupuestos del presente ejercicio³² hasta la aprobación de los correspondientes al año que viene en aplicación de la previsión contenida en el artículo 134.4 de la Constitución Española...”³³. Como es conocido, la revalorización de pensiones públicas

³¹ http://estaticos.elmundo.es/documentos/2018/10/11/acuerdo_presupuestos.pdf. Última consulta 24 de octubre de 2019.

³² En referencia a los Presupuestos para el año 2018.

³³ Exposición de motivos del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

para el año 2019 fue regulada por el *Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo*, sin que, en la fecha de finalización de este trabajo, se haya aprobado aún la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019³⁴.

La Exposición de Motivos de dicha norma explica que “garantizar la revalorización de pensiones públicas para mantener su poder adquisitivo se considera una medida de extraordinaria y urgente necesidad..., que debe abordarse en cualquier caso, sin esperar a que se pueda aprobar la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019, ya que de aplicarse la fórmula de revalorización establecida en el artículo 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social..., y en el artículo 27 de la Ley de Clases Pasivas del Estado... , las pensiones públicas solo podrían incrementarse para 2019 el 0,25 por ciento, con el consiguiente perjuicio para los pensionistas”. Por tanto, se determina la no aplicación de lo dispuesto por los artículos 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado para la revalorización de pensiones públicas en el año 2019.

La disposición adicional primera del mencionado Real Decreto-ley, bajo el título de *Revalorización de pensiones*, establece que, en 2019, la revalorización de las pensiones públicas se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de dicha norma, sin que se apliquen los ya mencionados preceptos de la Ley General de la Seguridad Social y de la Ley de Clases Pasivas del Estado. A esto añade que, “en el plazo de seis meses, el Gobierno adoptará las medidas necesarias para modificar los artículos citados en el artículo anterior y establecer, en el marco del diálogo social y de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, un mecanismo de revalorización de las pensiones que garantice el mantenimiento de su poder adquisitivo preservando la sostenibilidad social y financiera del sistema de Seguridad Social”. Como hemos indicado ya, cumplido el plazo establecido, dicha prescripción no ha sido cumplida aún.

Por su parte, es el artículo 1 del Real Decreto-ley 28/2018 el que establece las normas sobre determinación de pensiones y otras prestaciones públicas. De acuerdo con el mismo:

³⁴ A comienzos de julio de 2019 aún no se ha constituido un nuevo Gobierno tras las elecciones de 28 de abril de 2019.

- Las pensiones contributivas de Seguridad Social y las de Clases Pasivas del Estado se incrementan en un 1,6 por ciento respecto del importe que habrían tenido en 2018 de haberse revalorizado en el porcentaje del valor medio de la variación porcentual anual del Índice de Precios al Consumo en cada uno de los meses desde diciembre de 2017 hasta noviembre de 2018, que fue del 1,7 por ciento. Ello sin perjuicio de las excepciones y especialidades que establece a continuación.
- Los importes de las pensiones mínimas de Seguridad Social y de Clases Pasivas del Estado, los de las pensiones no contributivas y las del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) no concurrentes y las pensiones SOVI concurrentes con pensiones de viudedad de alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, de las prestaciones de la Seguridad Social por hijo a cargo con dieciocho o más años y con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento y el subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte se incrementan en un 3 por ciento sobre las nuevas cuantías mínimas correspondientes al año 2018.
- La cuantía del límite de ingresos para el reconocimiento de complementos por mínimos y de prestaciones familiares de Seguridad Social por hijo o menor a cargo y por familia numerosa se incrementarán en un 3 por ciento sobre la cuantía vigente en 2018.
- Se revalorizan también otras prestaciones económicas y pensiones no contenidas en los apartados anteriores³⁵.
- Se establecen cuantías mínimas para algunas pensiones causadas conforme a normativas específicas³⁶.

³⁵ Se trata de los supuestos recogidos en los apartados 4 y 6 del artículo 1 Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre.

³⁶ Es el caso de las pensiones en favor de familiares concedidas al amparo de la Ley 5/1979, de 18 de septiembre, en favor de familiares fallecidos como consecuencia de la guerra civil, y de la Ley 35/1980, de 26 de junio, de mutilados de guerra excombatientes de la zona republicana, con excepción de las pensiones causadas por el personal no funcionario en favor de huérfanos no incapacitados, así como de la Ley 6/1982, de 29 de marzo, sobre retribución básica a mutilados civiles de guerra, y las pensiones de viudedad del título II de la Ley 35/1984, de 22 de octubre, sobre reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la guerra civil formaron parte de las Fuerzas Armadas y de Orden Público y Cuerpo de Carabineros

- Se exceptúan de las indicadas revalorizaciones las pensiones que excedan del límite establecido, además de otros supuestos específicos³⁷.

Por su parte, el artículo 2 del Real Decreto-ley 28/2018 se dedica al *Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones*. Con el objeto de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las mismas establece que los perceptores de pensiones del sistema de Seguridad Social y de Clases Pasivas del Estado revalorizadas en el año 2018 percibirán antes del día 1 de abril de 2019, en un pago único, la diferencia entre la revalorización aplicada y el valor medio de la variación porcentual interanual del IPC habida en cada uno de los meses desde diciembre de 2017 hasta noviembre de 2018. Esta misma forma de compensación se aplicará también a las pensiones que en el año 2018 alcanzaron el tope máximo de pensiones. Y fija, asimismo, el límite de la pensión pública para el año 2019.

La misma compensación se establece para los pensionistas perceptores de pensiones mínimas, de pensiones no contributivas de la Seguridad Social, de pensiones SOVI no concurrentes, así como las concurrentes con pensiones de viudedad de alguno de los regímenes del sistema de Seguridad Social, los perceptores de prestaciones por hijo a cargo con 18 o más años y un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento y del subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte.

De esta forma, el Real Decreto-ley 28/2018 recurrió a la que durante muchos años fue la forma habitual de revalorización de pensiones en España: la revalorización conforme a la evolución del IPC previsto, al que se añade posteriormente una paga compensatoria por la desviación que haya podido darse. Sin embargo, esta fórmula no se encuentra regulada, en este momento, ni en la Ley General de la Seguridad Social, ni en la Ley de Clases Pasivas del Estado, sino que se trata de una norma con una vigencia limitada al año 2019.

de la República, cualquiera que sea su fecha inicial de abono. Asimismo, en el caso de las pensiones en favor de causantes reconocidas al amparo del título II de la Ley 35/1984 de 22 de octubre (artículo 1.5 del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre).

³⁷ Estos son los enumerados en el apartado 7 del artículo 1 del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre.

V. MODIFICACIONES EN LA INDEXACIÓN DE PENSIONES DE OTROS ESTADOS EUROPEOS EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

Nos referiremos en este punto a las modificaciones experimentadas por los sistemas de revalorización de otros países europeos durante el periodo transcurrido desde el 1 de julio de 2014 al 1 de julio de 2017 al que hace referencia el *Informe sobre adecuación de pensiones de 2018* de la Comisión Europea y el Comité de Protección Social europeo³⁸. De acuerdo con este informe son numerosos los Estados que han adoptado reformas en estos últimos años en torno a sus respectivos sistemas de revalorización de pensiones. Dicho informe subraya que varios Estados han hecho uso de la indexación de pensiones con el fin de mejorar el valor real de las mismas (así, Bulgaria, Chipre, República Checa, Letonia, Lituania, Portugal, Rumanía y Eslovenia)³⁹.

Se recogen a continuación las modificaciones en materia de revalorización de pensiones que en el mismo informe se detallan respecto del periodo indicado de 1 de julio de 2014 al 1 de julio de 2017. En ellas puede observarse que varios países han introducido mejoras en sus normas de revalorización que conducirán a una mayor adecuación de sus pensiones. Hay varios países que garantizan el poder adquisitivo de las pensiones y contemplan junto con este otros indicadores que con carácter general contribuyen a una mayor revalorización en las mismas. Además de ello, algunos Estados han tomado medidas con el objeto de compensar las pérdidas de poder adquisitivo sufridas por los pensionistas durante los años en que la revalorización de sus pensiones ha sido suspendida. Así:

- En la República Checa el mecanismo de revalorización de pensiones estaba ligado completamente al índice de precios al consumo y parcialmente (1/3) al crecimiento real de los precios. Este mecanismo fue modificado en primer lugar en el año 2012 y posteriormente también para los años 2013-2015 en los que fue sustituido por una vinculación con la tercera parte del índice de precios al consumo y una tercera parte del crecimiento real de los salarios. Las fuertes críticas a esta fórmula que no garantizaba el poder adquisitivo de los pensionistas provocaron

³⁸ COMISIÓN EUROPEA Y COMITÉ DE PROTECCIÓN SOCIAL EUROPEO: *The 2018 Pension Adequacy Report: current and future income adequacy in old age in the EU*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2018.

³⁹ COMISIÓN EUROPEA Y COMITÉ DE PROTECCIÓN SOCIAL EUROPEO: *The 2018 Pension Adequacy Report: current and future income adequacy in old age in the EU*, Volumen I, pág. 104.

que el gobierno dejase de aplicar dicha fórmula y reconociese una paga que compensara a los mismos por las bajas revalorizaciones que habían experimentado sus pensiones. De acuerdo con los últimos cambios llevados a cabo la fórmula de revalorización tiene en cuenta el aumento de los precios junto con la mitad del crecimiento real de los salarios, con una revalorización mínima garantizada de 2,7 por ciento⁴⁰.

- En Grecia, la revalorización de pensiones se mantuvo congelada entre los años 2011 y 2015. En el año 2017 se introdujo una nueva fórmula de revalorización de acuerdo con la cual las pensiones se incrementarán anualmente sobre la base del 50 por ciento del aumento del producto interior bruto y el 50 por ciento de la modificación del índice de precios al consumo⁴¹.
- En Francia el mayor impacto de las medidas adoptadas en el periodo 2014-2017 se atribuye a la modificación de la revalorización de pensiones, en la cual se establece una tendencia a la baja. Las concretas medidas adoptadas sobre dicha revalorización suponen un retraso en la fecha en que se revisan las pensiones y una revalorización más baja en los sistemas de pensiones de empleo⁴².
- En Croacia a pesar de que la revalorización de pensiones fue suspendida como medida de austeridad en los años 2010 y 2011, el mecanismo de revalorización se mantuvo en los mismos términos tras la vuelta a su aplicación. Además, en el año 2014 se introdujo una nueva forma de revalorización de pensiones más favorable de cara a su adecuación tanto para las pensiones del primer pilar como para las del segundo pilar⁴³.
- En Letonia se introdujeron modificaciones en el sistema de revalorización en el año 2017 en el sentido de aumentar la participación del crecimiento de los salarios en el índice aplicable. Desde dicho año 2017, para llevar a cabo dicha

⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA Y COMITÉ DE PROTECCIÓN SOCIAL EUROPEO: *The 2018 Pension Adequacy Report: current and future income adequacy in old age in the EU, Country profiles, Volume II*, citado, pág. 28.

⁴¹ La aplicación inicial de esta reforma estaba prevista para el 1 de enero de 2017, aunque posteriormente dicha entrada en vigor fue pospuesta hasta el 1 de enero de 2023. *Ibíd.*, págs. 78 y 79.

⁴² *Ibíd.*, págs. 97-98.

⁴³ *Ibíd.*, pág. 107.

revalorización se suman el índice de precios al consumo y el 0.5 del crecimiento real de los salarios. A ello se añaden en el año 2018 nuevos cambios dirigidos a introducir la duración del periodo de cotización registrado en la pensión de jubilación de cara a beneficiar a las personas que hayan contribuido con sus cotizaciones durante más años⁴⁴.

- En Lituania también se han producido modificaciones en la forma de revalorización de pensiones que entraron en vigor en el año 2018. Esta revalorización se basa en la evolución media de los salarios de los tres años anteriores, el año en curso y la previsión para los tres años siguientes⁴⁵.
- En Portugal la revalorización de pensiones fue suspendida entre los años 2011 y 2015 excepto para las pensiones más bajas, que sí fueron revalorizadas. En agosto de 2017 se aumentaron las pensiones iguales o inferiores a 631,98 €/mes como una forma de compensar la pérdida de poder adquisitivo provocada por dicha suspensión de la revalorización. También el proyecto de presupuestos del Estado para el año 2018 incluía medidas en el mismo sentido⁴⁶.
- En Eslovaquia también se han producido modificaciones en la revalorización de pensiones, al introducirse un mínimo de dicha revalorización. Como resultado del mismo las pensiones crecerán bien sobre la base del incremento de la inflación o bien de acuerdo con dicha cantidad mínima fijada. Así, en el año 2018 las pensiones fueron incrementadas como mínimo con 8,4€⁴⁷.

Un cuadro de conjunto de cuáles son los criterios que los Estados Miembros utilizan para la revalorización de sus pensiones nos lleva al resultado de que los precios y los salarios son los indicadores que más se repiten⁴⁸ (sin entrar en los detalles de cómo cada Estado configura sus sistemas de pensiones nos limitaremos a mencionar los principales

⁴⁴ *Ibidem*, págs. 133-134.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 144.

⁴⁶ COMISIÓN EUROPEA Y COMITÉ DE PROTECCIÓN SOCIAL EUROPEO: *The 2018 Pension Adequacy Report: current and future income adequacy in old age in the EU, Country profiles, Volume II*, citado, págs. 210-211.

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 241.

⁴⁸ Nos basamos aquí en la información publicada por la Comisión Europea (Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión) en MISSOC (Mutual Information System on Social Protection) con información de 1 de enero de 2018.

parámetros que utilizan para dicha revalorización). Entre los indicadores que se toman como referencia para dicha revalorización es el de los precios el que más se repite. Algunos Estados lo utilizan como único criterio y otros lo utilizan junto con otros criterios. Además algunos Estados utilizan distintos indicadores de cara a la revalorización dependiendo del tipo de pensión. El segundo de los criterios que se más se repite es el de los salarios. Aunque también hay Estados que no utiliza ninguno de los citados indicadores.

Entre los países que utilizan los precios como referencia para dicha revalorización nos encontramos a Bélgica, Francia (que realiza dicha revalorización con la estimación del Índice de Precios al Consumo), Hungría (de acuerdo con la inflación prevista), Italia, Letonia, Luxemburgo, Portugal, Eslovaquia, Chipre (que utiliza el IPC para la revalorización de la pensión suplementaria y los salarios para la pensión básica), Malta (en este país la revalorización de las pensiones de las personas nacidas antes de 1962 se hace en función del más alto de los índices correspondientes al coste de la vida o al de los salarios) y Reino Unido (en este país la revalorización se lleva a cabo conforme al más alto de los siguientes índices: el crecimiento medio de los ingresos o los precios o un 2,5%, de tal forma que el mantenimiento del poder adquisitivo queda garantizado). Junto con estos Estados, la República Checa, Estonia y Polonia añaden a la referencia de los precios otros indicadores. Así, en la República Checa a la evolución de los precios se añade el 50% de la evolución de los salarios y en Estonia las pensiones del primer pilar se revalorizan con la evolución de los precios más los ingresos por la llamada Social Tax. En Polonia, por su parte, el índice de revalorización es una media anual de los bienes de consumo y servicios del año anterior incrementado con un 20% del crecimiento de los ingresos.

Otros Estados utilizan los precios como referencia de revalorización solo de forma parcial combinada con otros indicadores. Es el caso de Croacia (que combina precios y salarios en una proporción de 70/30, 50/50 o 30/70, dependiendo de cuál sea la más favorable), Finlandia (que toma como referencia en un 80% el coste de vida y en un 20% los salarios), Grecia (donde se toma como referencia el 50% del PIB junto con el 50% del IPC) y Bulgaria.

Otros Estados miembros basan su revalorización en la evolución de los salarios. Es el caso de los Países Bajos, Chipre (en su pensión básica), Dinamarca, Alemania y también Lituania. Y, por último, hay también Estados en que la revalorización de las pensiones es decidida discrecionalmente por el Gobierno, como sucede en Irlanda.

De este somero repaso a los indicadores utilizados para la revalorización de pensiones en la Unión Europea puede observarse con nitidez que ninguno de ellos contempla ninguna fórmula que se aproxime a la actual norma sobre revalorización en España.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

En esta materia de revalorización de pensiones nos encontramos, de nuevo, en un momento de cambios. La actual norma de revalorización de pensiones vigente en la Ley General de Seguridad Social y en la Ley de Clases Pasivas del Estado ha creado inseguridad y malestar en el colectivo de personas pensionistas, que han visto cómo tal norma ha dado lugar a pérdidas del poder adquisitivo de sus pensiones. Este ha sido uno de los factores que explican el intenso y tenaz movimiento de personas pensionistas que se iniciaron en España en el año 2018 y que continúa perseverando en sus movilizaciones a lo largo del año 2019.

Como hemos explicado ya en este trabajo, en el año 2018 se produjeron cambios en la revalorización de pensiones al añadir la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018 unos porcentajes adicionales a la revalorización del 0,25 por ciento hecha al inicio de ese año. Este incremento adicional tenía como objetivo evitar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones en ese año, además de establecer una pequeña mejora para las cuantías mínimas de las pensiones contributivas, las pensiones no contributivas y las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez. Este objetivo de evitar la pérdida de poder adquisitivo no llegó a lograrse con las citadas medidas adoptadas, al menos, para la mayoría de las pensiones contributivas a la vista de la evolución de los precios durante dicho año 2018.

A estos cambios que se llevaron a cabo en el año 2018, hay que añadir las normas establecidas para la revalorización de pensiones del año 2019. El Real Decreto-ley 28/2018 establece para el año 2019 una revalorización conforme al IPC para la mayoría de las pensiones, y una revalorización algo mayor para las pensiones mínimas, las pensiones no contributivas y las pensiones SOVI no concurrentes. Esta fórmula que no resulta extraña en el ordenamiento español tiene como objetivo mejorar las cuantías mínimas de las pensiones más bajas del sistema. A ello se añade una paga compensatoria por el desvío entre la evolución del IPC prevista y la realmente constatada en el año 2018. Con lo cual, se ha garantizado el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones en el año 2018 y un ligero aumento del mismo para las pensiones mencionadas que han sido revalorizadas en un 3 por ciento. Y para el año 2019, un aumento conforme a la previsión de la evolución que experimenten los precios. Y todo ello, mediante la suspensión

de la aplicación de las normas establecidas por el texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y la Ley de Clases Pasivas del Estado, que hubiesen llevado a revalorizaciones del 0,25 por ciento, con pérdidas añadidas del poder adquisitivo de las pensiones.

Lo que vaya a suceder en esta materia en un futuro próximo queda en manos del nuevo ejecutivo que se forme y de las decisiones que se vayan a adoptar al respecto en el seno de la comisión parlamentaria del Pacto de Toledo. Por lo tanto, en el momento actual, se mantiene la incertidumbre sobre lo que va a suceder respecto a la regulación en materia de revalorización de pensiones de la Ley General de la Seguridad Social y de la Ley de Clases Pasivas del Estado. En cualquier caso, convendría resolver esta incertidumbre en el más breve plazo posible, terminar con esta situación de provisionalidad normativa y evitar tener que esperar a ver lo que va a suceder cada año con esta cuestión, tan importante para el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

Habrá que ver en qué términos se lleva a cabo esta previsión, en caso de producirse y si efectivamente supone una vuelta atrás al anterior sistema de revalorización regulado por la normativa de Seguridad Social, que suponga, al menos una garantía del poder adquisitivo de las personas pensionistas y vuelva a convertirse en un factor de seguridad para ellas. De esta forma, España se uniría a aquellos Estados Miembros europeos que en los últimos años han mejorado sus normas sobre revalorización de pensiones.

TRIBUTACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

MIGUEL GUTIÉRREZ BENGOCHEA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN	220
II. EXPATRIADOS E IMPATRIADOS A TRAVÉS DEL CONCEPTO GENERAL DE RESIDENCIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS	221
III. FISCALIDAD DEL TRABAJADOR IMPATRIADO.....	225
1. PROBLEMA DE LOS IMPATRIADOS PARA OPTAR POR LOS BENEFICIOS FISCALES DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN	227
IV. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA FISCALIDAD DEL TRABAJADOR EXPATRIADO	228
1. Exención de las rentas acogiendo al artículo 7.p LIRPF	231
2. Planteamiento de la residencia en España por el trabajador expatriado.....	233
3. Empresa beneficiaria del servicio laboral.....	233
4. Aspecto temporal en la expatriación del trabajador	235
5. Impuesto análogo o idéntico	236
6. Prestación del servicio laboral: especial referencia a las entidades vinculadas.....	237
V. RÉGIMEN DE EXCESOS	240
VI. CONCLUSIONES.....	242

ABREVIATURAS:

CDI:	Convenio de Doble Imposición
DGT:	Dirección General de Tributos
ET:	Estatuto de los Trabajadores
IRNR:	Impuesto sobre la Renta de los No Residentes
IRPF:	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIRNR:	Ley del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes
LIRPF:	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
MCOCDE:	Modelo del Convenio de Doble Imposición de la Organización para el Comercio y el Desarrollo Económico
OCDE:	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
RIRPF:	Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
TRIRNR:	Texto refundido del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes

I. INTRODUCCIÓN

Los desplazamientos de trabajadores fuera del territorio español, así como la atracción de capital humano de Estados extranjeros a territorio nacional es un proceso asociado a la globalización económica que rige la economía mundial.

Este hecho que se traducen en movimientos de capital humano del extranjero a España y al contrario, denominado en términos jurídicos como expatriación e impatriación de trabajadores es beneficioso para los Estados porque genera un valor añadido como consecuencia del desarrollo de un trabajo muy especializado por trabajadores de muchos sectores industriales.

Al tratarse de trabajadores y, por lo tanto, personas físicas, es el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas el que regula una serie de beneficios fiscales con el fin de incentivar los desplazamientos laborales dentro y fuera de nuestras fronteras.

Esta estrategia competitiva a nivel internacional implicará que determinados principios constitucionales como los de igualdad, justicia y progresividad ceden su primacía frente a otros como los de neutralidad y eficiencia, que alcanzan mayor relevancia en el ámbito de las operaciones económicas internacionales¹.

A los Estados les interesa la movilidad del capital humano a nivel internacional. Esta internalización de la empresa ha generalizado la figura del trabajador expatriado e impatriados².

Cuando las empresas trasladan sus sedes al extranjero lo habitual es que lleve parte de su plantilla laboral a esa empresa domiciliada en el extranjero, durante un período de tiempo para que presten servicios laborales y, con ello aporten sus formaciones profesionales al cumplimiento del objeto social de la empresa³. De igual modo, a las empresas españolas les puede interesar importar capital humano del exterior con gran especialización técnica, lo que redundará en la generación de riqueza.

Por esta razón los Estados regulan en sus normativas tributarias determinados beneficios fiscales con el objeto de fomentar el traslado de

¹ CORDON EZQUERRO, T, "Régimen fiscal de los impatriados y expatriados" I.C.E, 2015, p. 81.

² A efectos laborales un expatriado es un trabajador que desempeña su trabajo por un tiempo superior a seis meses e inferior a 5 años. Si el trabajo es desarrollado por un tiempo de 5 o más años, entonces es un trabajador desplazado.

³ Vid <https://blog.selfbank.es/el.trabajador-expatriado-ganándose-la-vida-fuera-del-país/>

trabajadores a empresas extranjeras siempre que éstos mantengan la residencia fiscal en el Estado de origen.

II. EXPATRIADOS E IMPATRIADOS A TRAVÉS DEL CONCEPTO GENERAL DE RESIDENCIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

El concepto de residencia fiscal tiene un papel crucial en la normativa tributaria de todos los países porque incide de forma directa en la soberanía fiscal de cualquier Estado. Por esta razón, las legislaciones fiscales endurecen el concepto de residencia fiscal a través de normas de carácter presuntivo e incluso de ficciones jurídicas con un fin recaudatorio a veces desproporcionado.

En relación a la fiscalidad asociada a los trabajadores impatriados y expatriados es importante establecer los criterios que marca la normativa del IRPF para determinar si un trabajador que viene del extranjero a trabajar a España o de forma inversa, es decir, si el trabajador se desplaza al extranjero para prestar servicios laborales, pueden acogerse al régimen fiscal específico que regula la LIRPF.

En este sentido, el criterio general de residencia de las personas físicas viene regulado en el artículo 9 de la LIRPF, el cual dispone que: " Se entenderá que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando se dé cualquiera de las siguientes circunstancias:

- 1) Que permanezca más de 183 días, durante el año natural, en territorio español. Para determinar éste período de permanencia en territorio español se computarán las ausencias esporádicas; salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país. En el supuesto de países o territorios considerados como paraíso fiscal, la Administración tributaria podrá exigir que se pruebe la permanencia en éste durante 183 días en el año natural⁴.

Hay que tener en consideración que el período de permanencia en territorio español empieza a contabilizarse a partir del inicio de período impositivo aun cuando la persona física residiera con anterioridad en el extranjero.

⁴ El período tomado en consideración es el año civil, por lo que para ser residente en España, se necesita estar viviendo habitualmente en España durante más de la mitad de días del año.

- 2) Que radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta”.

En el precepto transcrito se evidencia con claridad los criterios que la LIRPF establece para que una persona física sea considerada como residente en territorio español y por tanto sujeta por obligación personal en el IRPF. Los criterios son alternativos de forma que la residencia en territorio español durante un número de días o tener el centro de intereses económicos en España marca la condición de contribuyente del IRPF.

Hay que matizar, que si a tenor de un convenio suscrito por España con otros países se establece la residencia de la persona física en un país determinado distinto de España, los criterios establecidos en el artículo 9 LIRPF son aplicables y se podrían hacer valer en un análisis de los parámetros fijados en el convenio suscrito. En este sentido en los casos de doble residencia en los que, a la persona física le es otorgada la residencia en un país extranjero por su permanencia física en dicho país pero que en atención, a su principal núcleo de intereses económicos, las autoridades españolas consideren que la persona física tiene la residencia en España nos encontramos con una situación de doble residencia con lo que habría que dirimir los conflictos de doble residencia en los criterios jerarquizados recogidos en el artículo 4 del Convenio Modelo (OCDE) de Doble Imposición suscrito por España. El artículo 4 del Convenio estipula los siguientes criterios a los que jerárquicamente se deben atender:

- 1) Se considerará residente del Estado donde tenga una vivienda a su disposición. Si la tuviera en ambos Estados, se considerará residente en el Estado con el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas.
- 2) Si no se puede atribuir la residencia según el criterio anterior se atiende al lugar donde viva habitualmente.
- 3) Si el último criterio no es válido se está a su nacionalidad.
- 4) En defecto de los criterios anteriores se determina por las autoridades de ambos Estados de común acuerdo⁵.

⁵ Vid TEAC 9/4/1997.

En el primer requisito del artículo 9 LIRPF referido a la permanencia de la persona física en territorio español, sí hay, en mi opinión, un nexo jurídico entre dos hechos que admiten la contraprueba. En este sentido, se computarán como días de residencia en España las ausencias temporales salvo que se justifique su ausencia por residir en otro Estado⁶. Algunos autores, sin embargo, consideran que no existe la norma presuntiva por la sencilla razón de que no existe un juicio probabilístico desde un hecho base para llevarnos a un hecho consecuencia que tipifique una presunción *iuris tantum*⁷.

En cuanto a la forma de enervar la presunción rige la libertad de prueba. La persona física para justificar sus ausencias temporales puede alegar el uso de la tarjeta de crédito, firmas de contratos o determinados pagos en los recibos de luz, agua etc.,⁸.

Hay que mencionar, que los trabajadores transfronterizos son considerados como residente en territorio nacional⁹.

El segundo criterio hace referencia a que la persona física tenga en España su principal fuente de ingresos económicos. Cuando la norma se refiere a ingresos económicos hace referencia a las rentas que obtenga la persona física más que al patrimonio que tenga en España. Así este criterio de residencia está más acorde con la naturaleza del IRPF. Se podría pensar que en este supuesto hay una presunción absoluta. La presunción legal absoluta partiría de que la persona física que tenga el núcleo de intereses en

⁶ Es ilustrativa la resolución de la DGT 5/6/2013 la cual hace referencia a una persona con nacionalidad española que estaba viviendo en Emiratos Árabes Unidos y alegaba su estancia en dicho país para tributar por obligación real en España. Sin embargo el convenio firmado entre España y los Emiratos Árabes Unidos establece que para ser residente en éste país hay que tener la nacionalidad en dicho país luego al no poder alegar la residencia en aquel país (Emiratos Árabes Unidos) tendría que tributar por obligación personal en el IRPF.

⁷ SANCHEZ PINO, A. *Presunciones y Ficciones en el IRPF*. Universidad de Huelva; 1995; p. 263.

⁸ Vid TEAC 8/10/1999. En el mismo sentido, la SAN 20/2/2008 recoge el caso de un sujeto que alega residir en Andorra, y aporta el certificado consular, carnet de la seguridad social andorrana, carnet de conducir expedido en Andorra y escritura de compraventa de una vivienda en dicho principado. La Audiencia otorga gran valor probatorio al extracto de una cuenta corriente de una entidad bancaria establecida en dicho territorio, de cuyos movimientos pueden inducirse constantes consumos habituales del sujeto en Andorra, estimando así acreditado que reside habitualmente en Andorra.

⁹ Vid DGT 8/3/2010.

España se presume que tiene su residencia en España para poder gestionarlo.

Es difícil discernir en este caso, si estamos ante un supuesto de presunción absoluta, o bien, ante una norma sustantiva de prevención del fraude tributario.

El último párrafo del artículo 9.1 de la LIRPF sí recoge una presunción *iuris tantum* de carácter legal al disponer el mismo que: “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando, de acuerdo con los criterios anteriores, resida habitualmente en España el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de aquél”.

Esta norma de carácter presuntivo plantea una serie de cuestiones que a veces no son fáciles de resolver.

Del precepto transcrito se infiere que el legislador regula una norma de prevención del fraude fiscal. Atendiendo al aspecto teleológico de la norma se aprecia que el legislador considera que si uno de los cónyuges reside fuera de España y el otro cónyuge no separado legalmente y sus hijos menores residen en España, entonces se presume que la unidad familiar reside en España y, por tanto, el cónyuge que alega residir en el extranjero tendrá la consideración de contribuyente del IRPF salvo que desvirtúe la presunción legal relativa¹⁰.

Hay que hacer algunas matizaciones a este precepto. En primer lugar, para que sea operativa la norma presuntiva se exige que el cónyuge y los hijos menores de edad que dependan de aquél residan en España. Cuando el precepto apunta acerca del concepto de dependencia, habría que interpretarlo desde un punto de vista económico, es decir, que si los hijos menores de edad no dependen económicamente de su progenitor no tendría eficacia la norma presuntiva¹¹. Además llama la atención que en el hecho base de la presunción no se tenga en cuenta a los hijos mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a la patria potestad prorrogada o

¹⁰ El artículo 6.3 Ley 44/1978, de 8 de septiembre disponía que “Se considerará que la unidad familiar es residente en territorio español siempre que en él resida cualquiera de los cónyuges o el padre o la madre o, en su defecto, todos los miembros de la unidad familiar”.

¹¹ De la literalidad del precepto parece desprenderse que el cónyuge que reside en España no ejerce una actividad laboral o si la ejerce no es suficiente para el mantenimiento de sus hijos, sin embargo, la dependencia que fija el precepto no va ligada directamente a los ingresos de los progenitores sino a la de los hijos menores de edad.

rehabilitada ya que éstos forman parte del concepto fiscal de unidad familiar precisamente por la dependencia que muestran hacia sus progenitores¹².

III. FISCALIDAD DEL TRABAJADOR IMPATRIADO

Con efectos desde el 1 de enero de 2015, la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF y el TRIRNR y otras normas tributarias, introduce importantes cambios en el régimen tributario de los impatriados.

El régimen definitivo está recogido en el artículo 93.1 de la LIRPF el cual dispone que: " Las personas físicas que adquieran su residencia fiscal en España como consecuencia de su desplazamiento a territorio español podrán optar por tributar por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas durante el período impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cinco períodos impositivos siguientes, cuando, en los términos que se establezcan reglamentariamente, se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que no hayan sido residentes durante los diez períodos impositivos anteriores a aquel en el que se produzca su desplazamiento a territorio español.
- b) Que el desplazamiento a territorio español se produzca como consecuencia de alguna de las siguientes circunstancias:
 - 1) Como consecuencia de un contrato de trabajo, con excepción de la relación laboral especial de los deportistas profesionales regulada por el RD 1006/1985, de 26 de junio. Se entenderá cumplida esta condición cuando se inicie una relación laboral, ordinaria o especial distinta de la anteriormente indicada, o estatutaria con un empleador en España, o cuando el desplazamiento sea ordenado por el empleador y exista una carta de desplazamiento de este.
 - 2) Como consecuencia de la adquisición de la condición de administrador de una entidad en cuyo capital no participe o, en caso contrario, cuando la participación en la misma no determine la consideración de entidad vinculada en los términos del artículo 18 de la ley del Impuesto sobre Sociedades.
- c) Que no obtenga rentas que se calificarían como obtenidas mediante un establecimiento permanente situado en territorio

¹² Vid artículo 82.1.b LIRPF.

español. El contribuyente que opte por la tributación por el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes quedará sujeto por obligación real en el Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas”.

Del precepto transcrito se desprende que el trabajador que se desplace a España a prestar servicios laborales debe tener la condición de residente en España.

El criterio de residencia que exige la aplicación de este régimen fiscal se basa fundamentalmente en la residencia física del trabajador en España sin tener en cuenta los otros criterios alternativos recogidos en el artículo 9 LIRPF.

En este sentido el precepto sostiene la idea de la adquisición de la residencia en territorio español como consecuencia del desplazamiento de la persona física a España¹³.

Para la aplicación del régimen especial de impatriados, además de exigirse que la persona física tenga la residencia habitual en territorio español se requiere que ésta no hubiera tenido la residencia en España durante los 10 períodos impositivos anteriores¹⁴.

El hecho de que el legislador establezca un período dilatado sin ser residente la persona física en España va dirigido a evitar situaciones de fraude de ley, donde el contribuyente podría fingir residencias fiscales en otros Estados con el sólo propósito de acogerse al régimen fiscal especial de los impatriados.

En cuanto al proceso de liquidación tributaria como se ha reseñado el trabajador impatriado puede optar por tributar con arreglo a la normativa de los no residentes, es decir, determinará la deuda del IRPF con sujeción a las normas del IRNR pero con ciertas peculiaridades respecto a la formación de las bases liquidables.

En primer lugar hay que reseñar que habrá una base liquidable que estará formada por las rentas del trabajo personal que el contribuyente haya obtenido en España y en el resto del mundo más el resto de rentas obtenidas

¹³ Hay que descartar, por lo tanto, los criterios del centro económico de intereses y la presunción legal referida al cónyuge no separado legalmente y a los hijos menores que dependan del contribuyente. *Vid* DGT V 2113/14.

¹⁴ La anterior normativa exigía que fuesen 10 años y no períodos impositivos, aunque la diferencia es sólo técnica y no desvirtúa en su aspecto cualitativo el requisito establecido.

por el contribuyentes excluidas las rentas recogidas en el artículo 25.1 f) TRIRNR, el cual hace referencia a los rendimientos provenientes de los dividendos percibidos por el contribuyentes como consecuencia de la participación en los fondos propios de las sociedades mercantiles, los intereses percibidos por la cesión de capitales propios a entidades financieras y las ganancias patrimoniales como consecuencia de la transmisión de elementos patrimoniales del contribuyente.

Estas rendimientos conforman una base liquidable asimilable al ahorro el en IRPF.

La cuota tributaria para la base liquidable conformada por los rendimientos del trabajo y de otros rendimientos excepto los del artículo 25.1.f) se acumularán los rendimientos sin posibilidad de compensación entre ellos y se aplicará una tarifa con un tipo impositivo dual en el cual los primeros 600.000 euros de base liquidable van al tipo impositivo del 24% y para cantidades superiores se aplicará el tipo de gravamen del 45%.

La otra base liquidable formada por las rentas del artículo 25.1.f) van gravados con los tipos impositivos que regula la LIRPF para su aplicación a la base liquidable del ahorro.

1. PROBLEMA DE LOS IMPATRIADOS PARA OPTAR POR LOS BENEFICIOS FISCALES DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN

El concepto de residencia de los contribuyentes en el ámbito de los Convenios de Doble Imposición entre España con otros países plantea situaciones controvertidas con los trabajadores impatriados.

Con carácter general la consideración de contribuyente por obligación personal permite la aplicación de mecanismos de eliminación de la doble imposición previstos en los convenios y acreditar la residencia fiscal en España mediante la obtención de un certificado de residencia fiscal.

Esta cuestión tiene su origen en la exclusión del concepto de residencia fiscal que establece el MCOCDE en relación con las personas que están sujetas a tributación en un Estado exclusivamente por las rentas que obtenga de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo¹⁵.

En este sentido los trabajadores sujetos al régimen especial de impatriados no pueden alegar la aplicación del CDI si éste recoge como

¹⁵ Esta situación se ha planteado en relación con los contribuyentes sometidos al régimen de "non domiciled y aplicables en el Reino Unido o al de los residentes no habituales en Portugal.

requisito la residencia del contribuyente en la tributación por sus rentas mundiales.

La mayoría de los Convenios suscritos por España están basados en el Modelo de convenio de la OCDE, que en su artículo 4 define lo que debe entenderse por residente en un Estado, precisando, que no se entiende por residente a las personas que estén sujetas exclusivamente por las rentas que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo.

Una de las consecuencias que puede suscitar el no ser considerado como residente en el sentido del Convenio es que pueden plantearse situaciones de doble residencia para el contribuyente sin poder invocar el apartado 2 del artículo 4 del MCOE para resolver el conflicto de residencia. No obstante, en los convenios en los que no se recoja el concepto de residencia cabe la opción de que se pueda habilitar la autorización de emisión de certificados en el sentido del Convenio y que en consecuencia se les pueda aplicar las especificaciones del mismo.

IV. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA FISCALIDAD DEL TRABAJADOR EXPATRIADO

En concreto el sistema fiscal español ha configurado en los últimos años una estrategia orientada a favorecer la apertura de la economía a la internacionalización de la empresa española en la que el IRPF, en relación con el IRNR, adquiere una gran relevancia a la hora de regular el régimen fiscal aplicable a los movimientos de las personas con el objeto de captar a los trabajadores con mejor capacidad técnica¹⁶.

En realidad el método de la exención está reservado únicamente para aquellos trabajadores que se desplacen temporalmente a otros países para realizar proyectos puntuales en el marco contractual suscrito con una empresa española. Aunque también, en la práctica el método de la exención sería igualmente aplicable en aquellos supuestos en que habiéndose extinguido la relación laboral el trabajador se desplace a otro país iniciando otra actividad.

En el Ordenamiento tributario español, el IRPF regula una serie de beneficios tributarios a través de un régimen fiscal especial al que pueden optar los contribuyentes siempre que cumplan con algunos requisitos establecidos en la LIRPF. Como apunta CORDÓN EZQUERRO "El coste

¹⁶ CORDÓN EZQUERRO, T. "Régimen fiscal de los impatriados y expatriados", I.C.E. 2005, P. 81.

fiscal se ha convertido en una variable estratégica en la determinación de los desplazamientos internacionales de los trabajadores más altamente cualificados en un entorno de fuerte competencia por su captación y nuestro sistema impositivo se ha alineado en esa estratégica competitiva”¹⁷.

El artículo 7.b LIRPF establece la extensión de los rendimientos de trabajo percibido por los trabajadores que se desplacen al extranjero para prestar un servicio en régimen laboral dependiente en empresas extranjeras o bien en establecimientos permanentes domiciliados en extranjero que pertenecen a empresas domiciliadas en territorio español o incluso extranjeras.

Los requisitos que establece el artículo 7 LIRPF son los siguientes:

En primer lugar que los trabajos se realicen para una empresa o entidad no residente en España o para un establecimiento permanente radicado el extranjero en las condiciones que reglamentariamente se establecían. En particular, cuando la entidad destinataria de los trabajos esté vinculada con la entidad empleadora del trabajador o con aquella en la que preste sus servicios, deberán cumplir con los requisitos de las operaciones vinculadas tal como regula el Impuesto sobre Sociedades.

En segundo lugar, que en el territorio en que se realicen los trabajos se aplique un impuesto de naturaleza análoga a la de este impuesto y no se trate de un país un territorio calificado como paraíso fiscal. Se considerará cumplido este requisito cuando el país o territorio donde se realicen los trabajos tenga suscrito un convenio con España para evitar la doble imposición internacional que contenga cláusula de intercambio de información. La exención se aplicará a las retribuciones devengadas durante los días de estancias en el extranjero, con el límite de 60.100 euros anuales.

Esta exención será incompatible para los contribuyentes destinados en el extranjero con el régimen de excesos excluidos de tributación previsto en el reglamento de este impuesto, cualquiera que sea su importe. El contribuyente podrá optar por la aplicación del régimen de excesos en sustitución de esta exención.

Del precepto expuesto, podemos afirmar que si el trabajo se realiza efectivamente en el extranjero, para una sociedad domiciliada en el extranjero y la persona física mantiene la condición de residente en territorio español se puede establecer la exención de los rendimientos del trabajo

¹⁷ CORDÓN EZQUERRO, T. *La fiscalidad de los no residentes en España (IX). Rendimiento del trabajo personal: régimen de impatriados*, Manual de fiscalidad Internacional. I.E.F, Madrid, 2016, p. 683.

personal siempre que España tenga suscrito un Convenio de doble imposición donde está prestando servicios laborales el trabajador y esté gravado por un impuesto análogo al IRPF.

Lo que está meridianamente claro es que debe haber un desplazamiento físico del trabajador a la empresa o establecimiento permanente domiciliado en el extranjero que es la que se va a beneficiar de los servicios laborales con independencia de quién sea el pagador de los rendimientos.

Hay que precisar que el rendimiento del trabajo que puede quedar exento de tributación es el que está regulado en el artículo 17 de la LIRPF pero con algunas matizaciones¹⁸.

Con carácter general el precepto aludido considera rendimientos del trabajo personal a aquellas contraprestaciones o utilidades cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie que deriven directa o indirectamente del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tenga el carácter de actividad económica. Igualmente, también sería aplicable cuando la retribución venga dada como consecuencia de colaboraciones en actividades humanitarias o de asistencia social promovida por entidades sin ánimo de lucro realizadas en el exterior.

Por lo tanto, la principal fuente de renta debe estar representada por los sueldos y salarios que directamente están relacionadas con el servicio de dependencia laboral.

Como señala NESTOR CARMONA hay algunas rentas dentro del concepto de rendimientos del trabajo personal del IRPF a los que no les sería de aplicación el régimen de exención del artículo 7.p LIRPF. Así, por ejemplo, las rentas provenientes de impartir cursos, conferencias o seminarios y en mi opinión, las rentas derivadas de la elaboración de obras artísticas, literarias o científicas, siempre que se ceda la explotación¹⁹.

En el caso de las becas, si éstas no están exentas no se consideran como rentas provenientes del trabajo personal a efectos de aplicar el beneficio fiscal del artículo 7.p LIRPF²⁰.

¹⁸ En sentido contrario CHICO DE LA CAMARA, P. y RUIZ GARIJO, M. "Análisis crítico de la exención del artículo 7.p LIRPF, de 28 de Noviembre, por rendimientos obtenidos como consecuencia de trabajos efectivamente realizados en el extranjero". *Crónica Tributaria*, 2008, p. 104.

¹⁹ ALVAREZ BARBEITO, P. y CALDERON CARRETERO, J.M. *La tributación de los trabajadores expatriados e impatriados*. Netbiblo, 2010, pp. 121-126.

²⁰ Vid DGT 0685-1.

El hecho de que la LIRPF exija un desplazamiento efectivo del trabajador impide que ciertos profesionales que realizan trabajos comerciales y de prospección desde la empresa residente no puedan acogerse al régimen especial de exención ex. LIRPF.

1. EXENCIÓN DE LAS RENTAS ACOGIÉNDOSE AL ARTÍCULO 7.P LIRPF

La primera cuestión que se suscita en relación a la exención de las rentas del artículo 7.p LIRPF es la inaplicación de las retenciones reguladas en el IRPF al trabajador expatriado ya que a tenor del artículo 75.3 del RIRPF: No existirá obligación de practicar retención o ingreso a cuenta sobre las siguientes rentas:

- a) Las rentas exentas, con excepción de la establecida t del artículo 7 de la Ley del Impuesto y las dietas y gastos de viaje exceptuados de gravamen”.

A tenor de lo dispuesto en el precepto, si el trabajador no percibe más de 60.000 euros, el pagador de los rentas no deberá practicar la retención ex. RIRPF. Cuestión diferente sería que el trabajador percibiese más de 60.000 euros anuales, lo que sí habilitaría al pagador de las rentas a practicar la retención correspondiente al exceso percibido sobre el límite fijado en la LIRPF.

Dándose las condiciones expuestas, *supra*, el sujeto pasivo del IRPF podría aplicar una exención de los rendimientos del trabajo personal obtenidos en la sociedad extranjera hasta los primeros 60.100 euros anuales.

Este régimen de exención de las rentas laborales de los expatriados es compatible con el régimen de dietas de locomoción, estancias y manutención que se consideren normales a tenor del artículo 17.1.d) de la LIRPF.

Es el artículo 9 del RIRPF el que desarrolla y cuantifica lo que el legislador considera gastos normales de locomoción, manutención y estancia. De forma sucinta, la norma reglamentaria exceptúa de gravamen los gastos de locomoción cuando el trabajador utilice un servicio de transporte público y se justifique el gasto mediante la correspondiente factura²¹.

²¹ Hay que puntualizar que los gastos de traslado están excluidos de gravamen pues como dispone el artículo 9.B.2 RIRPF “Están exceptuados de gravamen las cantidades que se abonen al contribuyente con motivo del traslado del puesto de trabajo a municipio distinto siempre dicho trabajo exija el cambio de residencia y corresponda exclusivamente a gastos de locomoción y manutención del contribuyente y de sus familiares durante su traslado así como el mobiliario y enseres”.

En caso de no utilizar el medio de transporte público estará exento el resultado de computar 0,19 euros por kilómetro recorrido siempre que se justifique el desplazamiento realizado más los posibles gastos por peaje y aparcamiento que igualmente se justifiquen.

En cuanto a las remuneraciones que la empresa satisface al trabajador para los gastos de estancia y manutención del trabajador, hay diferencias significativas entre ambos en cuanto a la cantidad que está exceptuada de gravamen.

Los gastos satisfechos por la empresa para la estancia del trabajador están exceptuado de gravamen siempre que éstos estén debidamente justificado por el trabajador, en caso contrario, tendrá que tributar por la totalidad del ingreso recibido.

Los gastos de manutención se consideran normales y, por lo tanto, exceptuado de gravamen cuando no superen los 53,34 euros diarios si se corresponden con desplazamiento en territorio español y se pernocta fuera del domicilio habitual.

Si el desplazamiento es en territorio extranjero y se pernocta en un municipio distinto del habitual se considera gasto normal de manutención la cantidad de 91,35 euros.

En este último caso, si el desplazamiento es en el extranjero y no se pernocta en un municipio distinto del habitual los gastos de manutención exceptuados de gravamen son de 48,08 euros.

En el caso de personal de vuelo de las compañías aéreas, se considerarán como asignaciones para gastos de manutención las cuantías que no excedan de 36,06 euros diarios, si corresponden a desplazamiento dentro de territorio español, o de 66,11 euros diarios si corresponden a desplazamiento a territorio extranjero. Si en un mismo día se produjeran ambas circunstancias, la cuantía aplicable será la que corresponda según el mayor número de vuelos realizados.

La obligación de acreditar el día y lugar del desplazamiento corresponde al pagador de los rendimientos aunque es recomendable que el perceptor de las rentas también acredite estas circunstancias²².

²² ORÓN MORATAL, G. "Quién debe probar qué en los procedimientos de aplicación de los tributos" *Conflictos actuales en Derecho tributario. Homenaje a la profesora doctora Manuela Fernández Junquera, Aranzadi*; pp. 159 y ss.

2. PLANTEAMIENTO DE LA RESIDENCIA EN ESPAÑA POR EL TRABAJADOR EXPATRIADO

Si se analiza la condición del artículo 7.p LIRPF de mantener el trabajador expatriado la residencia en España, se plantean una serie de posibilidades en relación al concepto de residencia fiscal en el LIRPF.

En relación al tiempo en que el trabajador se va desplazar al extranjero para prestar los servicios laborales, éstos tendrán que ser inferior a 183 días al año no computándose las ausencias. En tal caso, el trabajador sería considerado residente en territorio nacional cumpliéndose el requisito de ser residente en España para acogerse al régimen especial de trabajadores expatriados²³.

Otra posibilidad, es que el trabajador desplazado al extranjero permanezca durante más de 183 días prestando servicios laborales en territorio extranjero. En este supuesto, el trabajador no sería residente en territorio nacional y no podrá aplicar el régimen especial de trabajadores expatriados a menos que el núcleo principal de intereses lo tenga localizado en España en cuyo caso, a tenor de la LIRPF sí sería residente en España y podría optar al régimen especial de los trabajadores expatriados. No obstante, lo normal es que el trabajador adquiera también la residencia en el Estado en que preste el servicio laboral por lo que habría que ver si hay un convenio bilateral entre ambos países para decidir en qué Estado es residente desde un punto de vista fiscal.

La tercera posibilidad es que el cónyuge e hijos menores residan en España. Este tercer supuesto despliega como se ha visto *supra*, una presunción de residencia del trabajador desplazado, lo que en mi opinión el trabajador expatriado podría acogerse a la presunción de residencia en España para aplicar el régimen especial del trabajador expatriado regulado en la LIRPF. En este caso, los órganos de inspección podrían exigir al expatriado que presentase el correspondiente certificado fiscal expedido por la Administración fiscal del país donde está prestado los servicios laborales para verificar que realmente reside en el extranjero, planteándose igualmente la utilización del convenio de doble imposición, si éste existe, para dilucidar sobre la residencia fiscal.

3. EMPRESA BENEFICIARIA DEL SERVICIO LABORAL

Como recoge el precepto, la prestación de servicios laborales debe hacerse de forma efectiva en una empresa domiciliada en el extranjero y que

²³ Al ser éste un régimen de exención corresponderá al contribuyente probar que cumple con los requisitos para aplicar el régimen de exención del artículo 7.p LIRPF.

su sede física esté en territorio extranjero con lo cual el trabajador debe desplazarse físicamente a la empresa beneficiaria.

La empresa extranjera puede no tener vinculación jurídica con la empresa residente o bien, lo que es más normal, puede ser que tenga una vinculación jurídica como por ejemplo, ser una filial de la entidad residente en España o incluso por un traslado de la entidad matriz a otro Estado que conlleve el desplazamiento de toda la plantilla laboral.

El concepto de entidad no residente no tiene por qué quedar circunscrito a las sociedades mercantiles puede ser también una entidad pública, entendiéndose dentro de este concepto al Estado con todas sus divisiones políticas, entes públicos, organismos internacionales y entidades sin ánimo de lucro como ONG, u otras organizaciones religiosas o no sin ánimo de lucro.

Por último, también puede desplazarse el trabajador a un establecimiento permanente de una empresa dirigida por una persona física o bien, lo que es más habitual, que sea una sociedad mercantil la que tenga un establecimiento permanente en el extranjero.

El concepto de establecimiento permanente será en primer lugar el que esté determinado, en su caso, en el convenio de doble imposición suscrito por ambos países. En defecto de CDI hay que acudir a Ley del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes en cuyo artículo 13 dispone que: " Se entenderá que una persona física o entidad opera mediante establecimiento permanente en territorio español cuando por cualquier título disponga en éste, de forma continua o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole, en los que se realice toda o parte de su actividad o actúe en el por medio de un agente autorizado para contratar en nombre y por cuenta del contribuyente que ejerza con habitualidad dichos poderes.

En particular, se entenderá que constituyen establecimiento permanente las sedes de dirección, las sucursales, las oficinas, las fábricas, los talleres, los almacenes, tiendas y otros establecimientos, las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras, las explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias o cualquier otro lugar de explotación o de extracción de recursos naturales, y las obras de construcción, instalación o montaje cuya duración exceda de seis meses".

De la definición de establecimiento permanente se infiere que es posible que una persona física que este ejerciendo una actividad económica cree un establecimiento permanente en el extranjero. Si este empresario traslada trabajadores a ese establecimiento permanente a prestar servicios

laborales en régimen de dependencia, podría el trabajador aplicar el sistema de exención del artículo 7.p LIRPF. En este supuesto, es difícil que se reconozca por la Administración tributaria el derecho a la exención del artículo 7.p, pues el establecimiento permanente es una prolongación de la empresa sin diferenciación en la personalidad jurídica.

No obstante, también cabría la posibilidad de que el trabajador expatriado preste los servicios laborales a un establecimiento permanente que pertenezca a una empresa extranjera. En este sentido, lo importante, como se ha expuesto, no es el pagador de los rendimientos al trabajador expatriado sino que éste, preste servicios laborales en el extranjero y mantenga la residencia fiscal en España.

4. ASPECTO TEMPORAL EN LA EXPATRIACIÓN DEL TRABAJADOR

Aunque se podría inferir que el trabajador expatriado estará menos de 183 días al año, por el simple hecho de cumplir con el requisito de ser residente fiscal en España, a no ser, que se cumpla como se ha estudiado supra, las otras dos condiciones para que la persona física sea residente en España.

De la lectura de los preceptos que regulan el régimen fiscal especial de los trabajadores expatriados no se fija un plazo o tiempo mínimo en el cual, de forma continua o discontinua el trabajador expatriado deba permanecer trabajando de forma efectiva en una empresa no residente. Tampoco fija un período máximo durante el cual se pueda aplicar este régimen fiscal especial.

Ambas consideraciones nos llevan a la conclusión de que bastaría que el trabajador fuese algunos días a trabajar al extranjero para aplicar el régimen especial del trabajador expatriado en ese ejercicio fiscal.

No obstante, el límite máximo de imposición anual es de 60.000 euros anuales por lo que sí la prestación de servicios laborales es inferior al año habrá que determinar el número de días en el trabajador presta el servicio para determinar la proporción de la renta exenta.

En este sentido, se plantea si el período de tiempo a computar es el hábil o de forma extensa hay que computar los días naturales comprendido en el período laboral.

La DGT V2357-14 establece que "Para determinar la parte de las retribuciones no específicas obtenidas por el trabajador en el año de desplazamiento que gozan de exención se tomará el número de días naturales que efectivamente el trabajador haya estado desplazado en el

extranjero para realizar la prestación de servicios transnacional incluyendo los días no laborables.

Por el contrario no se computarán los días no laborales como festivos, fines de semana o períodos vacacionales que el trabajador permanezca en el extranjero por motivos particulares antes del inicio de los trabajos o una vez finalizados los mismos, ni tampoco los períodos vacacionales que el trabajador hubiera disfrutado en el extranjero”.

A título ilustrativo, la DGT V 2090-14 trata el caso de un geógrafo marino que como se detalla en relación al desplazamiento la duración de los períodos en que se produce su desplazamiento al extranjero y embarque suele ser de un mes por proyecto, seguido de otro mes de descanso en España, sin realizar ningún tipo de prestación de trabajo en territorio español.

En centro directivo responde que:” Ahora bien si la totalidad de los rendimientos del trabajo se han devengado durante los días que efectivamente el trabajador ha estado desplazado al extranjero, lo cual en el supuesto planteado, estarán exentos siempre que cumplan los requisitos para aplicar la exención”.

En cuanto a las remuneraciones están incluidos las remuneraciones habituales y las específicas para el desplazamiento del trabajador siempre que no superen el límite máximo de 60.000 euros.

5. IMPUESTO ANÁLOGO O IDÉNTICO

El hecho de estar sometido a un impuesto análogo crea una cierta inseguridad jurídica porque estamos ante un concepto jurídico indeterminado al no estar definido de forma precisa el significado jurídico de análogo.

Lo que está meridianamente claro, es que no es análogo, un gravamen sobre la riqueza patrimonial como puede ser un Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas.

De la lectura del artículo 7.p LIRPF no tiene por qué estar gravado el trabajador por un impuesto exactamente igual al IRPF español, bastaría que el hecho imponible de esa figura impositiva recoja como hecho imponible la renta obtenida por el trabajador aunque el resto de rentas estén sometidas a otro tipo de estructura impositiva.

En el aspecto cuantitativo no es necesario que el trabajador desplazado tenga soportar una imposición efectiva, es decir, la LIRPF sólo exige que exista un impuesto análogo o idéntico pero no que el trabajador expatriado tenga que soportar un determinado nivel de imposición.

A efectos de probar la existencia de un impuesto análogo al IRPF en el país en el que el trabajador esté prestando el servicio, la LIRPF establece una presunción legal absoluta de que en el caso de que exista un Convenio para evitar la doble imposición con el país en el que se encuentra el trabajador expatriado se presume la existencia de un impuesto análogo al IRPF allí donde preste servicios laborales el trabajador. Además, se rechaza la consideración de que ese Estado sea considerado como un paraíso fiscal²⁴.

Sin embargo, a tenor del artículo 96 del IRPF donde se establece que los contribuyentes tienen que presentar la declaración del IRPF si los rendimientos del trabajo personal no superen los 22.000 euros anuales nos encontramos con que el importe que no estaría sometido a imposición sería más elevado.

La DGT en la resolución de 12 de febrero de 2013 sostiene la no obligación de declarar por el IRPF a los sujetos pasivos que tengan un salario de 70.000 euros.²⁵

A tenor de lo expuesto supra, aquellos contribuyentes cuyos salarios estén entre 60.100 y 82.100 euros no tendrán que tributar en el IRPF por la combinación de la exención tributaria y el no gravamen de los primeros 22.000 euros de rendimiento de trabajo personal.

En el supuesto de que el trabajador esté cobrando una indemnización por incapacidad laboral transitoria no podría aplicar el régimen de exención por la sencilla razón de que está prestando un servicio laboral²⁶.

En el supuesto de que el trabajador esté gravado efectivamente por un impuesto análogo o idéntico en el otro Estado, podrá aplicar en la declaración del IRPF el sistema de imputación ordinaria que regula la LIRPF para corregir la doble imposición.

6. PRESTACIÓN DEL SERVICIO LABORAL: ESPECIAL REFERENCIA A LAS ENTIDADES VINCULADAS

Es habitual que los trabajadores de empresas que formen un grupo mercantil se desplacen a prestar servicios laborales a diferentes sociedades o

²⁴ No obstante, aunque no exista firmado un Convenio de doble imposición podría aplicarse el régimen de exención del artículo 7.p LIRPF si se demuestra que el país en cuestión no está incluido en la lista de paraísos fiscales y existe un impuesto análogo o idéntico al IRPF.

²⁵ En este ejemplo, aunque el contribuyente obtiene más de 60.100 euros no estará sometido a gravamen porque hay que tener en cuenta los 22.000 euros adicionales que no están gravados como rendimientos del trabajo personal.

²⁶ DGT V0471-09, de 8 de febrero.

filiales que estarán vinculadas acorde al artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

El precepto reseñado califica a las entidades vinculadas en los siguientes casos:

- a) Una entidad y sus socios o partícipes
- b) Una entidad y sus consejeros o administradores salvo en lo correspondiente a la retribución para el ejercicio de sus funciones
- c) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relación de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad.
- d) Dos entidades que pertenezcan a un grupo
- e) Una entidad y los consejeros o administradores de otra entidad, cuando ambas pertenezcan a un grupo
- f) Una entidad y otra participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o los fondos propios.
- g) Dos entidades en las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta tercer grado, participen en, al menos, el 25 por ciento del capital social o los fondos propios.
- h) Una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.

Cuando algunas de las empresas del grupo están domiciliadas en el extranjero y algún trabajador residente en España pasa a prestar servicios laborales en la empresa grupo domiciliada en el extranjero, nos encontramos con la problemática de los trabajadores expatriados entre empresas vinculadas.

En este sentido, como dispone el artículo 6.1 RIRPF para que sea aplicable el régimen de exención la entidad beneficiaria debe haber obtenido una ventaja o utilidad a la entidad destinataria²⁷.

²⁷ La normativa del Impuesto sobre Sociedades considera como gastos deducibles entre empresas vinculadas los sueldos siempre que los servicios prestados produzcan o puedan producir una ventaja o utilidad a su destinatario.

En el caso de prestar servicios conjuntamente en favor de varias personas o entidades vinculadas, y siempre que no fuese posible la individualización del servicio laboral recibido o la cuantificación de los elementos determinantes de su remuneración, será posible distribuir la contraprestación total entre las personas o entidades beneficiarias de acuerdo con unas reglas de reparto que atiendan a criterios de racionalidad. Se entenderá cumplido este criterio cuando el método aplicado tenga en cuenta, además de la naturaleza del servicio y las circunstancias en que éste se preste, los beneficios obtenidos o susceptibles de ser obtenidos por las personas o entidades destinatarias.

Con carácter general, para responder a la cuestión de si un miembro del grupo ha prestado o no un determinado servicio, ejerciendo la actividad en beneficio de una empresa miembro del grupo o a favor de varios miembros del grupo, habría que determinar si la actividad supone un interés económico o comercial para un miembro del grupo que refuerce su posición comercial. Es decir, si, en circunstancias comparables, una empresa independiente hubiera estado dispuesta a pagar a otra empresa con la que no exista vinculación la ejecución de esta actividad o si la hubiera ejecutado ella de forma independiente. Si la actividad no es de las que una empresa independiente hubiera estado dispuesta a pagar por ella, o simplemente la hubiese realizado ella misma, no debería considerarse que el servicio se ha prestado.

No obstante, el análisis habrá que hacerlo de forma individualizada, siendo éste más complejo cuando el servicio afecte a varias empresas del grupo²⁸.

En algunos casos puede desarrollarse la actividad intragrupo asociada a varios miembros del grupo aunque a algunas empresas del grupo no les haga falta realmente recibir el servicio laboral y, por lo tanto, no tuvieran necesidad de pagar por esos costes laborales.

Esta clase de servicios laborales no justifica su necesidad ni va a aportar ningún beneficio a la entidad receptora por lo que no debe considerarse que se ha prestado un servicio.

No obstante, pueden darse actividades que afecten al grupo en su conjunto, y que, en ocasiones están centralizados en la entidad matriz o en un centro de servicio de grupo y puestas a disposición del grupo o de varios

²⁸ En mi opinión el legislador trata de asimilar la posibilidad de deducir determinados gastos generados entre empresas de un grupo con la utilidad incorporada por el trabajador a una empresa del grupo.

miembros. Las actividades que se centralizan dependen del tipo de negocio y de la estructura organizativa del grupo pero en general incluyen servicios administrativos tales como la planificación, coordinación, control presupuestario, contabilidad, servicios jurídicos y servicios de gestión de personal. En general, las actividades de este tipo se considerarán como servicios intragrupo dado que son el tipo de actividades que una empresa independiente estaría dispuesta a pagar o a ejecutar por sí misma.

No obstante, hay que matizar que si los servicios intragrupo realizados en el extranjero se corresponde con servicios prestados a la entidad española no tendrán la consideración de trabajos realizados para una empresa o entidad que no resida en España por lo que no le sería de aplicación la exención.

V. RÉGIMEN DE EXCESOS

La otra opción que tienen los trabajadores expatriados es acogerse al sistema de excesos de remuneración regulador en el artículo 9.A.3. b del Reglamento del IRPF en el cual se dispone que “ El exceso que perciban los empleados de empresas, con destino en el extranjero, sobre las retribuciones totales que obtendrían por sueldos, jornales, antigüedad, pagas extraordinarias, incluso la de beneficios, ayuda familiar o cualquier otro concepto, por razón de cargo, empleo, categoría o profesión en el supuesto de hallarse destinados en España”.

Del precepto descrito se infiere que el desplazamiento del trabajador a una empresa no residente debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) El trabajador debe mantener la residencia en España
- b) El trabajo debe ser permanente y estable
- c) El destino debe ser en el extranjero
- d) Las cantidades exentas deben aplicarse sobre las cantidades que constituyan un exceso sobre las retribuciones que percibiría el trabajador en España.

Como apunta ORÓN MORATAL, “La razón de dichos excesos se encuentran en la compensación de nuevos inconvenientes para el contribuyente en el nuevo destino, con mayores gastos por los efectos derivados en su caso de los tipos de cambio, variaciones de los precios entre el país de destino y España, incluso gastos de educación de los hijos”²⁹.

²⁹ ORÓN MORATAL, G. “Régimen fiscal de los trabajadores expatriados” C.E.F (RTSS), nº 416, 2017, p.100.

Respecto a mantener la residencia en territorio español es complicado de conseguir si como apunta la remisión de la normativa del IRPF al Estatuto de los Trabajadores en su artículo 40 exige un desplazamiento de 9 meses.

En este sentido la DGT 28/1/2005 apunta que: " Para que a efectos fiscales se considere que es aplicable el régimen de trabajadores destinados en el extranjero, es preciso que exista a efectos laborales un cambio de centro de trabajo, un traslado en el sentido apuntado por el Estatuto de Trabajadores en su artículo 40 que conlleve que el trabajador va a residir más de 9 meses en el mismo municipio, ya que en otro caso, no tendría sentido la excepción que contempla el propio artículo 9.A.3".

Este régimen de exención es difícil de mantener porque la estancia por más de 9 meses en otro país seguramente implicará la residencia fiscal en otro Estado. Si se produce esta circunstancia ambas partes tendrán que recurrir al Convenio de la OCDE, en cuyo artículo 4.2 se aplicaría la residencia española si el trabajador tuviese su centro de intereses vitales en España. De esta forma no sería aplicable este régimen de exención a los trabajadores que se desplacen con su familia.

No obstante, en la práctica, como sostiene la DGT CV 2593-15; CV 3587-15 y CV 3690-15 se permite la aplicación del régimen de excesos al trabajador expatriado como residente salvo que éste, presente el certificado fiscal de la Administración tributaria del país donde el trabajador preste el servicio laboral.

El régimen de exceso sólo se aplica sobre las rentas del trabajo, el exceso obedece a cantidades que se han percibido y que nunca se hubieran obtenido de no haberse producido la expatriación.

La aplicación de esta opción del régimen especial para los trabajadores expatriados excluye la aplicación de las dietas por locomoción, manutención y estancia, por lo que a veces los contribuyentes que se desplacen al extranjero a prestar servicios laborales deben sopesar los beneficios fiscales de ambas opciones que regula la LIRPF, para decidir, cumpliendo los requisitos legales, cuál de ellos, tiene un menor coste fiscal.

Este hecho va excluir la aplicación de este régimen a muchos trabajadores que van a hacer un trabajo puntual y después retornan a España a seguir con su actividad laboral.

Por último, el régimen de excesos por trabajos realizados en el extranjero es aplicable a funcionarios o trabajadores al servicio de las administraciones públicas.

En este sentido, se aplicaría este régimen en los siguientes casos:

- a) El exceso que perciban los funcionarios públicos españoles con destino en el extranjero sobre las retribuciones totales que obtendrían en el supuesto de hallarse destinados en España.
- b) Que el exceso que perciba el personal al servicio de la Administración del Estado con destino en el extranjero sobre las retribuciones totales que obtendrían por sueldos, trienios, complementos o incentivos, en el supuestos de hallarse destinado en España.
- c) El exceso percibido por los funcionarios y el personal al servicio de otras Administraciones públicas, en la medida que tengan la misma finalidad que los contemplados en los artículos 4,5 y 6 del Real Decreto 6/1995, de 13 de enero, por el que se regula el régimen de retribuciones de los funcionarios destinados en el extranjero o no exceda de las equiparaciones retributivas, respectivamente.

En los tres casos expuestos se necesita un cambio territorial a otro centro de trabajo sito en el extranjero durante un período superior a 9 meses con la particularidad de que la entidad beneficiaria será una Administración pública.

VI. CONCLUSIONES

El concepto de residencia fiscal está relacionado con el concepto de soberanía fiscal de los Estados. En España, los criterios para la fijar la residencia fiscal de las personas físicas son muy rígidas; no obstante, el legislador fiscal español bonifica la expatriación de trabajadores siempre que estos tributen como residentes en el IRPF. En mi opinión debería regularse sólo el sistema de exención de las rentas del trabajo hasta los primeros 60.000 euros pero no el régimen de excesos para trabajadores que se desplacen porque dependen de una remisión al ET para fijar el plazo de permanencia y porque está diseñado para no aplicarse, no así, para los funcionarios que se desplacen al extranjero para desarrollar la actividad laboral. En relación al servicio laboral mediante el teletrabajo sólo se puede aplicar el derecho a la exención o al régimen de exceso sí, manteniendo el trabajador la residencia en España presta el servicio en un lugar asignado por el empleador pero siempre en el extranjero.

De *Lege Ferenda* la LIRPF debería dar la opción al trabajador expatriado a tributar como residente o como no residente manteniendo los

beneficios fiscales para el caso de ser residente similar al caso de los trabajadores impatriados.

El régimen fiscal de los trabajadores impatriados se establece bajo una ficción tributaria de que la persona física aunque sea considerada residente fiscal en España puede optar a tributar como un no residente y, por lo tanto, aplicará la normativa tributaria de los no residentes.

LOS PLANES DE PENSIONES: IMPLICACIONES FISCALES TRAS LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y REGLAMENTARIAS

MIGUEL GUTIÉRREZ BENGOCHEA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

SUMARIO

I. LOS PLANES DE PENSIONES: SUBJETIVIDAD TRIBUTARIA Y SUS PRINCIPIOS RECTORES.....	246
1. Principio de no discriminación.....	250
2. Principio de capitalización	251
3. Principio de irrevocabilidad.....	252
4. Principio de atribución de derechos	252
5. Principio de integración obligatoria.....	253
6. Principio de inembargabilidad	253
7. Clase y sujetos de los Planes de Pensiones	255
II. FISCALIDAD DE LAS APORTACIONES A LOS PLANES DE PENSIONES: ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA DE EMPLEO.....	258
1. La finalidad de las aportaciones a planes de pensiones bajo el sistema de empleo	260
2. Integración por el partícipe de las cantidades aportadas por el promotor.....	261
3. Justificación de la integración de las aportaciones en la declaración del partícipe.....	264
III. MODIFICACIÓN DE LAS APORTACIONES DEDUCIBLES EN LAS APORTACIONES A LOS PLANES DE PENSIONES CON LA LEY 26/2014, DE 27 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 35/2006, DE 28 DE NOVIEMBRE, DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS, EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LOS NO RESIDENTES, Y OTRAS NORMAS TRIBUTARIAS	265
1. Beneficios fiscales en las aportaciones a Planes de Pensiones entre cónyuges	269
2. Beneficios fiscales en las aportaciones a los planes de pensiones de personas con discapacidad.....	271
IV. MODIFICACIONES DE LOS PLANES DE PENSIONES CON EL REAL DECRETO 62/2018, DE 9 DE FEBRERO POR EL QUE SE	

MODIFICA EL REGLAMENTO SOBRE LA INSTRUMENTACIÓN DE LOS COMPROMISOS POR PENSIONES DE LAS EMPRESAS CON LOS TRABAJADORES Y BENEFICIARIOS	274
V. CONCLUSIÓN	279

I. LOS PLANES DE PENSIONES: SUBJETIVIDAD TRIBUTARIA Y SUS PRINCIPIOS RECTORES

El Derecho a una seguridad social digna está recogido en la Constitución Española, en cuyo artículo 41 dispone que “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad...”¹.

Del precepto se infiere que todos los ciudadanos que hayan contribuido durante su vida laboral activa a la seguridad social o a las mutualidades públicas tienen garantizados unos Derechos económicos que les permitirán disfrutar durante su inactividad laboral de recursos financieros para afrontar sus necesidades².

Esta situación no impide que los ciudadanos complementen las contribuciones a los sistemas públicos de previsión social con otras aportaciones a sistemas privados de previsión social tendentes a percibir unas pensiones complementarias que en conjunto permitan a los perceptores de las mismas disfrutar del mismo bienestar del que disponían antes de llegar a su inactividad laboral³.

La necesidad de complementar las percepciones públicas para la jubilación se basa en la crisis que está sufriendo el sistema de reparto de la seguridad social, que responde esencialmente a un pacto intergeneracional

¹ La ventaja de un sistema público obligatorio de previsión social es que proporciona solidaridad intergeneracional, mitiga la pobreza en la tercera edad, no resulta discriminatorio para la movilidad laboral y favorece el bienestar social. Cfr *Fiscalidad de las operaciones financieras*, Edit CISS, 2008, pág 412.

² Hay que decir que el sistema de seguridad social cubre otras contingencias (aparte de la jubilación), y así, lo expresa la Constitución Española al recoger en el artículo 41, que la seguridad social también tiene como finalidad el cubrir contingencias como el desempleo, asistencia socio sanitaria que constituyen una pieza esencial en el estado de bienestar.

³ En la Exposición de Motivos de la Ley 35/2006 (IRPF), en el quinto objetivo, alude a que los individuos puedan obtener a través del sistema público de pensiones y de su plan de pensiones privados, una prestación que permita la aproximación de sus rentas al último salario percibido.

de modo que los pagos de la población activa del sistema sirven para financiar en cada período las pensiones de la población jubilada; a su vez, las pensiones que recibirán los trabajadores que están en activo, cuando se jubilen, procederán de los pagos que para entonces realice la población activa⁴.

Ante esta realidad socio-económica toman auge los sistemas privados de previsión social que, basados en el sistema de capitalización, complementan al sistema público de pensiones de la seguridad social⁵.

Sin embargo, el sistema público de la seguridad social no debe relajarse en favor de los sistemas complementarios porque hay muchas personas que no tienen ingresos suficientes como para contratar planes de pensiones complementarios al de la seguridad social. Los ciudadanos pretenden completar con sus esfuerzos aquello que no satisface el sector público. Ya Beveridge preconizaba que no esperásemos todo del Estado, que cada cual en la medida de sus posibilidades debe colaborar en salir de la situación de necesidad en que las circunstancias le pudieran haber situado en un momento dado, por lo que cada persona debe adoptar una actitud positiva frente a la adversidad.

Dentro de los sistemas de previsión social destacan a los Planes y Fondos de pensiones, por su permanencia en nuestro Ordenamiento jurídico y por su aceptación social como instrumento de ahorro privado a largo plazo. Además, y no menos importante, las aportaciones a los planes de

⁴ El motivo por el que este sistema no es muy viable viene condicionado principalmente por variables demográficas y dado que la natalidad ha experimentado un proceso de reducción muy notable a la vez que la esperanza de vida se ha alargado, las fuentes de financiación en que se asienta el sistema estén experimentando una reducción progresiva.

⁵ En este sentido, el Pacto de Toledo, que es una Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la seguridad social y de las principales reformas que deberán acometerse, señala la necesidad de complementar el modelo de previsión con las prestaciones complementarias de naturaleza libre y gestión privada a las que pueden acceder quienes voluntariamente deseen complementar sus prestaciones públicas. El motivo por el que el Pacto de Toledo apuesta por los sistemas privados de pensiones se debe a que hoy en día es imposible el establecimiento de un sistema de capitalización público por los enormes costes financieros que conllevaría el tránsito desde el sistema de reparto al de capitalización pública. Sin embargo, estos instrumentos privados de previsión social pueden tener alguna desventaja como que están desprotegidos frente a la inflación, su rentabilidad es variable e incluso podría ser negativa y, por supuesto, no existe solidaridad intergeneracional.

pensiones dan derecho a importantes beneficios fiscales tanto a las personas físicas que los contraten como a las personas jurídicas que los promuevan⁶.

Actualmente los planes de pensiones están regulados por el RDL 1/2002, de 29 de noviembre (texto refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones) y el reglamento que lo desarrolla viene dado por el RD 304/2004, de 20 de febrero, ambos modificados parcialmente por la Ley 35/2006 reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por el RD 439/2007, de 30 de marzo: Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas⁷.

La protección de los sistemas de previsión social, en general, constituye para casi todos los Estados un objetivo prioritario que, como tal, aparece regulado como un derecho fundamental en sus cartas magnas.

Así cuando un Estado sospeche que los derechos consolidados por las personas a través de estos instrumentos de previsión pueden peligrar económicamente, asumen la gestión de los mismos, como ha ocurrido recientemente en Argentina⁸.

Para que los planes de pensiones puedan acceder a un determinado régimen fiscal y financiero ventajoso deben cumplir con unos principios regulados en el artículo 5 TRPFPP que, además, se muestran como garantes de los derechos consolidados de los partícipes y son fundamentales para su integración como intermediarios financiero.

Los planes de pensiones no son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades al tener una naturaleza contractual y de carácter asociativo. En este sentido los planes de pensiones no tienen un patrimonio independiente que les permita obtener rentas de forma autónoma y así, otorgarle subjetividad tributaria.

El artículo 29 del TRPFPP no aclara en mi opinión la cuestión pues solamente dispone que: " Las rentas correspondientes a los planes de

⁶ En relación a los planes de pensiones se aprecia por parte del legislador un uso extrafiscal del mismo, al someter el interés jurídico tributario a un interés distinto generalmente identificado con objetivos de política económica o social. Cfr SOLER ROCH, M.T. *Incentivos a la inversión y justicia tributaria*; Cívitas, Madrid, 1983, pág 105.

⁷ Vid Disposición Adicional décima y Final quinta de la Ley 35/2006 y Disposición Final primera del RD 439/2007, de 30 de marzo.

⁸ La crisis financiera que están padeciendo todas las economías motivado por una desregulación del sistema financiero con la actual globalización económica ha instado a las autoridades públicas de muchos estados han intervenir y asumir la gestión o participación activa en las entidades financieras ubicadas en dichos estados.

pensiones no serán atribuibles a los partícipes, quedando, en consecuencia sin tributación en el régimen de atribución de rendimientos”.

El precepto citado da a entender que el plan de pensiones puede constituir una unidad económica susceptible de imputar rendimientos, pero esta consideración no es cierta porque existe una separación entre el aspecto contractual representado por el plan de pensiones y el fondo de pensiones en cual sí está integrado por el patrimonio de todos los partícipes y que al final tendrá que realizar las prestaciones⁹.

A diferencia de los planes de pensiones, los fondos de pensiones si tienen una autonomía patrimonial con lo que perfectamente podrían quedar sujetos a la atribución de rendimientos porque carecen de personalidad jurídica.

Sin embargo, el artículo 30.1 TRPF dispone que: “los fondos de pensiones constituidos e inscritos según lo requerido en esta Ley, estarán sujetos al Impuesto sobre Sociedades a un tipo de gravamen cero teniendo en consecuencia, derecho a la devolución de las retenciones que se practiquen sobre los rendimientos del capital mobiliario”.

Es precisamente este precepto el que otorga la subjetividad tributaria considerando a los fondos de pensiones como sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, evitando el sistema de atribución de rendimientos.

El aplicar un tipo impositivo del 0% garantiza que los fondos de pensiones no van a soportar presión fiscal, a diferencia de otras de otras entidades exentas que, antes de 1996 quedaban sujetas a una tributación mínima por el importe de las retenciones. Además, la tributación a un tipo impositivo de cero posibilita el derecho a la devolución de las retenciones que se practiquen a los rendimientos de capital mobiliario. Tan sólo estarían estas entidades a las obligaciones formales que están reguladas en el

⁹ Como manifiestan MORENO ROYES, F., SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A. *Los planes y fondos de pensiones. Comentarios al Reglamento*, CDN, Ciencias de la Dirección, Madrid, 1988, pág. 171. El plan de pensiones cualquiera que sea su modalidad podría defenderse la existencia de un patrimonio separado compuesto por las aportaciones realizadas por los promotores y partícipes, en la medida en que tales contribuciones recibidas por el plan resulten integradas en el correspondiente fondo de pensiones a través de la cuenta de posición del plan, que habría de reflejar los rendimientos netos asignados al mismo. Sin embargo, se produce una ausencia de tributación de los planes, tanto directamente como por la atribución de rentas sobre los partícipes y beneficiarios.

Impuesto sobre Sociedades con carácter general¹⁰. Sin embargo, actualmente, no resulta preciso el tipo cero, puesto que las entidades exentas no están sometidas a retención, de manera que se obtendría el mismo resultado declarando exentos los fondos de pensiones.

1. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

El primer principio que recoge el TRPPF en su artículo 5.1.a es el de no discriminación. Este principio básico en los planes de pensiones garantiza el acceso como partícipe de un plan de pensiones a cualquier persona física que reúna las condiciones de vinculación o de capacidad de contratación con el promotor que caracterizan cada tipo de contrato¹¹.

Como señala MALVÁREZ PASCUAL, en relación con un plan de sistema de empleo, se entiende que no es discriminatorio cuando la totalidad del personal empleado por el promotor con, por lo menos dos años de antigüedad, esté acogido o en condiciones de acogerse al citado plan, aunque se permita la existencia de varios subplanes, siendo admisibles también distintas aportaciones y prestaciones en cada subplan¹².

Sin embargo, el principio de no discriminación presenta algunas vicisitudes que flexibilizan su contenido; así, aunque hemos expuesto que el principio de no discriminación no resulta vulnerado cuando cualquier trabajador tiene acceso al plan de pensiones, siempre que tenga una antigüedad de dos años en la empresa, esto no es óbice para que no puedan integrarse en el plan de pensiones trabajadores con una antigüedad laboral inferior a dicho periodo, siempre a discreción de la empresa. Por otra parte, en estos planes, cuando sean de las modalidades de prestación definida o mixto, el empleado en condiciones de acogerse podrá ejercitar su derecho de adhesión dentro del año natural en que alcance aquellas condiciones.

¹⁰ Cfr MANRIQUE LÓPEZ, F., ARRIETA IDIAKEX, F., ATXABAL RADA, A. *Las Entidades de Previsión Social Voluntarias*. Ed Aranzadi;2014, págs. 212-213

¹¹ Con la antigua Ley de Planes y Fondos de Pensiones se produjo cierta discriminación hacia aquellos colectivos de trabajadores-funcionarios que cotizaban a mutualidades obligatorias respecto a los que lo hacían a la Seguridad Social, pues para aquellos, el límite de reducción en la base imponible del IRPF de 3.000 euros como consecuencia de la aportación a los planes de pensiones actuaba de forma conjunta junto a las deducciones de derechos pasivos y a las cotizaciones a los Colegios de Huérfanos. Así lo expresó el profesor HINOJOSA TORRALVO J.J. "Artículos 28 y 29. Gastos deducibles y rendimiento neto del trabajo", en *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 424.

¹² Cfr MÁLVAREZ PASCUAL, L. "El régimen jurídico tributario de los sistemas de previsión social." *QF*, 1998, pág. 12.

Por otra parte, el principio de no discriminación se flexibiliza en relación con el *quantum* de las aportaciones que la empresa realice a cada uno de los trabajadores, es decir, pueden existir diferencias en las imputaciones que las empresa realice a sus trabajadores conforme a criterios derivados de un acuerdo colectivo o disposición equivalente o bien, establecidos en las propias especificaciones del plan de pensiones.

Por último, hay que destacar la posibilidad de que la empresa promotora decida crear distintos subplanes dentro de un mismo plan de pensiones, adhiriéndose distintos colectivos (trabajadores, directivos, etc..) de la empresa. Estos subplanes tendrán sus propias especificidades, siempre bajo negociación colectiva, atendiendo a las prestaciones que garantizarán o a las aportaciones que habrá que materializar¹³.

En los planes de pensiones asociados el principio de no discriminación no se cuestionará cuando todos los asociados de una entidad puedan acceder en régimen de igualdad de condiciones y derechos al plan de pensiones; no obstante, como existe la posibilidad de que los distintos partícipes realicen las aportaciones que deseen, puede haber desigualdad en los derechos consolidados sin que por ello se vea lesionado el principio de no discriminación¹⁴.

Por último, a tenor del artículo 46 del reglamento de los Planes y Fondos de Pensiones (en adelante RPPF), el plan del sistema individual no será discriminatorio cuando cualquier persona con capacidad de obligarse sea admitida en el plan de pensiones que ofrezca la entidad financiera¹⁵.

2. PRINCIPIO DE CAPITALIZACIÓN

Este principio informa sobre el procedimiento que la entidad promotora va a seguir para ir constituyendo el fondo de pensiones y, por tanto, los derechos consolidados de los partícipes.

En este sentido, la entidad promotora según el artículo 8 del TRPPF, debe seguir un sistema actuarial basado en la capitalización de sus

¹³ Tan sólo puntualizar que las empresas sólo pueden constituir un plan de pensiones de forma unitaria o de promoción conjunta con otras empresas pero sí podrá subdividir el plan de pensiones en subplanes como ya se ha especificado.

¹⁴ Vid artículo 52 RD 304/2004.

¹⁵ Con anterioridad el artículo 7.2 RD 1307/1988 (antiguo reglamento de los Fondos y Planes de Pensiones) para que no se produjesen discriminaciones negaba expresamente la posibilidad de que las personas físicas empleadas en la entidad financiera, así como sus unidades familiares y sus parientes hasta el tercer grado inclusive puedan tener la condición de partícipes.

inversiones, que serán en la mayor parte el resultado de las aportaciones de los partícipes. Por otra parte, para mayor garantía de los partícipes, el coste anual de cada una de las contingencias en que está definida la prestación se calculará individualmente para cada partícipe, sin que la cuantía de la aportación imputable a un partícipe por tales conceptos pueda diferir la imputación fiscal soportada por el mismo¹⁶.

3. PRINCIPIO DE IRREVOCABILIDAD

El principio de irrevocabilidad significa que las aportaciones efectivamente realizadas no podrán ser retiradas por el promotor y, además, que el promotor no podrá desvincularse libre y unilateralmente de los compromisos de aportación asumidos previamente¹⁷.

Este compromiso *ex lege* tiene su fundamento, tal como aduce SANZ GADEA, en el derecho de crédito que los partícipes tienen frente al promotor, en virtud del cual éste está obligado a la realización por cuenta de aquellos, de determinadas aportaciones a un plan de pensiones del que son partícipes¹⁸; de otro lado, habría que justificar la irrevocabilidad, entendiendo que las aportaciones que la empresa realiza al trabajador forman parte de sus retribuciones básicas, o sea, del sueldo de éste¹⁹.

Este principio de irrevocabilidad, sin embargo, no se predica para los partícipes, es decir, el partícipe no queda obligado a realizar las aportaciones sino que puede modificarlas o suspenderlas pasando desde ese momento a la condición de partícipe en suspenso, sin que por ello se vean mermados sus derechos consolidados, no obstante, las aportaciones ya realizadas no puede retirarlas pues son indisponibles e innegociables²⁰.

4. PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN DE DERECHOS

Las aportaciones de los partícipes determinan para éstos la consolidación de unos derechos que vendrán dados no sólo por la

¹⁶ Cfr FONT DE MORA SAINZ, P. y OTROS: *Planes de pensiones y exteriorización de los compromisos empresariales*, Op, Cit, pág. 26.

¹⁷ Vid artículo 2.4.c RPPF.

¹⁸ Cfr SANZ GADEA, E: "Fondos de Pensiones" Op, Cit, pág. 7.

¹⁹ Por esta razón cuando un trabajador es despedido de la empresa de forma procedente o improcedente puede movilizar sus derechos consolidados de su plan de pensiones a otro plan de pensiones o rescatarlo si se encuentra jurídicamente en situación de desempleo de larga duración.

²⁰ Según el artículo 9 RPPF establece como supuestos excepcionales de rescate, la enfermedad grave o el paro de larga duración.

aportación realizada sino también por el régimen financiero aplicado a tales fondos constituidos²¹.

5. PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN OBLIGATORIA

Los Planes de Pensiones se integrarán obligatoriamente en un Fondo de Pensiones, que viene así a recoger los aspectos contables de las aportaciones al Plan de Pensiones.

6. PRINCIPIO DE INEMBARGABILIDAD

Como su propio nombre indica, hace referencia a que los derechos que se van consolidando no son embargables ni tampoco pueden ser objeto de traba judicial o administrativa hasta que se produzca la contingencia que dé lugar al rescate de los mismos²².

Es ilustrativa la STC 88/2009, de 20 de abril, la cual aclara que la imposibilidad de embargar los derechos consolidados tiene su fundamento en la propia naturaleza jurídico-económica de los derechos consolidados de estos planes de previsión social.

Por su propia regulación jurídica los derechos económicos que van consolidando los partícipes son indisponibles hasta que no se produzcan las contingencias reguladas en el artículo 8.7 TRPFP.

En este sentido el artículo 8.7 TRPFP dispone que las contingencias que otorgará al partícipe-beneficiario al cobro de la prestación serán las siguientes:” La jubilación: para la determinación de esta contingencia se estará a lo previsto en el régimen de seguridad correspondiente.

Cuando no sea posible el acceso de un partícipe a la jubilación, la contingencia se entenderá producida a partir de que cumpla los 65 años de edad, en el momento en que el partícipe no ejerza o haya cesado en la actividad laboral o profesional, y no se encuentre cotizando para la

²¹ Tal como expone MARCOS CARDONA, M. *Tributación de los Planes y Fondos de Pensiones*. Colección de Estudios de Derecho, Universidad de Murcia, 2003, pág. 42, A diferencia de lo que acontece con las prestaciones procedentes del sistema público de la seguridad social que al utilizar el sistema de reparto como régimen financiero no existe acumulación fondos y por tanto derechos consolidados, en los planes de pensiones las aportaciones, tanto las directamente realizadas como las imputadas por el promotor, determinan unos derechos económicos a favor de los partícipes y, en última instancia, las prestaciones de los beneficiarios.

²² En este sentido la Ley 66/1997 en su modificación del artículo 8.8 de la Ley 8/1987, ponía punto y final a la problemática, al no admitir el embargo de los derechos consolidados en los planes y fondos de pensiones, hasta el momento de causarse el derecho a la prestación.

contingencia de jubilación para ningún Régimen de la Seguridad Social. No obstante, podrá anticiparse la percepción correspondiente a partir de los sesenta años de edad, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Incapacidad laboral total y permanente para la profesión habitual o absoluta y permanente para todo trabajo, y la gran invalidez, determinadas conforme al Régimen correspondiente de la seguridad social.

Muerte del partícipe o beneficiario, que puede generar derecho a prestaciones de viudedad, orfandad o favor de otras personas designadas.

Dependencia severa o gran dependencia del partícipe regulada en la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”.

A estas contingencias habrá que añadir el supuesto de que el partícipe o beneficiario esté en situación de desempleo o esté padeciendo una enfermedad grave tal como dispone el artículo 8.8 TRPFPP.

Además, se establece la posibilidad de rescatarse el plan de pensiones como consecuencia de un procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual. En este caso la Disposición adicional séptima del TRPFPP dispone que:” Durante cuatro años desde la entrada en vigor de la Ley 1/2003, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, excepcionalmente, los partícipes de los planes de pensiones podrán hacer efectivos sus derechos consolidados en el supuesto de procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual del partícipe.

Reglamentariamente podrán regularse las condiciones y términos en que podrán hacerse efectivos los derechos consolidados en dicho supuesto, debiendo concurrir al menos los siguientes requisitos.

- a) Que el partícipe se halle incurso en un procedimiento de ejecución forzosa judicial, administrativa o venta extrajudicial para el cumplimiento de obligaciones, en el que se haya acordado proceder a la enajenación de su vivienda habitual.
- b) Que el partícipe no disponga de otros bienes, derechos o rentas en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda objeto de la ejecución y evitar la enajenación de la vivienda.
- c) Que el importe neto de sus derechos consolidados en el plan o planes de pensiones sea suficiente para evitar la enajenación de la vivienda.

De la redacción de la Disposición adicional séptima (en adelante DA) surgen las siguientes cuestiones: cuando la DA7 que el partícipe podrá recuperar los derechos consolidados cuando no tenga bienes o rentas suficientes para satisfacer la totalidad de la deuda objeto de la ejecución, en principio hay que entender que se refiere a toda la garantía hipotecaria y no solo a la deuda nominal contraída con la entidad financiera.

En segundo lugar, podría ser que no tuviese rentas monetarias para saldar la totalidad de la deuda hipotecaria pendiente pero que el sujeto tuviese, por ejemplo, algún bien mobiliario que cuyo valor de mercado cubra la deuda pendiente; en este caso, el sujeto no podría rescatar los derechos consolidados porque con el valor de sus bienes podría cancelar la deuda que pende sobre la vivienda habitual.

Y la tercera cuestión hace referencia a que el derecho consolidado en el plan de pensiones sea suficiente para evitar la enajenación de la vivienda habitual lo que en mi opinión, no tiene por qué cubrir el derecho consolidado exactamente el importe de la deuda asociada a la vivienda habitual, sino que, basta con que el sujeto acreedor acepte un determinado importe como suficiente para extinguir la deuda o para conseguir un aplazamiento de la misma, para que el sujeto pueda rescatar el plan de pensiones.

Al igual que en otras figuras impositivas como el Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas los derechos consolidados de los Planes de pensiones no tributan pese a realizar el hecho imponible del impuesto. En este caso, sin duda, se generan unos derechos de tipo económico en parecidos términos a los de los seguros de vida.

Quizás el principal motivo en el que se apoya el operador jurídico es la importante función que tienen estos sistemas complementarios de pensiones públicas y de modernización, desarrollo y estabilidad de los mercados financieros²³.

7. CLASE Y SUJETOS DE LOS PLANES DE PENSIONES

Los planes de pensiones se configuran como sistemas de previsión voluntarios complementarios al sistema de prestación de pensiones de la seguridad social pública, cuyo fin es proporcionar a sus partícipes una renta en el caso de jubilación u otras contingencias legalmente admitidas. Sin embargo, el carácter voluntario de las aportaciones a estos sistemas de

²³ En la resolución del Alto tribunal se manifiesta una ponderación en favor del principio de garantizar unas pensiones dignas frente al Derecho de los acreedores del titular del plan de pensiones.

previsión social hace que las prestaciones de los planes de pensiones nunca puedan considerarse como sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente a la seguridad social.

El artículo 3 texto refundido de los Planes y Fondos de Pensiones (en adelante TRPPF) distingue los siguientes elementos personales en los Planes de pensiones

- a) El promotor del plan de pensiones: Puede ser cualquier entidad ya sea pública o privada que inste la creación de un plan de pensiones; lo normal es que sean instituciones financieras y empresas las que promuevan planes de pensiones de tipo individual y de empleo.
- b) Los partícipes: Son las personas a cuyo favor se constituye el plan de pensiones; generalmente son ellos mismos los que realizan las aportaciones al plan de pensiones; no obstante, en algunos sistemas, las aportaciones las realiza el promotor, adquiriendo los partícipes la titularidad de las mismas.
- c) Los beneficiarios: Son las personas con derecho a la percepción de las cantidades cuando se cumpla la contingencia prevista en el plan de pensiones, estas personas no tienen por qué coincidir con el partícipe.

Los planes de pensiones podemos subdividirlos atendiendo a dos criterios fundamentalmente: en primer lugar, atendiendo a quién promueva el plan de pensiones y en segundo, a las obligaciones estipuladas.

Comenzando la clasificación en relación a las personas que promuevan el plan de pensiones y a tenor del artículo 4 TRPPF (texto refundido de planes y fondos de pensiones) debemos distinguir fundamentalmente tres tipos de planes de pensiones. En primer lugar, el sistema de empleo; en este sistema, los sujetos promotores suelen ser las sociedades que, en el deseo de complementar las prestaciones futuras de sus trabajadores, promueven la constitución de estos instrumentos de ahorro privado, quedando la figura del trabajador como partícipe²⁴.

²⁴ No obstante, las personas que ejerzan actividades económicas pueden también constituir planes de pensiones para sus trabajadores. Asimismo, en el caso de entidades de economía social como las sociedades laborales, la condición de partícipe puede también extenderse a los socios trabajadores. Cfr GUTIERREZ BENGOCHEA, M: "Beneficios Fiscales de las Sociedades Laborales" *Nueva Fiscalidad*, nº 2, 2008, pág. 78.

El segundo sistema es el asociado; en este plan de pensiones, el promotor es cualquier asociación, sindicato, gremio o colectivo, siendo los partícipes sus asociados.

Y por último, el tercer sistema es el individual, en los cuales los promotores son las entidades financieras y sus partícipes son las personas físicas²⁵.

En cuanto a las obligaciones estipuladas, a tenor del artículo 4.2 TRFPF, los planes de pensiones se clasifican en las siguientes modalidades:

- Planes de prestación definida: en los que se define como magnitud predeterminada o estimada la cuantía de todas las prestaciones a percibir por los beneficiarios. La determinación de la prestación que recibirán los partícipes estará en función generalmente de parámetros subjetivos, como la antigüedad en la empresa o de los salarios, aunque también son susceptibles de tomarse como referencia otras variables cualitativas de carácter objetivo.
- Planes de aportación definida: en este sistema, pensado fundamentalmente para los sistema de pensiones por el sistema individual, la magnitud objeto de referencia es la cuantía de las contribuciones de los promotores y, en su caso, de los partícipes al plan²⁶.
- Planes mixtos: su objeto es simultáneamente o separadamente la cuantía de la prestación y la cuantía de la contribución²⁷.

Por otra parte, se pueden crear subplanes dentro de un mismo plan de pensiones del sistema de empleo, incluso aunque tengan diferentes

²⁵ Se consideran entidades financieras, los Bancos, Cajas de Ahorro, Entidades oficiales de créditos etcétera.

²⁶ En este tipo de planes de pensiones, las prestaciones se cuantificarán en el momento de producirse la contingencia, como resultado del proceso de capitalización desarrollado por el plan.

²⁷ En esta modalidad se entenderán incluidos aquellos planes que en los que estando definida la cuantía de las aportaciones queda definido el importe de las prestaciones correspondientes a todas o a algunas de las contingencias previstas. Así como, aquellos planes que combinan la aportación definida para alguna contingencia, con la prestación definida para otras u otras de las contingencias cubiertas por tales planes.

modalidades o se articulen en cada subplan diferentes aportaciones y prestaciones²⁸.

Esta posibilidad conlleva a que las empresas puedan ofrecer a los trabajadores integrarse en distintos planes de pensiones que cubran distintas contingencias o bien que estén basados en distintas aportaciones o prestaciones, siendo éstos los que en última instancia decidan sobre su inclusión en alguno de ellos²⁹.

II. FISCALIDAD DE LAS APORTACIONES A LOS PLANES DE PENSIONES: ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA DE EMPLEO

Las aportaciones a los planes de pensiones constituyen el componente principal para que los partícipes o beneficiarios de los fondos de pensiones vayan consolidando unos derechos para una vez llegada la contingencia prevista, que generalmente será la jubilación reciban unas prestaciones económicas que les permita complementar, en su caso, las prestaciones de la seguridad social.

El sistema de aportaciones, como se ha tenido la oportunidad de ver, ha variado bastante desde la promulgación de la Ley 8/1987 (antigua Ley reguladora de los planes de pensiones) no sólo en su aspecto cuantitativo, sino también en el cualitativo; en este sentido, atendiendo a su aspecto cuantitativo, tanto la normativa mercantil propia de los planes de pensiones como la tributaria (hacemos referencia principalmente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), han ido ampliando la posibilidad de que los partícipes incrementen sus aportaciones a los planes de pensiones; en su aspecto cualitativo las aportaciones máximas a realizar han variado en el tiempo en función de variables subjetivas como la edad del partícipe, la situación de invalidez, etc, o del tipo de rentas que perciba el partícipe³⁰.

²⁸ Cfr FONT DE MORA, P. y Otros: *Planes de pensiones y exteriorización de los compromisos empresariales*. Tirant Monografías, Valencia, 2000, pág. 21.

²⁹ La posibilidad de crear subplanes fue vedada inicialmente por el Alto Tribunal que en la sentencia de 3 de marzo de 1999, declaraba la nulidad de determinados preceptos del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, debido a la falta de cobertura legal por la Ley 8/1987. Esta posibilidad fue posteriormente subsanada por la Ley 30/1995 de Ordenación y supervisión del Seguro Privado.

³⁰ No obstante, hay que reseñar que con la última modificación tributaria de los Planes y Fondos de pensiones realizada por la Ley 35/2006 del IRPF, la cuantía de las reducciones se ven minoradas, no así, los supuestos en que los sujetos se pueden acoger a este beneficio fiscal.

Sin embargo, aunque la función principal de las aportaciones a los planes de pensiones sea la de garantizar unos derechos consolidados para una vez alcanzada la edad de jubilación poder disfrutar de una pensión privada complementaria en su caso de la pública, lo que verdaderamente atrae en la constitución de un plan de pensiones son los beneficios fiscales que la normativa tributaria posibilita a aquellos contribuyentes que van realizando aportaciones durante su vida laboral activa.

Este hecho plantea inicialmente la cuestión de si el tratamiento fiscal previsto, que como hemos expuesto es muy ventajoso, podría lesionar algún principio de justicia tributaria.

La respuesta a esta cuestión descansa en la propia naturaleza del régimen tributario, establecido por el Estado para mejorar las prestaciones económicas mediante el complemento a través de los sistemas privados; en este sentido, se pronunciaba el Preámbulo de la Ley 8/1987, en el que se señalaba que: "Sin perjuicio de destacar la finalidad social prioritaria a la que sirven los Fondos de Pensiones, consistentes en facilitar el bienestar futuro de la población retirada, es obligado reconocer la importancia que su implantación puede y debe implicar en el orden financiero. La experiencia internacional en los países donde los fondos están arraigados, pone de manifiesto su efecto estimulante del ahorro a largo plazo. Esta característica es de significativa relevancia en el caso español cuyo mercado de capitales adolece de acusada debilidad. En este sentido, la Ley suscita expectativas muy deseables y entronca con otras iniciativas convergentes en el fortalecimiento del sistema financiero".

De esta parte del Preámbulo de la derogada Ley se infiere que el legislador, con este instrumento de ahorro a largo plazo, pretende captar recursos económicos de los particulares para su canalización a la inversión, lo cual, además, puede ser beneficioso para desalentar algo el consumo de las familias con las implicaciones favorables que puede tener de cara al control de la inflación³¹.

En parecidos términos parece pronunciarse el TEAC, al señalar que: "Estos sistemas privados surgen como consecuencia del progresivo envejecimiento de la población que imposibilitaría al Estado, en el futuro, proporcionar a sus ciudadanos niveles de asistencia y prestaciones sociales por encima de los mínimos exigibles; por otro lado, los sistemas

³¹ En situaciones de crisis económicas lo menos conveniente es que ésta se vea acompañada de altas tasas de inflación, pues podría llevar a una clara desaceleración y posterior recesión de la economía de un país. Por esta razón, estos instrumentos de ahorro pueden incidir positivamente en el control de la inflación.

complementarios, instrumentados en esquemas de capitalización a largo plazo, obligan a un ahorro estable que mejora considerablemente los mercados financieros”³².

No obstante, pueden suscitarse dudas acerca de si estos instrumentos al ahorro pueden ir contra el principio de solidaridad, pues dicho sistema de previsión por ser de carácter contributivo provoca el que sólo puedan acceder a él, las personas que tengan una cierta capacidad de ahorrar, es decir, aquellos que tengan una pensión al ahorro alta³³.

Ante esta idea habría que apuntar el hecho de que los beneficios fiscales de este instrumento de previsión social no son vitalicios, es decir, llegada o acaecida la contingencia cubierta por los planes de pensiones, en primer lugar el beneficio fiscal puede cesar y además, una vez se reciba la contraprestación, se produce el gravamen sobre las cantidades rescatadas con lo que parece existir una neutralidad fiscal en el desarrollo y ejecución de estos sistemas de ahorro³⁴.

Para analizar todo el entramado fiscal asociado a las aportaciones a los planes de pensiones vamos a centrarnos fundamentalmente en el sistema de empleo, pues es el que tiene mayores connotaciones tributarias al incidir la fiscalidad de una forma dual.

1. LA FINALIDAD DE LAS APORTACIONES A PLANES DE PENSIONES BAJO EL SISTEMA DE EMPLEO

Este sistema de pensiones se caracteriza, a diferencia del individual y el asociado, en que debe existir necesariamente una relación laboral de la empresa en sentido amplio y el trabajador³⁵, en el mismo sentido, el artículo 4.1 del TRPFPP dispone en relación al sistema de empleo que “Corresponde a Planes cuyo promotor sea cualquier entidad, corporación, sociedad o

³² Vid Resol 20-11-1996.

³³ Cfr MALVÁREZ PASCUAL, L. “El régimen jurídico-tributario de los sistemas de previsión social”, Op. Cit., pág. 15.

³⁴ Hay que resaltar tal como dispone el artículo 8.6 TRPFPP que a partir de 1 de enero de 2007, una vez acaecida la contingencia de la jubilación se podrá seguir realizando aportaciones al plan de pensiones para dicha contingencia, siempre que no se haya iniciado el cobro de la prestación correspondiente a dicha contingencia. Desde el momento en que se inicie el cobro, las aportaciones únicamente podrán destinarse a las contingencias de fallecimiento y dependencia.

³⁵ Como apunta POVEDA BLANCO, F: *Régimen fiscal de los Planes y Fondos de Pensiones*. Trabajo inédito del segundo ejercicio de cátedra, Alicante, 1990, pág. 177, los promotores en los sistemas individual y asociado no mantienen relación económica alguna con los partícipes que justifique el desembolso de cantidades en beneficios de éstos.

empresa y cuyos partícipes sean los empleados de los mismos. En los planes de este sistema el promotor sólo podrá serlo de uno, al que exclusivamente podrá adherirse como partícipes los empleados de la empresa promotora incluido el personal con relación laboral de carácter especial independientemente del régimen de seguridad social aplicable”.

En relación a lo expuesto, la promoción de un plan de pensiones por una empresa a favor de sus trabajadores, en los que media, por tanto, el oportuno contrato laboral, vincula a ésta no sólo en el cumplimiento del *quantum* de las aportaciones asumidas en la constitución del Plan sino que además, si ambas partes desean beneficiarse de los incentivos fiscales que les permite la norma tributaria, la entidad promotora tendrá que imputar las aportaciones que realice a favor de sus trabajadores con independencia de la que éstos deseen realizar.

No obstante, sí debemos puntualizar que las empresas no se ven constreñidas a no poder realizar aportaciones lucrativas a los planes de pensiones de los trabajadores bajo el sistema individual, pues no se vulneraría el principio de no discriminación al no haber promocionado ésta un plan de pensiones a sus empleados.

2. INTEGRACIÓN POR EL PARTÍCIPE DE LAS CANTIDADES APORTADAS POR EL PROMOTOR

Como se ha expuesto en el epígrafe anterior una de las consecuencias que se derivan de la imputación fiscal de las cantidades aportadas por el empresario de forma lucrativa a sus trabajadores es la obligación que para éstos surge de integrar dichas cantidades como retribuciones dentro de los rendimientos del trabajo personal.

Esta retribución asociada a los planes de pensiones necesita de una mayor especificación porque, *prima facie*, podría pensarse que en el momento de autoliquidación del impuesto habría que integrarla como un mayor valor de la partida fiscal de sueldo y salarios, pues como hemos expuesto tiene dicha configuración jurídica.

Para averiguar la naturaleza de tal remuneración es obligado acudir a lo dispuesto en el artículo 17.1 LIRPF: “Se considerarán rendimientos íntegros del trabajo personal todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie (...)”, del enunciado del precepto no hay lugar a ambages sobre la existencia de dos remuneraciones diferenciadas pertenecientes al mismo rendimiento: las dinerarias y las retribuciones en especie.

En relación al precepto reseñado, no está claro, sin embargo, que las contribuciones de los promotores a los planes de pensiones de los

trabajadores no integran las remuneraciones dinerarias puesto que el artículo 17.1.e) de la LIRPF considera dentro de los rendimientos del trabajo a las contribuciones a los planes de pensiones de los trabajadores junto a otros conceptos como los salarios, prestaciones por desempleo etc.

Ante esta situación el legislador tributario abre la posibilidad de que las contribuciones empresariales a estos sistemas de previsión privado a favor de los trabajadores puedan tener la consideración de retribución dineraria.

Esta cuestión nos obliga a centrarnos en el artículo 42 LIRPF en el que se dispone que “Constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no suponga un gasto real para quien la conceda”.

De la redacción precepto se infiere que las contribuciones gratuitas que realice el promotor a los trabajadores a través de los planes de pensiones de empleo encajan en la naturaleza jurídica de retribución en especie. Por otra parte, es lógico en la medida en que el partícipe, en este caso el trabajador, va a percibir una utilidad que se traduce en la generación de un derecho de crédito gratuito.

Asimismo, el artículo 43 del IRPF donde se detallan las valoraciones que hay que dar a las distintas retribuciones en especie dispone en su apartado primero letra e), que: “Las contribuciones satisfechas por los promotores de planes de pensiones se valorarán por las cantidades satisfechas por empresarios para hacer frente a los compromisos de pensiones e igualmente por su importe, las cantidades satisfechas por empresarios a los seguros de dependencia”³⁶.

Ambos artículos dejan patente, que las contribuciones por el promotor de un sistema de empleo van a ser gravadas en la declaración del IRPF de los partícipes; cuestión, por otra parte bastante lógica en la medida en que el partícipe, en este caso el trabajador, va a recibir una utilidad o un derecho de forma gratuita, sin que la condición de asalariado impida tal catalogación.

La singularización de estas remuneraciones en especie es que fiscalmente la LIRPF no obliga a practicar ingresos a cuenta al trabajador coincidiendo el ingreso íntegro con el neto para estos instrumentos de previsión social. Quizás el hecho de que las retribuciones en especie

³⁶ Hay que destacar, que las contribuciones de los promotores a los planes de pensiones de los trabajadores no están sometidos a ingreso a cuenta tal como establece el artículo 102.2 RIRPF.

asociados a un instrumento de previsión social que se acoge a un sistema fiscal basado en el diferimiento de la tributación es más coherente que no se exija el ingreso a cuenta y sí, después, cuando se recupere los derechos consolidados por el partícipe. Cuando el partícipe reciba la prestación de su plan de pensiones se le detraerá una retención con independencia de la tributación que le corresponda en el IRPF.

Además, el hecho de que el promotor de un plan de pensiones de empleo no tenga que practicar un ingreso a cuenta marca la diferencia con los planes de pensiones de tipo asociado e individual en los cuales, si una empresa transfiere una aportación monetaria a estos planes de pensiones cuyo partícipe sea un trabajador, tendrá que practicar la correspondiente retención.

En colación a lo expuesto en el párrafo anterior, en los casos en que las aportaciones de los promotores a los planes de pensiones de los trabajadores no son consideradas como pertenecientes a un plan de pensiones de empleo sino a un individual en cuyo caso la contribución sí constituye retribución dineraria, y como establece al respecto, la resolución 16-01-2001 de la Dirección General de Tributos las cantidades pagadas por la entidad a planes de pensiones constituidos a favor de determinados trabajadores están sometidas a retención a cuenta.

Como colofón a este apartado hay que añadir la posibilidad de que los empresarios individuales realicen aportaciones al plan de pensiones de empleo como partícipes; así, el artículo 5.1 RTFFFP dispone que: "Asimismo, los empresarios individuales que realicen contribuciones empresariales a favor de sus trabajadores como promotores de un plan de pensiones de empleo, podrán realizar aportaciones propias al citado plan".

A tenor del precepto descrito, el empresario individual que realice aportaciones propias al plan de pensiones de los trabajadores podrá reducir la base imponible del IRPF con sujeción a los límites determinados en la LIRPF pero las aportaciones realizadas no constituirán gasto deducible en la determinación de los rendimientos netos de la actividad económica puesto que no se ha imputado cantidad monetaria a los trabajadores.

La cuestión es totalmente diferente sí, de forma excepcional la empresa promotora realiza aportaciones al plan de pensiones de empleo del que sea promotor para garantizar las prestaciones en curso de este instrumento de previsión social en el caso de que exista déficit en el mismo.

La situación difiere del supuesto anterior en el que el empresario aportaba de *motu proprio* unas cantidades al plan de pensiones asumiendo la empresa la condición de partícipe del plan de pensiones de empleo.

En caso no plantea dudas de que las aportaciones excepcionales realizadas por las empresas al plan de pensiones de empleo constituyen gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades si son realizadas por sociedades mercantiles o en el supuesto de ser hechas por empresarios individuales serían consideradas como gasto deducibles en el IRPF siempre que la determinación de los rendimientos se realice por estimación directa.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA INTEGRACIÓN DE LAS APORTACIONES EN LA DECLARACIÓN DEL PARTÍCIPE

La consideración de las aportaciones como retribuciones en especie para los trabajadores se justifica por el derecho que van consolidando sin que suponga ningún tipo de desembolso por parte de los partícipes.

Sin embargo, lo verdaderamente interesante de las aportaciones a estos instrumentos de ahorro a largo plazo está como más adelante se detallará, en la posibilidad de aplicar reducciones en la parte general de la base imponible del IRPF.

Esta cuestión enfocada bajo la mecánica liquidadora del impuesto nos lleva hacia la neutralidad fiscal en relación a las imputaciones fiscales que la entidad promotora realiza en el partícipe, pues el integrar una remuneración en la parte general de la base imponible como rendimiento del trabajo personal para después reducirla bajo ciertos límites en la parte general de la base imponible nos lleva a una tributación nula, siempre que no se superen los límites legales.

Esta última condición es la que puede hacer que la neutralidad fiscal argumentada se deshaga, precisamente porque la cantidad total aportada supere los límites legales regulados para este beneficio fiscal.

Debemos precisar que es difícil, dada la regulación que actualmente tienen los planes de pensiones, que rompan la neutralidad fiscal pues progresivamente (como más adelante expondremos), se han ido incrementando las reducciones tributarias asociadas a estos instrumentos de previsión al ahorro privado así como la posibilidad de que los excesos no reducidos puedan diferirse en los cinco años siguientes³⁷.

³⁷ Según dispone el artículo 51 del reglamento IRPF "Los partícipes, mutualistas o asegurados podrán solicitar que las cantidades aportadas que no hubieran podido ser objeto de reducción en la base imponible, según lo previsto en los artículos 52.2 y 53.1.c) y en la disposición adicional undécima. Uno.5.b) de la Ley del Impuesto, lo sean en los cinco años siguientes.

La solicitud deberá realizarse en la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio en que las aportaciones realizadas no
(...)

No obstante, sí es posible que en determinados casos se produzcan excesos de aportaciones que no puedan beneficiarse de estas reducciones en la base imponible, sometiéndose estas aportaciones, no reducidas, a una doble imposición ya que inicialmente fueron incluidas como retribución en especie en el rendimiento de trabajo personal para después quedar sometida a gravamen como rendimientos de trabajo cuando se perciba la prestación³⁸.

III. MODIFICACIÓN DE LAS APORTACIONES DEDUCIBLES EN LAS APORTACIONES A LOS PLANES DE PENSIONES CON LA LEY 26/2014, DE 27 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 35/2006, DE 28 DE NOVIEMBRE, DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS, EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LOS NO RESIDENTES, Y OTRAS NORMAS TRIBUTARIAS

La Ley 26/2014, de 27 de noviembre, modifica de nuevo los requisitos cuantitativos de las aportaciones a planes de pensiones que los sujetos pasivos del IRPF pueden realizar con el objeto de reducir la base imponible general y así, obtener una base liquidable inferior en dicho impuesto.

En este sentido, el legislador introduce restricciones en la cuantía que los contribuyentes del IRPF pueden reducir en la base imponible. Respecto al primer requisito, el legislador reduce el beneficio fiscal fijo de 10.000 euros a 8.000 euros, sin tener en cuenta el beneficio fiscal incrementado que la norma regulaba para los sujetos pasivos mayores de 50 años.

De forma individual, cada contribuyente puede reducir de forma individual la menor de dos cantidades:

hubieran podido ser objeto de reducción por insuficiencia de base imponible o por exceder del límite porcentual establecido en el artículo 52.1 de la Ley del Impuesto.

La imputación del exceso se realizará respetando los límites establecidos en los artículos 51, 52 y 53 y en la disposición adicional undécima de la Ley de Impuesto. Cuando concurren aportaciones realizadas en el ejercicio con aportaciones de ejercicios anteriores que no hayan podido ser objeto de reducción por insuficiencia de base imponible o por exceder el límite porcentual establecido en el artículo 52.1 de la Ley del Impuesto, se entenderán reducidas, en primer lugar, las aportaciones correspondientes a años anteriores.

³⁸ Lo más oportuno, para evitar esta doble imposición hubiera sido el permitir que los sujetos que no se hayan beneficiado completamente de este beneficio fiscal puedan minorar las aportaciones no reducidas cuando se perciban las prestaciones una vez producida la contingencia.

- a) El 30 por 100 de la suma de los rendimientos netos del trabajo y de actividades económicas percibidos individualmente en el ejercicio
- b) 8.000 euros anuales.

Además, 5.000 euros anuales para las primas a seguros colectivos de dependencia satisfechos por la empresa.

Inicialmente, el hecho de que el límite del 30% se ciña a los rendimientos del trabajo personal y de las actividades económicas se puede deber a que las actividades desempeñadas por los sujetos pasivos se ven muy afectadas por una situación de inactividad laboral. Es cierto, que, por ejemplo, la contingencia de la jubilación paraliza total o parcialmente las actividades de trabajo o el desarrollo de actividades económicas mientras que las rentas de capital o las provenientes de variaciones patrimoniales no ven afectadas en cuanto a sus percepciones por el acaecimiento de la contingencia de la jubilación.

Respecto al primer requisito, desaparece la posibilidad de que los mayores de 50 años puedan reducir el 50 por ciento de la suma de los rendimientos netos del trabajo personal y los obtenidos por los rendimientos provenientes de actividades económicas.

Lo primero que se observa es que, sorprendentemente, las personas físicas que se acercan a la edad de jubilación pierden el incentivo fiscal a aportar mayores cantidades de cara a no sufrir un fuerte descenso en el cobro de las rentas pasivas y así, continuar con su mismo presupuesto durante la edad de jubilación.

Quizás el legislador debido a la crisis económica necesita recaudar más ingresos públicos a través del IRPF y reduce en este caso el *plus* de reducción al que podían acceder determinados contribuyentes. Además, debido al incremento en el desempleo y de la contratación a tiempo parcial, es muy corriente que en un matrimonio alguno de los cónyuges esté desempleado con lo cual el otro cónyuge podría reducir una cantidad adicional en la base imponible y compensar parcialmente la pérdida de reducción. También el legislador puede considerar que las personas de más de 50 años ya han alcanzado el mínimo de años cotizados para percibir la pensión y prefiera disminuir para este colectivo el gasto social.

Respecto al requisito de que la reducción no puede ser superior al 30% del rendimiento neto del trabajo y de los rendimientos netos de la actividad

económica, la modificación normativa del IRPF no soluciona el problema del concepto de lo que debe entenderse como rendimiento neto.

Por otra parte, la norma no establece si el concepto de rendimiento neto debe considerarse en sentido absoluto o por el contrario se debe atener a la cuantía numérica del rendimiento.

Si ésta es la tesis que parece desprenderse de la LIRPF, entonces se podría plantear el caso de que el contribuyente tuviese un rendimiento neto del trabajo personal positivo que podría verse anulado por un rendimiento neto negativo de las posibles actividades económicas que hubiera realizado el contribuyente.

Esta situación discrimina a personas físicas que quieran ser emprendedoras en actividades económicas respecto a aquellas que prestan servicios laborales en régimen de dependencia laboral.

A título ilustrativo, si un contribuyente del IRPF trabaja en régimen de dependencia laboral y pretende iniciar una actividad económica que podría generar rendimientos negativos durante los primeros ejercicios de la actividad se podría ver abocado a constituir una sociedad mercantil para tener derecho a una mayor reducción en la base imponible del IRPF.

Por otra parte, habría que estudiar la posible existencia de rendimientos irregulares tanto en el rendimiento del trabajo como en los rendimientos de actividades económicas. En el caso de los rendimientos del trabajo personal, si se devengan rentas irregulares, la aplicación del coeficiente reductor se practica sobre los ingresos íntegros, es decir, sobre la renta calificada legalmente como irregular. A título ilustrativo, es muy común que un trabajador perciba un precio metálico de la empresa para la que presta servicios por su eficiencia laboral durante una serie de años.

En este caso, la reducción del 40% se practica sobre el ingreso íntegro. Sin embargo, en el caso de los rendimientos de actividades económicas la reducción del 40% para las posibles rentas irregulares se aplica sobre los rendimientos netos. De esta forma, el porcentaje que fija el límite de la deducibilidad de las aportaciones al plan de pensiones discrimina positivamente a los rendimientos obtenidos mediante actividades económicas contraviniendo el principio de igualdad y neutralidad impositiva.

Por otro lado, se produce una doble imposición en los casos en que los contribuyentes del IRPF que perciban rentas calificadas como de ahorro contraten planes de pensiones individuales porque durante las aportaciones no pueden reducir la base imponible general y sin embargo, esas rentas de

las que proviene el ahorro para realizar las aportaciones al plan de pensión ya han sido gravada como rendimientos del capital mobiliario o variación patrimonial. De otro lado, cuando se dan las condiciones legales para percibir los derechos consolidados la renta percibida se considera rendimiento del trabajo y, por lo tanto, se integra dentro de la base imponible general enfrentándose a la tarifa progresiva del impuesto.

Existe en mi opinión una desigualdad jurídica en el tratamiento fiscal de las rentas aportadas y posteriormente percibidas de los planes de pensiones por aquellos sujetos pasivos que sus ingresos provienen de instrumentos de ahorro o como consecuencia de la transmisión de bienes y derechos.

El legislador en este caso utiliza una *fictio iuris* en el sentido de que una persona física que es contribuyente por unas rentas que se integran en la base imponible del ahorro, si contrata un plan de pensiones, la prestación que perciba cuando se produzca la contingencia que dé lugar a la percepción de los derechos consolidados será considerada como rendimiento del trabajo aun cuando la persona nunca haya estado contratada como trabajador por cuenta ajena.

Este beneficio fiscal es individualizado tal como expresa el artículo 52.1.a LIRPF por lo que la opción de autoliquidar el impuesto de forma conjunta o individual no altera la cuantía de la reducción que podrán aplicar en su caso los cónyuges. En este sentido, en el supuesto de optar por la tributación conjunta, la base para calcular el límite estará constituida por los rendimientos de cada partícipe, a cuyos efectos, tendrán en cuenta las normas sobre individualización de los rendimientos.

En base a lo expuesto en el párrafo anterior se podrían dar las siguientes posibilidades a las que podrían optar los sujetos pasivos del IRPF si están casados.

En primer lugar, los contribuyentes podrían optar por declarar individualmente. En este caso, si cada uno de los contribuyentes tiene contratado un plan de pensiones, cada uno podrá aplicar la reducción en la base imponible del IRPF teniendo en cuenta, la cuantía de las aportaciones realizadas y los límites regulados en el IRPF. Esta es la opción que suelen aplicar los contribuyentes porque reducen más la progresividad del impuesto.

La segunda opción sería la de realizar una declaración conjunta en la cual se produce una acumulación en las aportaciones a los planes de pensiones de ambos cónyuges. En este sentido el artículo 84.2.1 LIRPF que: "Los límites máximos de reducción en la base imponible previstos en los

artículos 52, 53 y 54 y en la disposición adicional undécima de esta Ley, serán aplicables individualmente por cada partícipe o mutualista integrado en la unidad familiar”.

Del precepto transcrito es posible que cada contribuyente aplique individualmente los límites de reducción en la base imponible correspondientes a las aportaciones a los planes de pensiones.

A efectos de la correspondiente autoliquidación para tributar de forma conjunta en el IRPF los contribuyentes podrán acumular los rendimientos netos del trabajo y de actividades económicas para posteriormente aplicar el límite máximo de reducción del 30 por ciento.

De igual forma el otro límite se obtendrá por la suma de 8.000 euros para cada contribuyente que cumpla con los requisitos legales.

A tenor de lo expuesto, si algún miembro de la unidad familiar no percibiese rendimientos del trabajo o de actividades económicas no podrá acumular el límite de reducción que le hubiese correspondido con el resto de los miembros de la unidad familiar.

Como colofón a lo expuesto puede suceder que el sujeto pasivo vea incrementado el beneficio fiscal como consecuencia de un procedimiento de comprobación e investigación sobre la autoliquidación del IRPF presentada por el sujeto pasivo y como consecuencia de él, se aumente la cuantía de los rendimientos del trabajo personal o el de las actividades empresariales. Esta liquidación tributaria, generaría la opción a un mayor beneficio fiscal en este instrumento de previsión que tendría que ser reconocido de oficio por la Administración tributaria y que posiblemente compensaría en parte la mayor deuda tributaria liquidada como consecuencia de la comprobación realizada por la Administración.

1. BENEFICIOS FISCALES EN LAS APORTACIONES A PLANES DE PENSIONES ENTRE CÓNYUGES

El artículo 51.7 LIRPF permitía que el contribuyente pudiera incrementar hasta 2.000 euros el límite de reducción mediante las aportaciones de cantidades dinerarias al plan de pensiones de su cónyuge³⁹.

³⁹ Hay que entender por cónyuges las personas que han contraído matrimonio tanto en un sistema matrimonial de gananciales, separación de bienes o de participación en beneficios. Incluso en situaciones de separación matrimonial, cabría aplicar este régimen fiscal, pues con la separación matrimonial aunque se produce la disolución de la sociedad patrimonial de los cónyuges y se pierden los derechos sucesorios, persiste la condición de cónyuge, a diferencia del estado civil de divorcio.

La LIRPF establece unos requisitos para la ampliación de este beneficio fiscal y son que el cónyuge no obtenga rendimientos netos del trabajo ni de actividades económicas, o que, si los obtuviese, la cuantía sea inferior a 8.000 euros anuales⁴⁰.

Con la LIRPF, el cónyuge podría obtener altas remuneraciones en forma de rentas pasivas como, por ejemplo, rendimientos de capital mobiliario o inmobiliario y ser posible aplicar este beneficio fiscal, por parte del cónyuge que realiza la donación de estas cantidades al plan de pensiones de su cónyuge.

El legislador admite que pueda existir la posibilidad de aplicar beneficios fiscales en estos sistemas de previsión social privados cuando tan sólo se perciben rentas distintas del trabajo o de actividades económicas que como hemos señalado es el segundo límite en la reducción de las aportaciones a los planes de pensiones con carácter general.

Actualmente, con la modificación del IRPF llevada a cabo por la Ley 26/2014, la cantidad que el cónyuge trabajador o empresario puede realizar al cónyuge que está en situación de desempleo o cuyas rentas no tienen la naturaleza del trabajo personal o de actividad económica o bien simplemente que obtenga rendimientos de trabajo y/o de actividad económica, pero éstos, sean de cuantía inferior a 8.000 euros es de 2.500 euros.

Hay que puntualizar que aunque en determinados tributos cedidos por el Estado a las Comunidades Autónomas se equiparan los cónyuges a los miembros de las parejas de hecho, el IRPF no regula esta cuestión, por lo que aplicar este tipo de reducción fiscal por un miembro de una pareja de hecho plantea la utilización de la analogía en este impuesto.

En este aspecto se plantea la cuestión de si las cantidades monetarias que un cónyuge aporta de forma gratuita al otro cónyuge son consideradas como una transmisión lucrativa inter-vivos entre dos personas físicas.

Analizando el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones estas cantidades son consideradas fiscalmente como donaciones con independencia de que pudieran quedar exentas dependiendo del régimen económico matrimonial estipulado y del destino que se dé a los bienes donados. En cualquier caso, se habría realizado el hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

⁴⁰ Con el TRIRPF, tan sólo se exigía que el cónyuge no obtuviera rentas a integrar en la base imponible del impuesto o que las obtuviera en cuantía inferior a 8.000 euros.

Además el hecho de que la titularidad de un fondo de pensiones es siempre de carácter privativo, avala la tesis de que estas aportaciones gratuitas de un cónyuge al plan de pensiones del otro son gravadas como donaciones salvo que una norma tributaria estipule lo contrario. En este orden de ideas, el artículo 51.7 LIRPF deja patente que las donaciones que pudiera realizar un contribuyente al plan de pensiones de su cónyuge no están sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Por otra parte, el límite fiscal que regula el artículo 52 de la LIRPF no es aplicable a estas cesiones gratuitas que se realizan entre cónyuges.

Quizás el legislador, consciente de la situación de crisis económica por la que aún atraviesa España y el fuerte desempleo que conlleva esta situación ha ampliado el margen de aportación para complementar en el futuro las posibles pensiones públicas contributivas o, en su caso, las ayudas no contributivas.

2. BENEFICIOS FISCALES EN LAS APORTACIONES A LOS PLANES DE PENSIONES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El legislador cuando regula los beneficios fiscales relacionados con contribuyentes que tienen discapacidades físicas o psíquicas tiene que tener presente no sólo el principio de capacidad económica de los partícipes sino también la actividad realizada por el contribuyente y las situaciones subjetivas de las personas físicas.

Este componente (la discapacidad) promueve que el legislador incremente el beneficio fiscal y el acceso en los condicionantes para aplicar este beneficio fiscal. De esta manera se materializa lo dispuesto en el artículo 49 de la CE el cual dispone que: "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos".

Sin embargo, la realidad económica en determinadas ocasiones merma este principio rector de política económica y social; prueba de esta aseveración lo encontramos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, en la cual se desaconseja aplicar el superávit de forma prioritaria a situaciones de dependencia lo cual no hacen sino realizar el valor programático de este principio de política económica y social.

Como manifiesta LÓPEZ AMOR, las prestaciones que han de dedicarse a personas con discapacidad en función de los derechos que les asisten previstas en el ordenamiento dependen cada vez más de las

posibilidades de obtención de ingresos propios por parte de los poderes públicos.

Hay que matizar que en estos contratos de previsión social que giran en atención de las personas físicas con algún grado de discapacidad, no debe confundirse el grado de dependencia que la Administración puede asignar a una persona física con el grado de minusvalía reconocido. En este sentido, la DGT 21/7/2011 no considera equivalente un grado de III de gran dependencia con una discapacidad o minusvalía del 65%.

En el Derecho tributario, las aportaciones a Planes de Pensiones de las personas con discapacidad están reguladas en el artículo 53 de la LIRPF, el cual dispone que: "Las aportaciones realizadas a Planes de Pensiones a favor de personas con discapacidad con un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento, o psíquica igual o superior al 33 por ciento, así como de personas que tengan una incapacidad declarada judicialmente con independencia de su grado, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional décima de esta Ley, podrán ser objeto de reducción de la base imponible con los siguientes límites máximos:

- a) Las aportaciones anuales realizadas a planes de pensiones a favor de personas con discapacidad con la que exista relación de parentesco o tutoría, con el límite de 10.000 euros anuales. Ello sin perjuicio de las aportaciones que puedan realizar a sus propios planes de pensiones de acuerdo a lo establecido en el artículo 52 de esta Ley.
- b) Las aportaciones anuales realizadas por las personas con discapacidad partícipe, con el límite de 24.250 euros anuales⁴¹.

⁴¹ En cuanto a las posibles situaciones de minusvalías que podrían acogerse a este mayor beneficio fiscal en relación a la aportación a los planes de pensiones, el artículo 72.1 del RD 439/2007, de 30 de marzo, reglamento del IRPF dispone que: "A los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tendrán la consideración de persona con discapacidad aquellos contribuyentes con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. El grado de minusvalía deberá acreditarse mediante certificado o resolución expedido por el instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las Comunidades Autónomas. En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento en el caso de los pensionistas de la seguridad social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de pensionistas de clases pasivas que tengan reconocidas una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento, cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado".

Del precepto descrito se observa que la norma indica que los familiares de la persona con discapacidad tan sólo pueden aportar como máximo 10.000 euros al instrumento de previsión social de la persona con minusvalía, correspondiendo el resto hasta los 24.250 euros a la persona con discapacidad.

El conjunto de las aportaciones practicadas por todas las personas que realicen aportaciones a favor de una misma persona con discapacidad, incluidas las de la propia persona con discapacidad, no podrá exceder de 24.250 euros anuales. A estos efectos, cuando concurren varios familiares que realizan aportaciones a favor de la persona con minusvalía, y la persona con discapacidad no aporta ninguna cantidad, por ejemplo, al plan de pensiones, los familiares en conjunto sólo podrían aportar como máximo 10.000 euros teniendo que repartirse proporcionalmente la cuantía de las cantidades a reducir en la base imponible general del IRPF.

Con carácter suplementario e independientemente a los límites generales establecidos en las aportaciones a los planes de pensiones, el artículo 53 LIRPF permite reducir la base imponible general de las personas físicas que realicen aportaciones a los planes de pensiones individuales de personas con discapacidad⁴². En este caso, los familiares que hayan realizado aportaciones al instrumento de previsión social de la persona con minusvalía podrán reducir su base imponible general, sin que rija el criterio de los 8.000 euros anuales y lo que es más interesante, sin que estén obligados a realizar una actividad económica o estén contratados como trabajadores por cuenta ajena.

Generalizando, hay que diferenciar las aportaciones al plan de pensiones que pueda realizar la propia persona que tenga la discapacidad de aquellas otras personas físicas que mantengan con el discapacitado una relación de parentesco⁴³.

⁴² El artículo 52 de la LIRPF permite aportaciones a planes de pensiones de las personas que presenten los siguientes grados de minusvalías:

Las personas a cuyo favor se realice las aportaciones tengan una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%.

Las personas a cuyo favor se realiza las aportaciones tengan una minusvalía psíquica igual o superior al 33%.

Las personas a cuyo favor se realicen las aportaciones sean discapacitados que tengan una incapacidad declarada judicialmente, con independencia de su grado.

⁴³ La disposición final quinta LIRPF, establece en cuanto al parentesco exigido para que las aportaciones al plan de pensiones de la persona con discapacidad pueda ser objeto de reducción en la base imponible general, que la relación de parentesco sea en línea

En el primer caso, las personas con discapacidad que contrate un plan de pensiones individual podrán realizar aportaciones hasta un máximo de 24.250 euros. Ahora bien, si aquellas personas que mantienen una relación de parentesco con la persona discapacitada hiciesen aportaciones al plan de pensiones de ésta, lo máximo que podrían aportar para que fuese deducible son 10.000 euros.

La LIRPF da prioridad a las aportaciones que realice la persona que tenga la discapacidad, al tener éste la titularidad jurídica del plan de pensiones donde se materializan las aportaciones, pero no a las aportaciones que puedan realizar aquellas personas que mantengan con el discapacitado una relación de parentesco⁴⁴. En el caso de que sea la persona con minusvalía la que aporte cantidades a su plan de pensiones ésta, tendría preferencia para agotar el importe máximo de los 24.250 euros que permite la norma tributaria sin que en este caso, los familiares puedan realizar aportaciones.

Como colofón a lo que hemos expuesto habría que resaltar que este régimen de aportaciones a planes de pensiones de personas con discapacidad no es incompatible con el de aportaciones a planes de pensiones del cónyuge, con lo cual se puede dar el caso de que un cónyuge no obtenga rendimientos del trabajo personal o de actividades económicas y tenga, además, un grado de discapacidad, por ejemplo, superior al 65%. En este supuesto, el cónyuge donante de la aportación podrá hacerlo en la cuantía máxima de 12.500 euros, sin perjuicio de que pueda contratar su propio plan de pensiones sometido a los límites generales⁴⁵.

IV. MODIFICACIONES DE LOS PLANES DE PENSIONES CON EL REAL DECRETO 62/2018, DE 9 DE FEBRERO POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO SOBRE LA INSTRUMENTACIÓN DE LOS COMPROMISOS POR PENSIONES DE LAS EMPRESAS CON LOS TRABAJADORES Y BENEFICIARIOS

La publicación del Real Decreto 62/2018, de 9 de febrero modifica el Reglamento de los Planes de pensiones aprobado por el Real Decreto

directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, además del cónyuge o aquellas personas que les tuviesen a su cargo en régimen de tutela o acogimiento.

⁴⁴ En este sentido la LIRPF, establece que las aportaciones de los familiares al plan de pensiones del discapacitado se hará de forma proporcional.

⁴⁵ El límite máximo de reducción de los 12.000 euros se desglosaría en los 10.000 euros por aportación al plan de pensiones del cónyuge con discapacidad más los 2.500 euros por la aportación al plan de pensiones del cónyuge.

304/2004, de 20 de febrero introduce una serie de reformas encaminadas a flexibilizar las percepciones de estos instrumentos de previsión social y a abaratar las comisiones de las entidades gestoras y depositarias con el objetivo de competir con otros instrumentos financieros y, sobre todo, facilitar el ahorro privado a largo plazo a las personas físicas de cara a la jubilación o a cualquier contingencia que invalide para continuar con la actividad laboral activa.

La modificación más importante como se ha expuesto es recoger la mayor flexibilización en el rescate de los planes de pensiones que fue instaurada por el artículo 8.8 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, el cual introdujo la posibilidad de disposición anticipada de los derechos consolidados del partícipe de un plan de pensiones correspondientes a aportaciones realizadas con al menos 10 años de antigüedad, estableciendo también que en los procedimientos de derechos entre planes la entidad gestora de origen debía informar a la entidad de destino de la cuantía de cada una de las aportaciones de las que se derivan los derechos objetos de traspaso y de las fechas en que se hicieron efectivas.

Esta medida va a permitir que las personas físicas den prioridad en muchos casos a estos instrumentos de previsión social para la colación de parte de sus ahorros confiando que llegado el momento de la jubilación mantendrán el mismo nivel de poder adquisitivo e incluso si se dieran circunstancias excepcionales tener una ventana de liquidez accesible cuando se cumplan ciertos requisitos en cuanto a la antigüedad de las aportaciones.

Con el objeto de dar más rentabilidad a los planes de pensiones se introduce una reducción de las comisiones de gestión y depósito en los fondos de pensiones, lo que disminuirá los costes, mejorando la rentabilidad de los planes de pensiones.

En el caso de las comisiones de gestión, se sustituye el importe máximo único por una tabla de comisiones máximas en función de las diferentes políticas de inversión de los fondos, lo que se ajusta más a las características propias de la gestión de las inversiones de los fondos de pensiones, promoviendo una reducción mayor en los fondos con criterios inversores más prudentes y orientados a la preservación del capital, como son los que tienen un componente total mayoritario de renta fija.

Con estas medidas el gobierno pretende que los planes de pensiones sean más competitivos en el mercado financiero. Así, con esta posibilidad de rescatar parte de los derechos consolidados, los planes de pensiones pueden competir con otros instrumentos financieros como los fondos de inversión o con los depósitos bancarios.

Respecto a los fondos de inversión, los planes de pensiones ofrecen beneficios fiscales durante las aportaciones a los mismos; sin embargo, los fondos de inversión no proporcionan beneficios fiscales durante la fase en la que se van realizando aportaciones aunque es verdad que una vez que se rescatan tienen el tratamiento fiscal en el IRFP de variaciones patrimoniales que en el supuesto de ser un incremento patrimonial se integrará en la base imponible del ahorro sometida a unos tipos impositivos fijos y, por ende, más bajos que la tarifa progresiva de la base imponible general de este impuesto a la que se someten los rendimientos del IRPF(excepto los del capital mobiliario) como las prestaciones de los planes de pensiones.

Otra de las ventajas de los fondos de inversión es que suelen tener ventanas de liquidez por lo que es relativamente fácil su rescate anticipado. A pesar de las ventajas que tienen los fondos de inversión los planes de pensiones pueden constituir una mejor opción en determinados supuestos ya que ahora son menos rígidos en cuanto a su rescate, pueden estar garantizados y en el momento del rescate si la persona física desea evitar parcialmente la progresividad puede rescatar estos instrumentos en forma de renta temporal o vitalicia y así, evitar que el tipo marginal del impuesto pueda llegar en algunos supuestos al 43%.

Avanzando el estudio en la principal modificación del reglamento de los planes de pensiones, que como se ha reseñado, es la posibilidad de rescatar a partir de 2025 los derechos consolidados de las aportaciones a estos instrumentos de previsión social con más de 10 años de antigüedad, hay que especificar que esta posibilidad no sólo rige para los planes pensiones sino también para otros instrumentos de previsión social como son los planes de previsión asegurados o los planes de previsión empresarial ya que las contingencias cubiertas son las mismas.

El motivo por el que esta posibilidad de rescate anticipado se extienda a estos otros instrumentos de previsión social se debe a que la principal contingencia que cubren es la jubilación y en segundo lugar porque el tratamiento tributario en el IRPF de estos instrumentos de previsión coinciden.

El rescate anticipado en función de la antigüedad de las aportaciones rige para los tres tipos de planes de pensiones; sin embargo, en el caso de los planes de pensiones de empleo sólo se podrán rescatar anticipadamente las aportaciones con 10 o más años de antigüedad si las especificaciones del propio plan lo prevén.

Es lógico que existan limitaciones al rescate anticipado ya que en muchos casos las aportaciones a estos planes de pensiones son realizadas exclusivamente por el empresario, tomador del plan de pensiones.

En cuanto a la percepción de los derechos consolidados correspondientes a las aportaciones con 10 o más años de antigüedad pueden percibirse por la totalidad de la aportación o bien de forma parcial, que será el supuesto más habitual cuando las personas físicas tengan otras remuneraciones que eleven la progresividad del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Sin embargo, la situación más habitual será que aquellos ahorradores en planes de pensiones que decidan recuperar parte de los derechos consolidados lo harán de aquellas aportaciones a planes de pensiones realizadas antes del 1 de enero de 2007 pues se les aplica un régimen fiscal transitorio muy beneficioso ya que la percepción percibida va a gozar de una reducción del 40% si se recibe en forma de capital. Esta situación va a incitar a que las personas físicas tomadores de planes de pensiones individuales retiren los derechos consolidados correspondientes a las aportaciones realizadas antes de 2007 en forma de capital y el resto en forma de una renta temporal o vitalicia.

Se plantea también la cuestión sobre si es susceptible de mantener la antigüedad de las aportaciones a un plan de pensiones si el tomador de un plan de pensiones individual decide movilizar los derechos consolidados de su plan de pensiones a otro instrumento de previsión social.

La problemática planteada no es baladí porque en caso de ser de aplicación lo incorporado a esta norma reglamentaria se podría rescatar en el nuevo instrumento de previsión social las aportaciones realizadas conforme al antiguo plan de pensiones siempre que las aportaciones tengan una antigüedad igual o superior a 10 años, es decir, no se perdería la antigüedad de las aportaciones realizadas por el sólo hecho de movilizar los derechos entre instrumentos de previsión social.

En el caso de movilizaciones parciales los derechos consolidados a traspasar se calcularán de forma proporcional según correspondan a aportaciones anteriores o posteriores a 1 de enero de 2007 cuando éstas existan y el partícipe no haya realizado la indicación de las aportaciones que desee movilizar a otro instrumento de previsión social.

Centrando el estudio en los planes de pensiones de carácter solidarios habría que destacar los planes de pensiones a favor de las personas con minusvalías que como se ha tratado anteriormente la normativa tributaria permite que tanto la persona con discapacidad como aquellas personas que

tengan una relación de parentesco con la persona con minusvalía y su cónyuge realicen aportaciones a la plan de pensiones cuyo tomador es la persona minusválida. En este caso, el tomador podrá realizar el rescate de las aportaciones que tengan 10 o más años de antigüedad con independencia de quien haya realizado la aportación al plan de pensiones.

La única particularidad que rige en cuanto a las percepciones de los derechos consolidados es que sólo puede rescatarse en forma de renta con lo cual evita de inicio la progresividad del IRPF.

La ley del IRPF regula como ya se ha expuesto la posibilidad de que un cónyuge realice aportaciones al plan de pensiones del otro cónyuge cuando éste, no obtenga ingresos, o éstos no sean significativos.

La regulación de la norma reglamentaria no recoge específicamente este tipo de plan de pensiones, luego se podría plantear que la posibilidad de rescatar las aportaciones de un cónyuge al otro cónyuge con 10 o más años no sería posible su rescate de forma anticipada.

Sin embargo, este plan de pensiones entre cónyuges es de tipo individual con independencia de quien realice las aportaciones. Esta consideración habilitaría al cónyuge titular del plan de pensiones a rescatar el derecho consolidado correspondiente a las aportaciones con una antigüedad de 10 o más años.

En este supuesto, lo normal será que el contribuyente no tenga que tributar por el rescate anticipado porque si no tiene ingresos significativos y lo único que percibe es el derecho consolidado correspondiente a lo aportado por su cónyuge al plan de pensiones que en términos económicos está muy limitados no generará unas percepciones económicas significativas.

No todas las modificaciones que se recogen en la norma reglamentaria son positivas. En este sentido la nueva regulación de los planes de pensiones no recoge como motivo de rescate de los planes de pensiones cuando hay un proceso judicial de embargo de la vivienda habitual del tomador del plan de pensiones.

Quizás el gobierno considere que la situación económica de España ha mejorado y los procesos de ejecución de viviendas han disminuido de manera notable.

Respecto a la inembargabilidad de los derechos consolidados es un hecho notorio ya que como se ha expuesto, técnicamente no existe un derecho patrimonial del tomador del plan de pensiones hasta que se produzca la contingencia prevista en la normativa de los planes de

pensiones. Sin embargo, en este reglamento se introduce la modificación del texto refundido de los planes de pensiones en el que facilita el embargo de los derechos consolidados en los planes de pensiones.

En este sentido el artículo 2.8 del RD 62/2018 dispone que: “ Cuando el derecho a las prestaciones del partícipe en un plan de pensiones sea objeto de embargo o traba judicial o administrativa, ésta resultará válida y eficaz, si bien no se ejecutará hasta que cause el derecho a la prestación o puedan hacerse efectivos o disponibles”.

El hecho de que sean embargables los derechos consolidados de los planes de pensiones cuando puedan hacerse éstos efectivos, como puede suceder con los derechos generados correspondientes a las aportaciones realizadas por el tomador con 10 o más años. A este respecto la Dirección General de Seguros y Pensiones del Ministerio de Economía a una pregunta de Inverco sobre esta cuestión contestó que el patrimonio correspondiente a aportaciones realizadas con al menos 10 años de antigüedad, serán embargados sin necesidad de solicitud expresa de liquidación por el partícipe desde la fecha en que sean disponibles. A tenor de la respuesta de este centro directivo, a partir de 1 de enero de 2025, los acreedores podrán embargar el patrimonio de los planes de pensiones cuyos partícipes tengan cuentas pendientes con terceros sin que el aquel pueda oponerse.

V. CONCLUSIÓN

Las últimas modificaciones legislativas de los planes de pensiones gravitan por incentivar a que las personas físicas contraten planes de pensiones privados o instrumentos de previsión social análogos aumentando la rentabilidad de los mismos a través de una rebaja sustancial en las comisiones.

De esta manera, el gobierno pretende que los pensionistas complementen la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones públicas con estas rentas provenientes de los planes de pensiones privados.

Una de las últimas reformas legislativas consiste en la posibilidad de rescatar parcialmente los derechos consolidados de los planes de pensiones correspondientes a las aportaciones con más de 10 años de antigüedad y siempre a partir de 2025 que es cuando la generación del *baby-boom* comienza su jubilación. En mi opinión, esta medida responde a la necesidad por parte del Estado de afrontar las repercusiones sociales y económicas que conllevará el incremento de personas jubiladas a partir del año 2025.

En mi opinión, el legislador debería dar a los planes de pensiones el mismo tratamiento fiscal que a los seguros de vida, es decir, tributar en la

base imponible del ahorro a unos tipos impositivos fijos más bajos que la tarifa progresiva. Por otra parte habría que suprimir los beneficios fiscales asociados a las aportaciones anulando la discriminación positiva hacia las personas con mayor capacidad económica.

De cara a un futuro próximo sería necesario que el legislador tributario reformara la fiscalidad de la tecnología digital, sobre todo, la fiscalidad sobre la robotización en la producción empresarial. De esta manera se podría gravar el incremento de beneficios como consecuencia de la sustitución de la mano de obra física por la tecnológica con el fin que ésta última financie las pensiones públicas de aquellas. También cabría la posibilidad de que a los robots a través de una ficción tributaria se les considere como personas físicas y coticen al régimen de la seguridad social. Además podrían tributar en el IRPF por el hipotético sueldo que tendrían por su aportación económica al proceso de producción.

LOS CONFLICTOS ENTRE *LEX FORI* Y *LEX LOCI* RELATIVOS A CUESTIONES EN MATERIA DE MATRIMONIOS POLIGÁMICOS EN ESPECIAL ATENCIÓN AL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ALEJANDRO ARNET RODRÍGUEZ
PROFESOR TUTOR UNED. CENTRO ASOCIADO CEUTA

SUMARIO

I. EL MATRIMONIO, LA FAMILIA Y LA LIBERTAD DE CULTO EN NUESTRA CONSTITUCIÓN Y EN LA CONSTITUCIÓN MARROQUÍ	282
II. ASPECTOS RELATIVOS A DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE FAMILIA EN ESPECIAL ATENCIÓN A LA <i>LEX FORI</i> Y <i>LEX LOCI</i>	283
III. CUESTIONES DE ORDEN PÚBLICO EN EL ÁMBITO CIVIL	284
IV. ASPECTOS RELATIVOS A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO POR CONFESIONES RELIGIOSAS MINORITARIAS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL	285
V. MATRIMONIOS CELEBRADOS EN ESPAÑA Y EN EL EXTRANJERO EN ESPECIAL ATENCIÓN AL REINO DE MARRUECOS.....	288
VI. CONJUNCIÓN Y/O DISCREPANCIAS EN CUESTIONES RELATIVAS A LA <i>LEX FORI</i> Y <i>LEX LOCI</i> CON RESPECTO A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL O EL CÓDIGO DE FAMILIA AL MUDAWANA	289
VII. VALIDEZ Y EFECTO DE LOS MATRIMONIOS CON ELEMENTO DE EXTRANJERIA UNA VEZ SE PROCEDEN AL REGISTRO	290
VIII. CUESTIONES RELATIVAS A DERECHO PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL RELATIVAS A LA BICAGIMIA Y/O POLIGAMIA ASÍ COMO EN EL DERECHO MARROQUÍ RELATIVO A LA LIBERTAD DE CULTO.....	291
IX. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE PENSIONES DE VIUDEDAD Y ORFANDAD CON ELEMENTOS DE EXTRANJERÍA EN ESPECIAL ATENCIÓN A LA POLIGAMÍA	292
X. CONCLUSIONES.....	294
XI. BIBLIOGRAFÍA	294

I. EL MATRIMONIO, LA FAMILIA Y LA LIBERTAD DE CULTO EN NUESTRA CONSTITUCIÓN Y EN LA CONSTITUCIÓN MARROQUÍ

Con respecto al matrimonio dispone el artículo 32 de la Constitución Española lo siguiente: *“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. ... La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.*

La familia es una institución jurídico privada, sin embargo no hay ninguna otra institución o instituto jurídico-privado que cuente con tantas determinaciones constitucionales. De manera explícita y concreta nuestra Constitución Española dispone en su artículo 39¹ los derechos reconocidos a la familia.

Con respecto a la libertad de culto, el concepto va más allá de la simple tolerancia religiosa y permite, el ejercicio libre y en plano de igualdad de otras religiones. Nuestro país se define como un Estado aconfesional, donde no existe una religión oficial. La constitución Española dispone en su artículo 16 lo siguiente: *1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.*

La Constitución marroquí de 2011 se estableció por Dahir² n°1-11-91 de Chaaban³ (29 de julio de 2011) promulgando el texto de la Constitución.

¹ Artículo 39 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

² El Dahir Bereber, denominado así por sus detractores, es un decreto firmado el 16 de marzo de 1930 por el Sultán marroquí Muhammad ben Yusef (Mohamed V) pocos años después de ascender al trono, en época del protectorado francés, siendo Residente General Lucien Saint. Este decreto constituye la culminación de una "política bereber" seguida por la Administración francesa que pretendía dividir el territorio de Marruecos en dos zonas jurídicamente diferenciadas. En la primera, que coincidía con

(...)

Quedó y fue promulgada en el Boletín Oficial del Estado Marroquí, adoptándose por referéndum el 1 de julio de 2011).

En el Derecho Constitucional marroquí existe una fusión explícita entre familia y matrimonio. Por tanto no se concibe un derecho de familia sin el vínculo matrimonial. A este tenor regula el texto constitucional marroquí a la familia en su artículo 32, estableciendo lo siguiente: "La familia, fundada sobre el vínculo legal del matrimonio, es la célula básica de la sociedad. El estado actúa para garantizar, por medio de la ley, la protección de la familia sobre los planos jurídico, social y económico, de modo que pueda garantizar su unidad, estabilidad y preservación. Asegura una igual protección jurídica y una igual consideración social y moral a todos los niños, independientemente de su situación familiar. La educación básica es un derecho del niño y una obligación de la familia y del Estado.

En cuanto a la libertad de culto en el derecho constitucional marroquí, sí existe claramente una alusión explícita a ser un estado confesional cuya religión oficial⁴ es el Islam. Además de ello, el rey de Marruecos es la cabeza visible del Islam en el reino con el título de Príncipe de los creyentes⁵.

II. ASPECTOS RELATIVOS A DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE FAMILIA EN ESPECIAL ATENCIÓN A LA *LEX FORI* Y *LEX LOCI*

Se entiende por *Lex fori* ("ley del foro") como una locución latina definida en el Derecho Internacional Privado, que significa "que será

el mundo urbano y arabizado, regiría la ley islámica (Sharia). En la segunda, que coincidía con el mundo rural y bereber, donde rige el derecho consuetudinario, se iría introduciendo la ley francesa y se le sustraería de la jurisdicción del sultán. La promulgación del *Dahir* por las autoridades del protectorado actuó de catalizador del nacionalismo marroquí.

³ Shaabán (en árabe شَعْبَان *Ša 'bān*; puede encontrarse transcrito también como sha'bán, chaabán, etc.) es el octavo mes del calendario musulmán. Tiene 29 días.

⁴ Dispone el Artículo 3 de la Constitución marroquí lo siguiente: *El Islam es la religión del Estado, que garantiza a todos el libre ejercicio de los cultos.*

⁵ El artículo 41 de la Constitución marroquí dispone lo siguiente: *El Rey, príncipe de los creyentes (Amir Al Mu-minin), vela por el respeto al Islam. Garantiza el libre ejercicio de cultos. Preside el Consejo Superior de los Ulemas, encargado de estudiar las cuestiones que se le sometan. El consejo es la única instancia habilitada para pronunciar dictámenes religiosos (Fatwas) aprobados oficialmente, sobre las cuestiones que se le sometan y ello sobre la base de los principios, preceptos y designios tolerantes del islam. Las atribuciones, la composición y las modalidades de funcionamiento del Consejo serán fijadas por Dahir. El Rey ejerce por dahir las prerrogativas religiosas inherentes a la institución del principado sobre los creyentes (Imarat Al Mu- Minin) que le son conferidas de manera exclusiva por este artículo.*

aplicable la ley de la nacionalidad del juez que conoce del asunto" es decir, la ley de su Estado. En nuestro ordenamiento jurídico y más concretamente en el Derecho Procesal Civil, el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es un claro reflejo de lo que la "*lex fori*" supone para la aplicación de normas en supuestos de derecho internacional privado. Dicho artículo establece lo siguiente "*Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procedimientos civiles que se sigan en España (en el territorio nacional) se regirán únicamente por las normas procesales españolas*".

Por contra, en lo relativo a la *Lex loci* (ley del lugar) es igualmente una locución latina que significa "la ley del lugar del contrato", utilizada para referirse a que la ley aplicable para la regulación de un contrato es la del país en el que se ha celebrado.

En materia de derecho matrimonial nuestro Código Civil⁶ hace mención expresa en su artículo 9 a cuestiones relativas a elementos de extranjería planteando cuestiones relativas a la *Lex Fori* y *Lex Loci*.

III. CUESTIONES DE ORDEN PÚBLICO EN EL ÁMBITO CIVIL

El orden público como concepto específico del Derecho Internacional Privado se define como una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente, a causa de su incompatibilidad manifiesta con aquellos principios y valores que se consideran fundamentales en el ordenamiento jurídico del foro.

Tal excepción se hará, por ejemplo, en el caso de que un extranjero quiera contraer un segundo matrimonio en España, sin que se hubiera disuelto previamente el primero. Pese a que esa ley extranjera rectora de la capacidad matrimonial según el artículo 9.1 del Código Civil admita la poligamia, no será posible la celebración del segundo matrimonio en España porque se ven afectados principios que considera fundamentales la sociedad

⁶ Dispone el artículo 9 del Código Civil español lo siguiente: 1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior. 2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

española. Constituye pues una clara perturbación en el juego de las normas de conflicto⁷.

IV. ASPECTOS RELATIVOS A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO POR CONFESIONES RELIGIOSAS MINORITARIAS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

Los Acuerdos constituyen una de las formas de hacer efectivo el mandato constitucional de cooperación del Estado con las confesiones religiosas. Su objetivo último es el de promover las condiciones y remover los obstáculos que impiden el ejercicio efectivo del derecho de libertad religiosa. Los Acuerdos están al servicio del pleno ejercicio del derecho del individuo y de los grupos. La existencia de estos Acuerdos se establece en el artículo 7 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR): *“Uno. El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, acuerdos o convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales.”*

Para que una confesión religiosa pueda acceder al Acuerdo tiene que cumplir dos condiciones:

1. Estar inscrita en el Registro de Entidades Religiosas.
2. Haber alcanzado notorio arraigo en España.

Las confesiones que hasta la fecha, han firmado Acuerdos de cooperación con el Estado español son cuatro:

- La Iglesia católica (Acuerdos de 3 de enero de 1979),
- Las iglesias evangélicas (Ley 24/1992, de 10 de noviembre),
- Las comunidades judías (Ley 25/1992, de 10 de noviembre),
- Las comunidades musulmanas (Ley 26/1992, de 10 de noviembre).

Existe una diferencia fundamental entre los Acuerdos celebrados por el Estado español con la Santa Sede y los Acuerdos de cooperación celebrados por el Estado español con evangélicos, judíos y musulmanes: los primeros son equiparados a Tratados Internacionales, mientras que los segundos tienen la consideración de leyes de las Cortes Generales.

⁷ La norma de conflicto recibe esta denominación por el papel que se le atribuye: dar una solución al llamado conflicto de leyes.

En cuanto a los Acuerdos celebrados con la Santa Sede son equiparados a Tratados Internacionales (firmados al amparo de la Constitución española). Se negocian por vía diplomática y, tras su ratificación por las Cortes, se firman por el Jefe del Estado. Para que tengan eficacia jurídica deben ser publicados en el Boletín Oficial del Estado. Su modificación o derogación debe hacerse conforme a lo previsto en el propio Tratado o a las normas generales del Derecho internacional.

Los Acuerdos celebrados con la Santa Sede, vigentes en la actualidad, son los siguientes:

- Convenio de 5 de abril de 1962, sobre reconocimiento, a efectos civiles, de estudios no eclesiásticos, realizados en Universidades de la Iglesia;
- Acuerdo básico de 28 de julio de 1976;
- Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos;
- Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales;
- Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre la asistencia religiosas a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos;
- Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Económicos;
- Acuerdo de 21 de diciembre de 1994, sobre asuntos de interés común en Tierra Santa.

En cuanto a los Acuerdos con el resto de confesiones, por contra, tienen la naturaleza jurídica de una ley especial ordinaria (firmados al amparo de la LOLR) y se tramitan como tal en el Parlamento. Se negocian entre el Gobierno y los representantes nacionales de las respectivas confesiones religiosas. El contenido puede verse afectado por iniciativas legislativas posteriores sin que el Gobierno tenga más obligación que la de dar cuenta de ello a la confesión respectiva. En el caso de las confesiones con Acuerdo de cooperación firmado, el Notorio Arraigo se concedió a la confesión genéricamente (al protestantismo, al judaísmo y al Islam) así que, dada la diversidad que caracteriza estas religiones, se decidió que sería más conveniente que se articularan en Federaciones. Estas funcionan como estructuras representativas del conjunto de Iglesias o comunidades que las componen, facilitando su interlocución con el Estado. Las Federaciones firmantes son:

- La Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE);
- La Federación de Comunidades Judías de España (FCJE);
- La Comisión Islámica de España (CIE).

El hecho de que los sujetos firmantes de los Acuerdos sean las Federaciones significa que el contenido de los mismos sólo puede ser aplicado a aquellas entidades religiosas que forman parte de las respectivas Federaciones.

El contenido de los Acuerdos con todas las confesiones contempla dos tipos de derechos: individuales y colectivos. Los Derechos individuales contemplados son:

- La atribución de efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa específica de la confesión;
- El reconocimiento del derecho a la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas;
- La garantía del ejercicio del derecho a la asistencia religiosa a internados en centros o establecimientos penitenciarios, hospitalarios, asistenciales u otros análogos del sector público;
- La garantía del ejercicio del derecho a la enseñanza religiosa en centros docentes públicos y privados concertados;
- La celebración de las festividades religiosas y el día de descanso semanal.

Los Derechos colectivos contemplados en los Acuerdos son:

- Derecho al culto y al establecimiento de lugares de culto y de cementerios propios;
- Derecho al nombramiento y designación de los ministros de culto y al secreto profesional;
- Derecho a ser incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social;
- Derecho a recibir y organizar ofrendas y colectas;
- Derecho a la exención de determinados impuestos y tributos;
- Derecho a establecer centros y a prestar actividades de carácter benéfico o asistencial;

- Derecho a mantener relaciones con sus propias organizaciones y con otras confesiones religiosas, en territorio español o en el extranjero;
- Garantía de tutela sobre la conservación y fomento del patrimonio cultural de interés religioso;
- Garantía de tutela de las cuestiones relacionadas con la alimentación propia.

Los Acuerdos son leyes del Estado por lo que el ejercicio de las competencias autonómicas y locales que inciden en los contenidos de los Acuerdos deben respetar y tener en cuenta dicha regulación legal.

V. MATRIMONIOS CELEBRADOS EN ESPAÑA Y EN EL EXTRANJERO EN ESPECIAL ATENCIÓN AL REINO DE MARRUECOS

Nuestro ordenamiento jurídico da plena libertad en cuanto a la celebración de matrimonios tanto en España como en el extranjero respetando los preceptos contemplados en la *Lex Fori* y *Lex Loci* de los contrayentes. A este tenor el artículo 49 del código civil dispone lo siguiente: *“Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1.º Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código. 2.º En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración.*

Por tanto un matrimonio celebrado en España, con elemento de extranjería podrá celebrarse tanto por la forma civil legalmente prevista como por mediación de una de las confesiones religiosas minoritarias reguladas en los acuerdos de 1992.

En el Reino de Marruecos la normativa que regula los matrimonios, de claro contenido confesional es el Código de Familia *Al Mudawana*. Basado en la Escuela Malikí⁸ y el sunismo⁹. En el libro I de este código se regulan los aspectos relativos al matrimonio (contenidos en seis títulos), así como en el Libro II la Disolución del pacto conyugal y sus efectos (contenidos en ocho títulos).

⁸ Es uno de los cuatro *Fiqh* o escuelas de derecho que existen dentro del islam sunni.

⁹ Los suníes son el grupo musulmán mayoritario en la comunidad islámica mundial. Su nombre procede del hecho de que, además del Corán, son devotos de la Sunna, colección de dichos y hechos atribuidos al profeta Mahoma.

VI. CONJUNCIÓN Y/O DISCREPANCIAS EN CUESTIONES RELATIVAS A LA LEX FORI Y LEX LOCI CON RESPECTO A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL O EL CÓDIGO DE FAMILIA AL MUDAWANA

En nuestro ordenamiento jurídico, tal y como hemos comprobado, derechos constitucionales regulados en los artículos 16 (libertad de culto) 32 (derecho a contraer matrimonio en igualdad jurídica) o 39 (protección de la familia), se implementan con todas las garantías en cuanto a la formas de celebración del matrimonio con elementos de extranjería y en especial atención a confesiones religiosas minoritarias, tal es el caso de la confesión islámica.

En cuanto a lo que concierne al Código de Familia *Al Mudawana*¹⁰, existen una serie de impedimentos para la celebración del matrimonio, considerándose éstos en Perpetuos (principalmente por razones de parentesco) y temporales. Entre éstos últimos resulta destacable la prohibición expresa que se hace en el artículo 39. 4) del referido código, donde se establece lo siguiente: *Quedará prohibido el matrimonio... de una musulmana con un hombre de otra confesión religiosa y el matrimonio de un musulmán con una mujer de otra confesión religiosa, excepto si ella pertenece a alguna de las religiones del libro (cristiana o judía fundamentalmente).*

Existe una clara discriminación en el referido código hacia confesiones religiosas distintas a la islámica, considerando un impedimento de carácter temporal (debido al carácter subsanable siempre y cuando exista una confesión por parte del hombre). Por otro lado tampoco existe una equidad en cuanto a la referida confesión, donde resulta obligatoria para el hombre y siendo libre para las mujeres siempre y cuando pertenezcan a alguna de las confesiones religiosas cristiana o hebraica.

¹⁰ Conviene mencionar que en el artículo 2 del referido código viene regulado lo siguiente: Las disposiciones del presente Código se aplicarán: 1) a todos los marroquíes, incluso los que ostenten otra nacionalidad. 2) A los refugiados, incluidos los apátridas conforme a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los refugiados. 3) A toda relación entre dos personas cuando una de ellas sea marroquí. 4) A toda relación entre dos personas de nacionalidad marroquí cuando una de ellas sea musulmana. Los marroquíes de confesión judía estarán sometidos a las reglas del estatuto personal hebreo marroquí.

Con respecto a la Poligamia viene regulada en los artículos 40¹¹ y 41 del código estableciendo igualmente impedimentos, permitiéndose que el varón disponga exclusivamente este derecho pudiendo estar casado simultáneamente con cuatro mujeres.

VII. VALIDEZ Y EFECTO DE LOS MATRIMONIOS CON ELEMENTO DE EXTRANJERIA UNA VEZ SE PROCEDEN AL REGISTRO

En nuestro ordenamiento jurídico se establece en el artículo 61 del código civil lo siguiente: *“El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil. El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas”*.

Con respecto a la celebración del matrimonio se hará constar mediante acta o escritura pública que será firmada por aquél ante quien se celebre, los contrayentes y dos testigos. Una vez extendida el acta o autorizada la escritura pública, se remitirá por el autorizante copia acreditativa de la celebración del matrimonio al Registro Civil competente, para su inscripción, previa calificación por el Encargado del mismo.

Por otro lado en cuanto a la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la iglesia, o confesión, comunidad religiosa o federación respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil. Por contra, se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este Título.

En lo relativo al reconocimiento para el matrimonio secreto basta su inscripción en el libro especial del Registro Civil Central, pero no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas sino desde su publicación en el Registro Civil ordinario.

Lo que sí se desprende sin duda, es que para la producción de efectos civiles y pleno reconocimiento será necesaria la inscripción en el registro Civil. El problema deviene cuando existen impedimentos por parte de nuestro ordenamiento jurídico para la preceptiva inscripción motivados por

¹¹ Dispone el código marroquí: Estará prohibida la poligamia si cabe temer una injusticia hacia las esposas. Asimismo quedará prohibida en el caso de existir una condición por parte de la esposa en virtud de la cual el marido se compromete a no contraer otro matrimonio más.

cuestiones de orden público o de materia penal, como veremos en el apartado siguiente relativo a la Bigamia.

VIII. CUESTIONES RELATIVAS A DERECHO PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL RELATIVAS A LA BICAGIMIA Y/O POLIGAMIA ASÍ COMO EN EL DERECHO MARROQUÍ RELATIVO A LA LIBERTAD DE CULTO

En cuanto al delito de bigamia en el Código Penal español nos encontramos con los siguientes antecedentes:

- En el Fuero Juzgo y en el Fuero Rea la bigamia se equipara al adulterio y de esta forma pasa a Las Partidas.
- En el proyecto de Código Penal de 1822 se encontraba regulado en el artículo 543.
- En el Código Penal de 1848 se encontraba regulado en el artículo 385, siendo en el artículo 395 en el código penal de 1850.
- En el Código Penal de 1870 se encontraba regulado en el artículo 486.
- En el Código Penal de 1928 se encontraba regulado en el artículo 649.
- En el Código Penal de 1932 se encontraba regulado en el artículo 465.
- En el texto refundido de 1944 se encontraba regulado en el artículo 471.

En cuanto a la definición de Bigamia la Real Academia Española define bigamia como el “estado de un hombre casado con dos mujeres a un mismo tiempo, o de la mujer casada con dos hombres”. El Código Penal castiga en su artículo 217 dentro del capítulo de matrimonios ilegales a “El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior” y establece una la pena de prisión de seis meses a un año. Tras la modificación legal del Código Civil por la que se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo podríamos definir bigamia como: estado de una persona que tiene dos o más cónyuges simultáneamente.

En el código Penal marroquí, al reconocerse en el orden civil la poligamia, no tipifica el delito de bigamia. No obstante, en materia de restricción a la libertad religiosa conviene resaltar lo estipulado en su código

penal vigente. Concretamente el artículo 220¹² del referido código penal relativo al derecho de apostatía¹³.

IX. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE PENSIONES DE VIUDEDAD Y ORFANDAD CON ELEMENTOS DE EXTRANJERÍA EN ESPECIAL ATENCIÓN A LA POLIGAMÍA

La Legislación consolidada en los supuestos relativos a pensión de viudedad y orfandad es el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

El artículo 216 de este cuerpo normativo establece las siguientes prestaciones, en la cuestión que nos ocupa: *1. En caso de muerte, cualquiera que fuera su causa, cuando concurren los requisitos exigibles se reconocerán, según los supuestos, alguna o algunas de las prestaciones siguientes:*

- a) Un auxilio por defunción.*
- b) Una pensión vitalicia de viudedad.*
- c) Una prestación temporal de viudedad.*
- d) Una pensión de orfandad.*
- e) Una pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal en favor de familiares.*

2. En caso de muerte causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional se reconocerá, además, una indemnización a tanto alzado. 3. Asimismo, en caso de muerte, tendrán derecho a una prestación de orfandad las hijas e hijos de la causante fallecida como consecuencia de violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, siempre que se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad

¹² Cualquier persona que, por violencia o amenazas, haya impedido o impedido a una o más personas practicar un culto, o asistir a la adoración, será castigada con pena de prisión de seis meses a tres años, y un promedio de 200 a 500 dirhams. será castigado con la misma pena, quien quiera que use medios de seducción para sacudir la fe de un musulmán o vetar a otra religión, ya sea explotando su debilidad o sus necesidades, o usándola para tales fines Escuelas, centros de salud, asilos o orfanatos. En caso de condena, el cierre de la institución que sirvió para cometer el delito puede ser ordenado de forma permanente o por un período no superior a tres años.

¹³ La apostasía (del latín apostasía, a su vez del griego antiguo ἀποστασία: απο (apo), "fuera de", y στασις (stasis), "colocarse") es la negación, la renuncia o la abjuración de la fe, en una religión.

absoluta, en los términos establecidos reglamentariamente, y no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad.

En cuanto a la pensión de viudedad del cónyuge superviviente establece el artículo 219 lo siguiente: *1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente de alguna de las personas a que se refiere el artículo 217.1, siempre que si el sujeto causante se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. En los supuestos en que esta se cause desde una situación de alta o de asimilada a la de alta sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización. También tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años.*

Con respecto a las pensiones de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial corresponderá a quien, concurriendo los requisitos en cada caso exigidos en el artículo 219, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo siguiente. Este aspecto de legítimo es extensible a aquellos matrimonios válidos y con efectos tal y como viene establecido en los preceptos del código civil. Por tanto, por razones obvias, serían declarados nulos de facto aquellos matrimonios que hayan incurrido en nuestro ordenamiento jurídico en razones de orden público y delitos de bigamia.

Algo distinto es en lo relativo a la pensión de orfandad establece el artículo 224 del Real Decreto Legislativo los requisitos establecidos al efecto, no existiendo supuestos de nulidad como así ocurre en materia de matrimonio, dando cumplimiento por tanto de lo preceptuado en el artículo 39¹⁴ de la Constitución Española, con independencia de su filiación.

¹⁴ Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

X. CONCLUSIONES

A lo largo de la presente comunicación se han abordado los principales conflictos de calificación existentes entre los ordenamientos jurídicos de dos países fronterizos que, pese a su cercanía en lo geográfico, resultan ser distintos y distantes en su regulación constitucional en materia relativa a Derecho de Familia y libertad de culto.

Estas diferencias no sólo se hacen extensibles en materia civil, sino también en cuestiones de derecho penal en especial atención a la Poligamia, resultando ser admisible como figura en el Código de Familia Marroquí *Al Mudawana* y siendo regulados como delito a lo largo de la historia del derecho penal español, encontrándose tipificado el Delito de Bigamia en el artículo 217 de nuestro vigente código Penal.

Todo ello tiene como consecuencia que los matrimonios celebrados en Marruecos que no cumplan con los preceptos contemplados en nuestro ordenamiento jurídico y se contemple el elemento poligámico y/o bigámico, dan como resultado la nulidad de los mismos, aunque hayan sido celebrados en Marruecos previamente y cumpliendo la ley marroquí. Pero sin embargo, pese a cumplir este requisito, no han podido ser inscritos en el Registro civil Español; por no ajustarse a los requisitos contemplados en nuestro sistema legal.

Las consecuencias de todo ello, una vez se produce la muerte del causante, es la de resultar harto complicado iniciar los trámites relativos a las percepciones de pensiones de viudedad cuyas beneficiarias hayan sido afectadas por supuestos de nulidad del matrimonio. Sobre este aspecto existe cierta discrepancia por parte de determinados Tribunales Superiores de Justicia en materia de jurisdicción social, no estableciendo un criterio unánime. Por contra y en materia de pensiones de orfandad, no existe duda alguna en el derecho que le asiste a los hijos del causante, derecho éste que se extingue una vez cumplidos los 21 ó 25 años, dependiendo de las circunstancias personales de los huérfanos beneficiarios.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- Abarca Junco, A.P. (Dir., Gomez Jene, M; Miralles Sangro, P.P.; Herranz Ballesteros, M; Guzman Zapater, M.- *Derecho Internacional Privado* (2ª Edición Septiembre 2016). Ed. UNED (Colección Grado).
- Abarca Junco, A.P.; Alonso-Olea García, B; Lacruz López, J.M.; Martín Dégano, I; Vargas Gómez-Urrutia, M. *El Extranjero en el Derecho Español*". Ed. Dykinson-UNED 2016.

- Alemán Bracho, C., *Políticas Sociales*, 2ª Edición, Ed. Civitas (Thomson Reuters).
- Alonso-Olea García, B., *Derecho de la Protección Social: Derecho a la Seguridad Social, Derecho a la Asistencia Sanitaria, Derecho a los Servicios Sociales*, 3º (2016). Ed. Civitas Thomson Reuters.
- Contreras, J.M., *Las Naciones Unidas y la protección de las minorías*, Tirant Lo Blanch. Valencia 2004.
- Díez De Velasco Vallejo, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, (18 Edición coordinada por Escobar Hernández). Ed. Tecnos, 2013.
- Díez De Velasco Vallejo, M., *Las Organizaciones Internacionales* (16 Edición coordinada por Sobrino Heredia J.M.)E. Ed. Tecnos, (reimpresión 2013).
- Díez De Velasco Vallejo, M., *Las Organizaciones Internacionales*, (16 Edición coordinada por Escobar Hernández). Ed. Tecnos, 2013.
- Fernandez-Coronado, A. (dir); Rodriguez, J.A.; Murillo, M y Pardo. P., *El derecho de libertad de conciencia en la Unión Europea. Pluralismo y minorías*, Ed. Colex. Madrid 2002.
- García-Atance Garcia De Mora, M.V.; *Derechos Económicos y Sociales*, Ed. Sanz y Torres.
- García-Perrote Escartín, I., *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 8ª edición, 2018.
- Izquiero, J.D; Torres, R; Martinez, L., *Estado de Bienestar y Trabajo Social*, Ed. Académicas 2011.
- Lasarte Álvarez, C., *Parte General y Derechos de la Persona, Tomo 1 de los Principios de Derecho Civil*, Ed. Marcial Pons.
- Lasarte Álvarez, C., *Derecho de Familia*, Tomo 6 de los "Principios de Derecho Civil"- Ed. Marcial Pons.
- Lasarte Álvarez, C., *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil*, VII (13ª,2018)- Ed. Marcial Pons.
- Marcos Del Cano, A. M.; *Derechos Humanos y Trabajo Social*, Ed. Universitas.
- Medina Gonzalez, S.; Alonso-Olea García, B., *Derecho de los Servicios Públicos*, Ed. Civitas Thomson Reuters.
- Rubio, M.J. Del Pino, E., *Los Estados del Bienestar en la Encrucijada*, (2016), Ed. Tecnos.

Torres Ugena, N., *Derecho Internacional Público. Instrumentos Normativos*, 1ª edición, Ed. Tirant lo blanch, 2015.

VV.AA., *Derecho Eclesiástico del estado*, 2º Edi. 2016. Ed. Tirant Lo Blanch.

VV.AA., *Gestión Pública del Hecho Religioso* (2º Ed.) Ed. Dykinson.

VV.AA., *Derecho y minorías*, UNED, Madrid, 2014.

PANEGÍRICO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DESDE LA INCLUSIÓN SOCIAL DE DERECHOS SOCIALES

RAFAEL LEOPOLDO AGUILERA MARTÍNEZ
FUNCIONARIO DE CARRERA DE ADMINISTRACIÓN LOCAL

SUMARIO

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN	297
II. DERECHOS SOCIALES	301
III. CONCLUSIONES SOCIALES	310

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En primer lugar, debo de indicar, que los sistemas de protección social ayudan a los pobres y vulnerables a hacer frente a las crisis y las perturbaciones económicas y sociales, encontrar empleo, invertir en la salud y la educación de sus hijos y proteger a la población de edad avanzada y a la inclusión de las personas con discapacidades físicas, psíquicas, intelectuales y sensoriales¹.

Es necesario y urgente, que a nivel de gestión y gobernanza los intereses políticos se dejen estacionados y se dejen guiar los políticos europeístas por los intereses generales y sociales previstos en los Tratados de Adhesión y demás normativa de aplicación y a través de las instituciones a las que representan, aumentar la colaboración y cooperación política para establecer objetivos comunes que permitan avanzar en conseguir, por un lado, la inclusión social y, por otro lado, la protección social de toda la sociedad civil a nivel de asistencia sanitaria, farmacológica y pensiones.

El desarrollo del opúsculo está estructurado con un estado de la cuestión en el que se pondrá de manifiesto el hilo conductor del desarrollo de materializar la mayor protección social en cuanto a extensión e intensidad, para lo que lo establezco, atendiendo a las limitaciones narrativas. Un apartado denominado Derechos Sociales, los cuales contribuyen, no solo al desarrollo social, sino que contribuyen al crecimiento

¹ Los sistemas de protección social ocupan un lugar destacado en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas. En el objetivo 1.3 se insta a poner en práctica “a nivel nacional sistemas y medidas apropiadas de protección social para todos, incluidos niveles mínimos, y, para 2030, lograr amplia cobertura de los pobres y los vulnerables”.

económico en bienes y servicios a través de un mayor poder adquisitivo de los hogares. Finalmente, las conclusiones, estableciendo unas ideas que permitan integrar una variedad de acciones orientadas a construir una Unión Europea más justa e inclusiva al garantizar unos niveles mínimos de bienestar social para todos.

Antes de introducirnos en el objeto de esta narrativa ensayística, algunos datos necesarios para saber en qué situación se encuentra el poder político en la Unión Europea.

Los resultados de las elecciones europeas 2019 celebradas el domingo 26 de mayo en España y buena parte de Europa ya están disponibles. La participación en Europa ha sido cercana al 51%, lo que supone un incremento significativo y la tasa más alta para los últimos veinte años. Este dato contrarresta la caída de la participación en Portugal (alrededor del 30%), siendo la más baja en su historia democrática. En cuanto a los resultados, de 751 escaños el Partido Popular Europeo ha ganado las elecciones europeas obteniendo 179 escaños; los Socialistas han obtenido 153, algo por debajo de los sondeos. En tercer lugar, *AldeReinassance*, la formación producto de la fusión de los liberales con el movimiento de Emmanuel Macron, que irrumpe con 105 escaños. En cuarto lugar, el partido Verdes/ALE que ha obtenido 69 escaños. Actualmente, los grupos políticos en el Parlamento Europeo son: Partido Popular Europeo (EPP Goup), Alianza Progresista de Socialistas y Demócratas (S&D), Conservadores y Reformistas Europeos (CRE), Alianza de los Liberales y Demócratas por Europa (ALDE), Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica (GUE/NGL), Los Verdes/Alianza Libre Europea (Greens-EFA) y Europa de la Libertad y Democracia Directa (EFDD).

Desde que se aprobó por las Cortes Generales, se refrendó por el Pueblo Español, y se ordenó por el Presidente del Gobierno su publicación y S.M. El Rey en concurrencia a la publicación exhortó la promulgación de la Carta Magna, cuestionada actualmente, por algunos sectores sociales la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), uno de los segmentos de mayor relieve en los cuarenta años de vigencia del Texto constitucional ha sido y seguirá siendo, sin duda alguna, con o sin reforma, que los poderes públicos aseguren a la ciudadanía la protección social, económica y jurídica de la familia.

No es menos cierto, que cuando se describió el artículo 39 de la CE, el concepto de familia en estos cuarenta años ha variado en su génesis constitutiva y de configuración política como núcleo elemental de primer orden de la sociedad civil, sin que por ello, haya supuesto una aminoración en los principios rectores de la política social y económica que deben

vertebrar nuestro Estado democrático y social dentro del marco de las relaciones internacional, especialmente, con la Unión Europea de la que formamos parte de pleno derecho, sin olvidarnos nunca de los países hermanos de habla española, sobre todo los países Hispanoamericanos.

El objeto de este artículo con tintes ensayísticos viene a poner de manifestó la necesidad que tiene, no solo España, sino la Unión Europea (en adelante UE), de dar una respuesta colegiada e igualitaria, desde el propio Parlamento Europeo, en intensidad y extensión sobre la protección social de quienes no solo son ciudadanos de alguno de los países que integran la UE, sino, igualmente, de cualquier persona que por un motivo u otro se encuentre residente en el ámbito territorial de aplicación del Derecho de la Unión Europea, sin distinción alguna, debiendo tener un sentido de universalidad sin sesgos burocráticos para cualquier persona que precise protección social pública, haya o no contribuido con su trabajo a incrementar el correspondiente erario público del país en cuestión objeto de su residencia.

En estos tiempos de la globalización e internalización de los mercados y todo lo que conlleva las nuevas tecnologías del conocimiento y la información, "la era de la inteligencia artificial", no puede significar ningún impedimento sapiencial para que la protección social pueda llegar sin limitaciones a cualquier persona necesitada de la misma, lo suficientemente amplia para atender cualquier hecho causante en el que esté implicado de forma directa o diferida la parte actora, no debiendo de existir ningún tipo de discriminación por ninguna circunstancias, sean objetivas o subjetivas².

Hace exactamente unos meses, en nuestro país, se convalidó en el Congreso de los Diputados un Real Decreto aprobado por el Consejo de Ministros que venía a actualizar determinadas normas urgentes relativas a la protección social y a evitar la precariedad en el ámbito laboral. Normas cuyo espíritu van dirigidas a aquellas personas y familias que son más vulnerables a estar viviendo situaciones de pobreza ante la actual situación económica que no da respuesta a la cada vez mayor demanda de trabajo y cuando se oferta, la misma suele estar impregnada de precarios salarios que a lo sumo hacen sobrevivir a quienes lo reciben, precisando que los mismos

² Sí el artículo 14 de la CE determina que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. No es menos cierto, que el anterior artículo en concurrencia con el artículo 13 del mismo Texto legal, los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

sean coadyuvados con otras medidas fiscales, tributarias, laborales o de seguridad social, para evitar que la situación pueda agravarse aún más.

No es menos cierto, que cada país de los que integran la Unión Europea tiene su propia casuística cultural, pero a pesar de las divergencias existentes a nivel plurinacional, entre los distintos “Estados de derecho”, no podemos obviar que al estar todos bajo un mismo “timonel europeísta”³, cualquier giro en un sentido u otro afecta a todos en mayor o menor medida, para lo cual, es necesarios que la implementación de políticas públicas en el ámbito de la protección social tengan una regulación similar o análoga en toda la comunidad europea para evitar desajustes o disociaciones que pongan en peligro la estabilidad social y comunitaria⁴.

Cada año el mercado laboral se está convirtiendo en un desafío permanente en la UE, y sí queremos que los países aumenten su competitividad y aumenten las oportunidades de encontrar empleo, no quepa la menor duda que todo ello tiene una correlación directa con tener establecido un sistema de protección que responda ante cualquier contingencia laboral o no.

Por tanto, el conjunto de países que integran la Unión Europea sí queremos mantener el espíritu fundacional en cuanto a objetivos y valores, se hace necesario y urgente que todos sin excepción, realicen las reformas económicas y sociales para dar respuesta en el ámbito de la protección social, no solo a quienes por su contribución tienen derecho, sino a quienes viven en la pobreza y en la exclusión social, los cuales precisarán mayores inversiones que atiendan a estos contingentes de personas que malviven precariamente, en muchas ocasiones solventadas estas situaciones no deseadas, gracias a las organizaciones de la Iglesia católica y otras confesiones religiosas y otras organizaciones no gubernamentales de extensión internacional e incluso localistas como pueden ser las cofradías o hermandades.

³ El 1 de diciembre de 2009 entró en vigor el Tratado de Lisboa, que sobre todo pretende hacer una UE más democrática, más eficiente y mejor capacitada para abordar, con una sola voz, los problemas mundiales, entre los que están no solo el cambio climático, sino otros muchos más, destacando la protección sociales de sus ciudadanos sean de derecho, de hecho o transeúntes.

⁴ En estas últimas elecciones celebradas para cubrir las plazas de diputados en el Parlamento Europeo, sobre todo a nivel Español, por ser un claro referente, el número de electores que han manifestado su apoyo a partidos “euroescépticos” ha aumentado considerablemente, sin necesidad de tener que hacer referencia a ninguna sigla o siglas en concreto.

Y para ello va a ser necesario y urgente, que a nivel de gestión y gobernanza los intereses políticos se dejen estacionados y se dejen guiar los políticos europeístas por los intereses generales y sociales previstos en los Tratados de Adhesión y demás normativa de aplicación y a través de las instituciones a las que representan, aumentar la colaboración y cooperación política para establecer objetivos comunes que permitan avanzar en conseguir, por un lado, la inclusión social y, por otro lado, la protección social de toda la sociedad civil a nivel de asistencia sanitaria, farmacológica y pensiones.

II. DERECHOS SOCIALES

El derecho a la salud no puede ser considerado únicamente por cuestiones mercantilistas como el derecho a gozar de buena salud o estar sano, sino como un derecho que contiene tanto libertades⁵ y derechos⁶ que permiten al individuo, a la persona, con nombre y apellidos, alcanzar el más alto nivel de salud en concurrencia con la protección social susceptible de ser alcanzados y que, por lo tanto, conllevan a obligaciones para el Estado en el sentido de permitir que el individuo, la persona, cuando lo precise ante un hecho causante derivado de enfermedad común o profesional los pueda ejercer activándolos sin muchas trabas de la burocracia maquina, la cual siempre actúa con un impropio sentir reticente.

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad⁷.

Los Estados que forman parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales deben de reconocer de forma fehaciente,

⁵ Dentro de las libertades, encontramos el derecho del individuo a controlar su salud y su cuerpo y el derecho a no padecer injerencias en su integridad como podrían ser torturas y/o tratamientos y experimentos médicos no consensuales.

⁶ Dentro de los derechos, encontramos el derecho a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud sin estridencias en normativas complejas que tras el recorrido de vericuetos reglamentarios no tengan derecho alguno.

⁷ Artículo 25.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

notoria y pública el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberían adoptar los Estados adheridos voluntariamente al referenciado Pacto gubernamental, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarían las necesarias para⁸:

- a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes deben comprometerse a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines⁹:

1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. Especialmente en el ámbito laboral con la presencia en las empresas de médicos especializados en medicina del trabajo y psicólogos, y unas buenas contrataciones, sí la vigilancia de la salud está externalizada, teniéndose más en cuenta la calidad de los servicios que deben de prestar, que los costes mercantilistas de la adjudicación y, a posteriori, el cumplimiento de los objetivos.
2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma.

⁸ Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y que entró en 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

⁹ Los artículos 11, 13 y 19.2 de la Carta Social Europea, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996.

3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras pandemias que pudieran darse.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las partes contratantes deben comprometerse, sin duda alguna:

1. A velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de Seguridad Social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado.
2. A velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales, aunque no siempre se consigue en este "mundo" tan competitivo, que arrasa al que se queda estático.
3. A disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar.
4. Aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes partes contratantes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953.

Todo ser humano, sin distinción ni discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la UE se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana¹⁰.

Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la

¹⁰ Artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad¹¹.

Todo individuo tendrá derecho a disfrutar del mejor estado físico y mental posible. Los Estados firmantes de la presente Carta tomarán las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo y asegurarse de que reciben asistencia médica cuando están enfermos¹².

Lo principal es que todos los ciudadanos y ciudadanas, que sean titulares del derecho a la asistencia sanitaria y beneficiarios a su cargo y que cumplan los requisitos exigidos por la legislación española y por los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social hayan obtenido y obtengan la tarjeta sanitaria europea, la cual les permitirá ser tratados en la red pública y privada concertada de centros hospitalarios situados en la Unión Europea.

En España, las personas "aseguradas" bajo el Sistema Nacional de Seguridad Social y sus beneficiarios tienen derecho a atención médica, diferenciándose entre el asegurado, que puede recibir atención médica si trabaja, si se encuentra en servicio activo y está registrado como tal en la Seguridad Social¹³, así como si es un jubilado o desempleado que percibe prestaciones o subsidios de desempleo y es residente en España. Por otro lado, están los beneficiarios que puede recibir atención médica si es pariente de una persona asegurada, es residente en España y cumple con ciertos requisitos.

Algunas categorías de emigrantes españoles y algunos de sus familiares pueden recibir atención médica aunque no estén cubiertas por ningún sistema de protección social. Tienen este derecho cuando regresan temporal o permanentemente a España.

Los extranjeros que no residan legalmente en España pueden recibir atención médica en casos de emergencia, embarazo, parto y atención postnatal, aunque la llegada de otro gobierno a nivel nacional volvió a

¹¹ Artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en cuanto al Derecho a la preservación de la salud y al bienestar.

¹² Artículo 16 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

¹³ Tesorería General de la Seguridad Social la cual tramita todo lo relacionado con las normas de pensiones y otras prestaciones, así como las derivadas de la incapacidad temporal en sus diferentes su apartados, destacándose para el presente artículo la asistencia sanitaria, el desempleo, la incapacidad permanente, la incapacidad temporal, el cuidado de menores con cáncer u otras enfermedades graves, lesiones no invalidantes, paternidad, maternidad, prestaciones familiares, prestaciones farmacéuticas, prestaciones por muerte y supervivencia, prestaciones sobre el riesgo de embarazo y durante la lactancia, etcétera.

regular la activación de la universalidad en la asistencia sanitaria. Ya que solo los menores extranjeros recibían la misma asistencia sanitaria que los españoles¹⁴.

Sin embargo, las personas que no podían tener el estado de asegurado porque no cumplían con las condiciones requeridas en las normas estatales, podían acceder a la atención médica pública a través de un seguro voluntario con las autoridades competentes de la comunidad autónoma, sin contradecir la normativa básica establecida por el Estado, en donde se encontraba residiendo de forma incuestionable el paciente¹⁵.

La cuestión, es que al igual que existe una unidad monetaria común y a pesar del “Brexit” en el Reino Unido, respecto al tema de la atención sanitaria, cada país europeo tiene su propia normativa reguladora cuyo diseño del sistema de seguridad social varía de un lugar a otro, aunque no debería de existir diferencias entre países a la hora de tratar a nivel facultativo, a nivel asistencial, a un residente – paciente y de aplicarle determinados beneficios para la mejora de su salud, con especial hincapié en la asistencia sanitaria y otros servicios de la seguridad social, debiendo estar coordinados todos los servicios de seguridad social en los países de la UE para que exista un mínimo de praxis deontológica y nadie vea mermar su salud o fallezca por falta de atención¹⁶.

Un país democrático y social no puede dejar a las personas que se encuentren en su territorio sin prestaciones sanitarias, por el primer elemento esencial y necesario en la protección social, sin ningún tipo de amparo, aunque haya gentes que piensen lo contrario por razones de narcisismo ideológico, porque ese pensamiento en caso de materializarse atenta contra la dignidad del ser humano, de la propia persona, la cual por encima de toda contingencia física, psíquica, sensorial o intelectual están los sentires humanísticos solidarios y fraternales que han dado a construir un

¹⁴ Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. «Artículo 3 ter. Protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español. En aquellos casos en que las personas extranjeras se encuentren en situación de estancia temporal de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, será preceptiva la emisión de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las comunidades autónomas.

¹⁵ Se puede encontrar más información sobre la Ley General de Seguridad Social en España en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

¹⁶ Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

espacio europeo de convivencia común bajo una misma bandera azul con las idílicas y telúricas estrellas del firmamento.

Esta idea se quebró en el año 2012 ante las circunstancias de crisis económica en su correlación con otra crisis de valores, difícil de poder evaluar ideológicamente, ya que siempre las restricciones suelen ser más agresivas y perjudiciales para quienes están de hecho y derecho en situaciones precarias a nivel socio-económico y no disponen de recursos propios para su atención cuando fuera necesario activarse, porque sobreviven, en muchas ocasiones, al día, sin que exista una esperanza en un futuro más prometedor, salvo que la protección social no les deje en el rescoldo de las tibiezas.

El acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y de universalidad es un derecho básico de toda persona, *conditio sine qua non*. La garantía del ejercicio de este derecho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aún mayor importancia cuando quienes se ven privados de una asistencia sanitaria normalizada son colectivos de una especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España¹⁷.

La globalización de los mercados no puede significar ninguna debilidad ni amenaza para dar exacto cumplimiento a la prevención y mantenimiento de la salud¹⁸ y con esta bien definida, al bienestar social. Otras decisiones que puedan adoptarse por autoridades gubernamentales deben de ser descalificadas y calificadas *contra natura*, son decisiones que vulneran sin duda alguna los principios éticos y morales establecidos de forma institucional en el ámbito de las diferentes normativas internacionales tanto supranacional como europea, en el que, el derecho a la protección de la salud se reconoce de manera expresa como un derecho inherente a todo ser humano, sobre el que no cabe introducción de elemento discriminatorio

¹⁷ La entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, supuso, de facto, una vulneración de este derecho. La norma dejaba fuera de la atención sanitaria con cargo a fondos públicos a personas adultas no registradas ni autorizadas a residir en España. La prestación sanitaria quedó así limitada a la asistencia en caso de urgencia por enfermedad grave o accidente hasta la situación de alta médica y a la asistencia durante el embarazo, parto y posparto.

¹⁸ Lleva consigo la atención médico-quirúrgica y tratamiento farmacológico.

alguno, ni en general ni en particular, en relación con la exigencia de regularidad en la situación administrativa de las personas extranjeras¹⁹.

La salud de las personas no puede estar supeditada a las turbulencias y tribulaciones del ámbito político de cada cuatro años por intereses electoralistas u otros de carácter espurio, debiendo recaer sobre la garantía de este derecho y todos aquellos cuyo hilo conductor son la protección social un especial blindaje a nivel institucional, que no permita dar un paso hacia atrás en su desregulación, sino es con un procedimiento garantista de mayorías consensuadas o cualificadas y con los dictámenes favorables de los órganos dedicados técnicamente a la consulta²⁰ y, menos aún, invocando ideas mercantilistas que la economía pública no puede soportar en determinados momentos la implementación de normas legales que menoscaben un derecho individual con efectos colectivos, los cuales ante una omisión podría dar lugar, incluso, a una extensión de una pandemia por no haber sido tratada en tiempo y forma hipocrática y deontológica la salud de los ciudadanos.

En conclusión, este apartado quiere hacer ver a los lectores de forma sincera y sencilla, que la reforma que instauró el mencionado Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, desvirtuó el derecho a la protección de la salud al anular su vocación universal y eliminar la titularidad del derecho establecida en la Ley 16/2003, de 28 de mayo²¹.

¹⁹ A nivel universal, es propicio iniciar mencionando la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual indica que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure salud y bienestar, así como alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, a ella y a su familia; igualmente menciona que en caso ésta pierda sus medios de subsistencia, por circunstancias independientes a su voluntad, tendrá derecho a los seguros de desempleo y enfermedad, entre otros, que le permitan subsistir.

²⁰ En el caso español debería de ser informado por el Consejo de Estado que actualmente se rige por la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, y su Reglamento es de 18 de julio del mismo año. (Modificados por Ley Orgánica 3/2004 de 28 de diciembre) y (Real Decreto 449/2005 de 22 de abril). Incluso el propio Defensor del Pueblo a nivel nacional regulado en el Artículo 54 de la Constitución española, la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo y el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo (1983).

²¹ Supuso, de este modo, una involución del esquema legal de cobertura hasta entonces armónico con los principios que, de conformidad con los tratados internacionales, la Constitución Española y la Ley 14/1986, de 25 de abril, deben imperar en las políticas sanitarias, en la actuación de los poderes públicos y la configuración de las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud.

La exclusión del colectivo de personas adultas, no registradas ni autorizadas a residir en España, del derecho de protección a la salud y a la atención sanitaria no ha sido acorde, por tanto, con los antecedentes normativos existentes en nuestro país ni con los diversos compromisos internacionales adquiridos²², predominando un *neo liberalismo* demoledor a nivel social para los sentires humanísticos expresados en la simbología de las 12 estrellas amarillas que integran en círculo como unidad de acción en el azul de la bandera de la UE, tal y como manifesté anteriormente, por representar las mismas los ideales de unidad, solidaridad y armonía entre los pueblos de Europa.

El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, se sustentó en criterios economicistas orientados a la reducción del déficit de las cuentas públicas. Los argumentos esgrimidos fueron, en su mayoría, coyunturales y de limitado alcance temporal, asimismo éstos no han sido evaluados y por tanto no han demostrado una mejora de la eficiencia en el ámbito sanitario. Asentada en tales principios, esta regulación prescindió de garantizar legalmente el debido equilibrio entre la necesidad de asegurar la sostenibilidad financiera de la sanidad pública y la indiscutible exigencia de hacer efectivo el derecho a la protección de la salud de todas las personas.

La fragmentación en el derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria de estas personas ha agravado su situación de extrema vulnerabilidad y ha motivado que la Unión Europea, la Organización de las Naciones Unidas, las comunidades autónomas, el Defensor del Pueblo, la sociedad civil, el movimiento asociativo, las sociedades científicas profesionales, los partidos políticos y otras entidades hayan solicitado, de manera reiterada, la derogación o modificación de la norma que impuso esta exclusión hasta llegar al referenciado Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo,

²² En nuestra España plurinacional y con normativas asimétricas en las 17 comunidades autónomas que integran este país, frente a la disconformidad con la exclusión producida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, incluso gobernadas por los mismos “colores” que el Estado, desarrollaron procedimientos con diferente amparo normativo –comunicados, instrucciones, resoluciones, órdenes, decretos o leyes, un *totum revolutum*– para prestar asistencia sanitaria a estas personas excluidas por imperativo legal. Eso sí, el Poder Ejecutivo, es decir, el Consejo de Ministros se encargó de encargarle a los Letrados del Estado que todas estas iniciativas fuesen en su mayoría impugnadas y/o anuladas ante el Tribunal Constitucional, lo que a su vez dio lugar en el ámbito, no solo político, sino jurídico, a una inequidad manifiesta y una situación de inseguridad jurídica que afectó a las personas que lo disfrutaban, a los y a las profesionales que prestaban la atención sanitaria, así como a las diferentes Administraciones autonómicas que las han aprobado de forma “alegal”.

de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, que ha recuperado el *statu quo* anterior²³.

Por ello, el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019, que nunca llegaron a aprobarse, lo que dio lugar a la convocatoria anticipada de elecciones a las Cortes Generales, incorporó una disposición previendo la dotación del Fondo Estatal para la Integración de los Inmigrantes durante 2019 al tratarse de personas sin prestaciones contributivas ni asistenciales.

Este Fondo sería el instrumento necesario para articular la colaboración entre la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales para el desarrollo conjunto de una estrategia de integración de inmigrantes, solicitantes de asilo y beneficiarios de protección internacional que permita garantizar la cohesión social, dar respuesta al desafío de los nuevos flujos migratorios y garantizar el respeto de los derechos y obligaciones internacionalmente reconocidos.

La acogida ofrecida a las personas inmigrantes constituye uno de los principales condicionantes del proceso de integración intercultural de carácter transversal, en la medida en que una buena gestión de la acogida con la impronta de la sociabilidad y la socialización permitiría acelerar la inserción en todos los ámbitos vitales (el vecinal, el laboral, el escolar, etc.). En sentido inverso, la ausencia de una acogida adecuada tiene un análisis de debilidad retardada en los procesos de inserción, provocando en muchas ocasiones la necesidad de esfuerzos adicionales, tanto por parte de los propios ciudadanos y ciudadanas inmigrantes como de la sociedad receptora.

Además, la acogida juega también un papel esencial en la adquisición de un sentimiento de pertenencia a la nueva sociedad, una nueva cultura con lo que ello implica, porque la forma en que las personas inmigrantes experimentan que han sido acogidas deja una marca indeleble en su biografía vital a partir de ese momento de inflexión y en la valoración de su proceso migratorio al paso del tiempo.

En correspondencia con esta importancia crucial, los programas de acogida deben de ocupar un lugar preponderante en los planes y

²³ Hace hincapié esta norma legal en la protección social durante los tiempos de desempleo de los trabajadores, a fin de evitarles que esta situación supongan momentos de angustia y pérdida de esperanza en volver con la mayor rapidez al empleo o, al menos, no dejarles sin percibir un subsidio que incidirá de forma directa en la futura pensión de jubilación.

documentos sobre integración a escala europea, estatal, autonómica y local, y en las acciones desarrolladas por numerosas organizaciones no gubernamentales y agentes sociales.

Teniendo presente lo anterior, resulta de extraordinaria y urgente necesidad dotar con suficiente presupuesto el Fondo Estatal para la Integración de los Inmigrantes para llevar a cabo las acciones de colaboración entre todas las Administraciones competentes²⁴ para que se facilite la integración de los inmigrantes y la cohesión social en nuestro país comenzando por el municipio, primer receptor²⁵.

En fin, todos los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y cuántos más derechos civiles, mejor, están súper bien reconocidos y establecidos y en su máxima amplitud, sí se recogen sin lagunas significativas, sin definiciones jurídicas indeterminadas y con carácter absoluto y especial el Derecho a la Salud y con este toda la Protección Social básica y complementaria hacia cualquier persona por el solo hecho de precisar cualquiera de los elementos que se puedan recoger con carácter general en la definición del concepto jurídico ético del Derecho a la Protección Social en el marco de las relaciones interadministrativas en la UE por ser un derecho humano universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado²⁶.

III. CONCLUSIONES SOCIALES

Quienes accedan a los órganos de gestión y gobernanza no pueden ignorar el artículo 43 de la CE en el sentido que, compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas

²⁴ Es necesario que la Administración pública cambie el paradigma de un búnker y cuente con la población en la toma de todas las decisiones en materia de salud a nivel local, regional, nacional e internacional; también de los derechos civiles como el principio de no discriminación o el derecho a la identidad que permite ejercer los derechos políticos desde la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de las instalaciones, bienes, servicios y los propios programas de salud.

²⁵ Ello se materializa a través de lo dispuesto en la disposición adicional segunda de este real decreto-ley. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 ter de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, el Fondo Estatal para la Integración de los Inmigrantes tendrá una dotación de 70 millones de euros para el ejercicio 2019.

²⁶ Esto fue reafirmado por 171 representantes de gobiernos asistentes a la Conferencia de Viena de 1993, al igual que por tratados como la Convención sobre los Derechos del Niño que, en un solo texto, reconoce los dos tipos de derechos.

preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

El Estado de Derecho democrático y social tiene la obligación ineludible de adoptar medidas legales y reglamentarias y llevar a puro y debido efecto el cumplimiento del derecho a la salud a fin de que sea reconocido no solo a nivel gubernamental sino a pie de calle por cuantos ciudadanos y ciudadanas lo precisen ante un hecho causante.

Por tanto, desde mismo Estado deben de darse todo tipo de instrucciones que promuevan, faciliten, mantengan o restablezcan el acceso a la protección social desde el ámbito de la salud y el bienestar ante circunstancias que hagan necesaria la puesta a disposición de las personas de prestaciones sociales básicas y complementarias que coadyuven situaciones no deseadas o de fuerza mayor²⁷.

En caso que se vulnere estos derechos a la protección social disponemos de mecanismos administrativos y jurisdiccionales para invocar su implementación, entre los que destacamos de forma sucinta.

1. El Defensor del Pueblo se encuentra designado, en virtud de lo establecido en el artículo 54 de la Constitución Española, como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos recogidos en el Título I de la Constitución, encuadrándose el artículo 51 de la Constitución dentro del mencionado Título I.
2. El artículo 51 de la Constitución Española se integra dentro del Título I de la Constitución, prohibiéndose la adopción de Decretos-Leyes que afecten a los derechos, deberes o libertades recogidos en dicho Título I, aun en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad en los que, para la regulación de otras materias, sí resulta procedente recurrir a los Decretos-leyes (art. 86.1 de la Constitución Española).
3. El artículo 51 de la Constitución Española se integra dentro del Capítulo III ("De los principios rectores de la política social y económica") del Título I de la Constitución, disponiendo el artículo 53.3 de la Constitución que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el mencionado capítulo informarán la

²⁷ SACO CHUNG, V. *El Derecho a la Salud en el Derecho Internacional: Un Mínimo Común. Denominador Universal y las Obligaciones que de este Emanan*. Ed. Derecho & Sociedad. Págs. 305-311.

legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Sin embargo, dichos principios sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen²⁸.

Finalmente, generalmente, pero no siempre y en todo caso, para acudir a esos mecanismos internacionales de denuncia y protección resultará necesario agotar previamente la vía judicial interna²⁹.

Se tiene constancia que los eurodiputados del anterior periodo legislativo respaldaron una resolución que pide nuevas sanciones de derechos humanos de la UE para castigar a los agentes estatales y no estatales responsables de violaciones graves de los derechos humanos, y dentro de éstos se encuentra la Protección Social.

En esta resolución adoptada en marzo, el Parlamento Europeo pide que se establezca un nuevo régimen de sanciones a nivel de la UE para imponer congelaciones de activos y prohibiciones de visado a las personas involucradas en violaciones graves de los derechos humanos. La lista debe incluir a los actores estatales y no estatales que han contribuido, físicamente, financieramente o mediante actos de corrupción sistémica, a tales abusos y delitos, en todo el mundo.

Los eurodiputados afirman que la decisión de enumerar y eliminar a las personas involucradas debe basarse en criterios claros, transparentes y específicos, directamente relacionados con el delito cometido, a fin de garantizar una revisión judicial exhaustiva y la reparación de los derechos. También instan a los países de la UE a establecer un mecanismo para imponer sanciones y tener una supervisión europea, ya que en los últimos meses también ha habido casos en que las empresas y los países europeos han violado las sanciones de la UE. El nuevo régimen de sanciones fortalecería el papel de la UE como actor global de derechos humanos y que la Protección Social no fuese cuestionada por ningún tipo de razón de carácter subjetivo o infunda en razones de sobriedad y austeridad hacia las clases más necesitadas.

Antes de finalizar con el epílogo, indicar la importancia que tienen para la eficacia de la protección social pública el estudio y la investigación, desde los más diversos puntos de vista, como paso previo a la toma de

²⁸ Artículo 53.3 de la CE.

²⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la UE y la Comisión Europea.

decisiones viene reconocida en el propio texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en concreto, en su artículo 5.3. La Orden TAS/3988/2004, de 25 de noviembre, que creó el Comité para el Fomento de la Investigación de la Protección Social y la Comisión Asesora del mismo nombre, órganos colegiados destinados a promocionar la investigación en el campo de la protección social y a lograr su máximo aprovechamiento futuro, así como a establecer vías de cooperación entre las distintas instituciones, públicas y privadas, que operan en este campo.

En el ámbito de la Administración Local de tiempo atrás están funcionando de forma satisfactoria programas de las comunidades autónomas que están coadyuvando a los servicios sociales comunitarios en la realización de proyectos en zonas especialmente desfavorecidas de los municipios en donde la crisis económica se ha incrustado con sustantividad propia en los núcleos y sin esta ayuda sería muy difícil poder reconducir la inercia que tiende a la pobreza ante la falta de protección social en su máxima amplitud de socialización y sociabilidad.

En fin, toda esta reflexión está basada en un sentir de Justicia Social y transmitir la impronta para la resiliencia, por ser ésta la que mejor nos sitúe frente al cambio climático, así como el medio ambiente y la biodiversidad, luche contra la desigualdad por medio de una fiscalidad justa y de la protección social, luche contra la delincuencia organizada y profundice el diálogo y la cooperación en materia de migración y de movilidad, en particular para evitar la migración irregular y la trata de seres humanos.

DIMENSIONES DE LA REALIDAD EDUCATIVA DE LAS ALUMNAS DE ORIGEN MARROQUÍ AL LLEGAR A LA EDUCACIÓN SECUNDARIA EN UN MARCO FRONTERIZO COMO ES LA CIUDAD DE ALGECIRAS

MARÍA ROSA SÁNCHEZ MONCAYO

PSICÓLOGA Y ORIENTADORA ESCOLAR

CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y DEPORTE: JUNTA DE ANDALUCÍA

SUMARIO

I. RESUMEN	315
II. POBLACIÓN DE ORIGEN MARROQUÍ EN ALGECIRAS	316
III. PERFIL DEL ALUMNADO DE ORIGEN MARROQUÍ.....	317
IV. CAPACIDADES DE APRENDIZAJE DE LAS ALUMNAS DE ORIGEN MARROQUÍ Y CIRCUNSTANCIAS DE ESCOLARIZACIÓN.....	318
V. PERSPECTIVAS DE LAS FAMILIAS EN LA EDUCACIÓN DE SUS HIJAS	319
VI. ALUMNAS MARROQUÍES AL LLEGAR A LA EDUCACIÓN SECUNDARIA. DESARROLLO DEL POTENCIAL Y TALENTO INTELLECTUAL.....	320
VII. CONCLUSIÓN.....	321
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	322

I. RESUMEN

El objetivo del presente artículo es analizar las dimensiones de la realidad educativa en las alumnas de origen marroquí al llegar a la Educación Secundaria. Concretamente, se hace de interés, el análisis del éxito escolar y la continuidad de estudios, de este tipo de alumnas en Algeciras, ya que el municipio se constituye con el mayor asentamiento de la población marroquí en la provincia de Cádiz y por hallarnos en un marco fronterizo entre dos países y continentes.

En relación al alumnado de origen marroquí, investigaciones previas recogen la relación que se establece entre el tiempo desde el que llevan residiendo en España y la prospección de éxito en el sistema educativo español. Sin embargo, en la experiencia del profesorado perteneciente a los equipos de Orientación Educativa y departamentos de Orientación, que

desde hace más de doce años atienden en la localidad algecireña, como zona fronteriza, permite recoger testimonios que abalan la existencia de otro factor influyente en la continuidad de estudios de este alumnado: las expectativas de sus familiares sobre el valor de la educación como medio de progreso en la vida. Además, en relación al género, las expectativas académicas se muestran diferenciadas para sus hijos e hijas. Estas creencias que según el género se dispone por parte de las familias, se relaciona con el estatus socio-económico de partida y la formación previa o posibilidad de haber tenido acceso a la educación en edades más tempranas. Por último, el estatus socioeconómico, así como el acceso previo a la educación difieren según procedan las familias de distintas zonas geográficas en el país de origen (Marruecos).

Por un lado, se hallan experiencias de familias que abogan tanto para sus hijos como hijas, por la continuidad de estudios académicos como medio de superación personal y modelo de productividad social. En contraste, en la realidad educativa se atiende a familias que esperan únicamente subsistir, mostrando expectativas de continuidad respecto a la educación como camino de progreso en la vida, pero exclusivamente concebido para la andadura de sus hijos o descendencia masculina. En este último caso, la expresión de actitudes del prejuicio sexista se manifiesta fundamentalmente, en las familias, mediante formas paternalistas dominadoras (hostiles) y de tipo benevolente hacia sus hijas, orientándolas a verse relegadas al proyecto de vida con proyección preferentemente enfocada a la dedicación de tareas privadas-domésticas y cuidados familiares. Sin embargo, para los hijos, se espera, por parte de sus familiares, el éxito en el mundo público a través del progreso que le facilita el estudio académico.

II. POBLACIÓN DE ORIGEN MARROQUÍ EN ALGECIRAS

Según el censo de la población: españoles, marroquíes y bolivianos son los habitantes inmigrantes más numerosos en Algeciras. Según los datos publicados por el INE a 1 de Enero de 2018, el número de habitantes en el municipio era de 121.414. Un 10,29% de su población, han emigrado a esta ciudad desde distintos países y de ellos, el 57,2% de personas inmigrantes son de origen marroquí. Fundamentalmente, se ubican en la zona céntrica baja de la ciudad, colindante con el Puerto que es de tráfico marítimo (aquí se muestra el asentamiento como un pequeño Marruecos incardinado con naturalidad en el corazón de la ciudad, en donde existen mezquitas y calles llenas de carteles en árabe) y del mismo modo la población inmigrante habita en las Barriadas del Saladillo, Piñera y Bajadilla.

III. PERFIL DEL ALUMNADO DE ORIGEN MARROQUÍ

En la tradicional literatura o investigación existente de carácter nacional e internacional (Baker, 1997; Kangas, 1988), hallamos correlatos sobre las diferencias en el rendimiento escolar que alcanzará el alumnado inmigrante y la continuidad académica que puede conseguir, según se halle recién llegado de Marruecos o no. El alumnado de origen marroquí que acaba de incorporarse, precisa de un progreso de acogida, de ayuda y apoyo del profesorado especializado en atención lingüística, en primer lugar para vencer la barrera del idioma. Cualquier docente, puede observarse a menudo, sin saber siquiera, si se lleva algún tipo de atenciones o evaluaciones especializadas para con el alumnado inmigrante y por otro lado, el profesorado precisa poner en marcha con urgencia, actuaciones de evaluación inicial sobre conceptos básicos para el aprendizaje y pre-requisitos referidos a la lectura, escritura, cálculo, grafomotricidad y orientación temporal inclusive, antes de dar lección sobre conocimientos de cualquier asignatura.

Es importante que la escuela considere el tipo de idioma que se habla en el medio familiar para saber qué tipo de ayuda o grado de estimulación precisa el alumnado en este sentido, además de resultar imprescindible, conocer las características y perfil de su ambiente socio-económico para atender a cualquier tipo de necesidad. Así estas investigaciones se han centrado en aquellas condiciones que promueven situaciones de fracaso escolar y únicamente en aquellos estudiantes que tienen problemas para integrarse. Este enfoque basado en el fracaso, ha originado que con el tiempo la categoría de "marroquí" en el ámbito académico se asocie únicamente al estudiante con un bajo desempeño y poca continuidad, invisibilizando la existencia de trayectorias académicas exitosas asociadas a otra tipología de alumnado de origen marroquí.

De esta manera, en los últimos diez años, ha ido proliferando la publicación de estudios (Aparicio, R., Tornos, A. 2006) que describen también a la población de alumnado de origen marroquí que llevan algunos años escolarizada en nuestro país y que en este caso se asocia a condiciones claramente proclives de continuidad en el sistema educativo. Y también en los últimos tiempos se describe a quienes como nativos o nacidos en España (que ocupan una primera o segunda generación en la descendencia respecto a familias marroquíes) tienen una perspectiva de éxito escolar.

Sin embargo, a las anteriores dimensiones analizadas que pudieran ser influyentes en cuanto a la continuidad en el sistema educativo, añadimos otros factores observados en la experiencia de las compañeras que ejercen como profesoras en la especialidad de atención lingüística durante décadas

en la ciudad de Algeciras, así como la extraída por el profesorado que ejerce su labor desde la orientación educativa, desde hace, al menos, doce años. Concretamente, puede observarse, de forma independiente al tiempo que lleven estas familias en España, la influencia del estatus socioeconómico con el que cuentan cuando llegan a nuestro país y su relación con las expectativas escolares o idea de la educación como medio de superación en la vida.

A lo anterior, más interesante si cabe, viene observándose en el marco de esta ciudad fronteriza, asociado al estatus socioeconómico, una apuesta diferenciada sobre la educación de las hijas respecto a los hijos de familias marroquíes. Y es que las personas, según la zona geográfica de procedencia en su país, van a presentar expectativas diferentes, que vienen a ser las siguientes:

1. De subsistir socioeconómicamente, tratándose en estos casos, de población marroquí fundamentalmente de zonas rurales y lugares más deprivados. Para estas familias, la educación prácticamente no ha trascendido el marco del hogar, habiendo conseguido si han desarrollado la escritura, hacerlo en árabe, fundamentalmente a través de temáticas religiosas, del conocimiento del Corán y con ayuda de las "madrazas". En este caso, muestran expectativas de continuidad respecto a la educación, como camino de progreso en la vida, exclusivamente concebidas para la descendencia familiar masculina.
2. Asociadas a la necesidad de prosperidad en la vida con apoyo del marco escolar o sistema educativo tanto para sus hijos e hijas. Se trata de familias procedentes fundamentalmente, de zonas urbanas, con cierto nivel socio-económico. En este caso, se percibe que conocen el idioma francés, por lo que la alfabetización española resulta más fácil.

IV. CAPACIDADES DE APRENDIZAJE DE LAS ALUMNAS DE ORIGEN MARROQUÍ Y CIRCUNSTANCIAS DE ESCOLARIZACIÓN

A través de las entrevistas mantenidas en el marco escolar, con las madres inmigrantes no nativas, pueden constatarse que estas mujeres, presentan un nivel educativo más alto cuando proceden de zonas urbanas, siendo incluso superior a las nacidas, de nueva generación y descendencia en España. Las capacidades de aprendizaje del alumnado, pueden ser animadas para su desarrollo, cuando tienen de referente a estas

progenitoras. El referente materno en estos casos, influye del mismo modo y sin diferenciación, tanto en los hijos como en las hijas y por tanto las circunstancias de escolarización serán de aprovechamiento y desarrollo de sus talentos a lo largo de las distintas etapas educativas. En la literatura de la psicología y pedagogía, se recoge el llamado efecto "Pígalión" que puede ser relacionado con las expectativas de las familias de origen marroquí (Rosenthal y Jacobson, 1968). El efecto pígalión explica que la existencia firme respecto a algo, conduce a que acabe ocurriendo lo imaginado, porque nuestra conducta procura ser coherente con los pensamientos y creencias. De esta forma, aplicando el concepto de la auto-profecía cumplida, se explica cómo las creencias por las que apuestan las familias marroquíes en nuestro país, se traducen en la expresión de la implicación que consiguen sus hijos e hijas en el sistema escolar, siendo finalmente traducido, en el resultado de éxitos académicos y posibilidades de contribución socio-laboral y económica.

V. PERSPECTIVAS DE LAS FAMILIAS EN LA EDUCACIÓN DE SUS HIJAS

Respecto a las familias inmigrantes que pretenden subsistir, viene sucediendo con frecuencia, que el hombre o figura paterna, ha venido en primer lugar a España para asentarse y después lo hará el resto de miembros familiares. Observamos, que las madres al acudir a entrevistas en los centros escolares, muestran problemas relacionados con la salud, que a menudo pueden ser deducidos, de origen psicossomático y asociados a estados depresivos o de ansiedad. La adaptación de las familias marroquíes más marginadas y rurales, a una sociedad y ciudad europea, con rasgos, costumbres sociales, culturales y normas marcadamente diferentes, pueden llevar al aislamiento y al sentimiento de exclusión social que se manifiestan en la carga y el defectuoso estado de salud en las mujeres. Las madres del alumnado en estos casos, diferencian lo que esperan de sus hijos respecto a sus hijas, en relación a la necesidad de continuar en el sistema educativo como medio de progreso en la vida. A menudo, pueden recurrir a sus hijas para la ayuda en casa y hacer llevadera la sobrecarga del cuidado de sus hijos menores, mientras que los hijos continúan con sus estudios. En este caso, se hace manifiesta la expresión de actitudes de prejuicio y conductas discriminatorias hacia las hijas, basadas en la idea de diferenciación de género competitiva, según la cual mujeres y varones poseen cualidades diferentes, cualidades que en el caso de las alumnas, derivan a orientarlas desde las familias al ámbito privado-doméstico y a los hijos, dirigirlos al éxito en el mundo público a través si es posible del estudio académico (Peter Glick y Susan Fiske, 90).

VI. ALUMNAS MARROQUÍES AL LLEGAR A LA EDUCACIÓN SECUNDARIA. DESARROLLO DEL POTENCIAL Y TALENTO INTELECTUAL

Debido a las diferentes regiones y circunstancias socioeconómicas, de procedencia en las familias de origen marroquí al llegar a nuestro país, se evidencia una variedad enorme en los niveles educativos y aprovechamiento en nuestro sistema escolar. Existe alumnado que lleva en España bastantes años y sin embargo presentan una competencia lingüística muy pobre, lo cual ha influido en el desempeño curricular y sin embargo otros que han conseguido hallarse al mismo nivel que sus compañeros y compañeras, en cambio, prosperan y desarrollan posiblemente sus talentos.

En el caso de las alumnas marroquíes al llegar a la educación secundaria, si proceden de familias cuya necesidad es primaria y de subsistencia, pueden frecuentemente asistir con retrasos a los centros escolares porque antes han dejado a sus hermanos en la educación infantil y primaria. Sin embargo, las niñas a las que se les ha apoyado igual que a sus hermanos y sus familias están concienciadas con la escuela, muestran una gran perseverancia y conducta admirable con alto nivel de resiliencia en el estudio (factor decisivo en el desarrollo del potencial y el talento académico-intelectual). Por el contrario, las alumnas de origen marroquí que no están apoyadas en casa, manifiestan consultas a los departamentos y equipos de orientación, sobre quejas que vienen a parecerse a las de sus progenitoras, con síntomas de tensión en casa y problemas relacionados con la ansiedad, frecuentemente abandonando el sistema educativo sin titulación. De esta forma, comienzan a realizar preguntas sobre la posibilidad de abandonar la Educación Secundaria obligatoria cuando lleguen a tener la edad mínima para dejar los estudios. En otras ocasiones, pueden recogerse comentarios sobre compromisos anunciados de próximos matrimonios, dedicación en la crianza futura de hijos o hijas y pactos de protección hacia ellas, como salida o proyecto de vida. En cualquiera de estos últimos casos, la conducta de abandono del sistema escolar por parte de las alumnas, se encuentra respaldado por un sistema influyente ideológico hostil y protector hacia ellas, instaurado y normalizado en la mentalidad de sus familias. El éxito en el ámbito público, a través de la consecución de objetivos en el mundo educativo, queda reservado para los hijos o género masculino y sin embargo, el estatus de poder en la dedicación al ámbito íntimo-familiar es otorgado a las hijas, manifestado a través del abandono del sistema educativo. Tanto un sistema de creencias benévolas como hostiles (explicadas por las últimas líneas de investigación sobre los prejuicios hacia la mujer, que han llevado a hablar de nuevas formulaciones y su concepción del sexismo ambivalente), se encuentra por tanto reforzado, en este tipo de familias. Se trata de un

sistema ideológico en la sociedad, que suele tener sus raíces en las condiciones biológicas y sociales comunes a todos los grupos humanos donde, por una parte, los hombres poseen el control estructural de las instituciones económicas, legales y laborales a las que se ha podido acceder a través del progreso que le ha permitido frecuentemente la formación académica pero, por otra parte, la reproducción sexual proporciona a las mujeres *poder diádico* (esto es, el poder que procede de la dependencia en las relaciones entre dos personas), en cuanto que los hombres tienen que depender de las mujeres para criar a sus hijos. De esta manera, en las familias de origen marroquí, que como necesidad primaria se encuentra el interés por subsistir, las creencias del proyecto de vida adecuado y que se impone a desarrollar por las hijas, perpetuará el modelo de poder estructural del varón en la sociedad.

VII. CONCLUSIÓN

Los contextos familiares y culturales de procedencia pueden contribuir al no aprovechamiento, desarrollo y potenciación de cualquier tipo de talento de tipo intelectual y académico, al abandono temprano de la escolarización y a mantener la desigualdad en cualquier sociedad. En el caso de las alumnas de origen marroquí, las circunstancias de apoyo familiar y las expectativas en su entorno socio-familiar, pueden constituirse como un elemento que especialmente les afecta en relación a la discriminación por pertenecer a su género. Las alumnas de origen marroquí que cuentan con apoyo y sobre las que se depositan expectativas positivas respecto a su evolución académica contribuyen con el éxito escolar al cambio en la percepción del rol subordinado que en la sociedad pueda disponerse de las jóvenes procedentes de Marruecos. De esta manera, puede percibirse gradualmente una condición de frontera modificada por la contribución de estas jóvenes, en un espacio para la negociación de una identidad inclusiva. Relegar la ocupación de las adolescentes de origen marroquí al cuidado de sus casas y familia anteponiéndolo a su presencia en los centros escolares y por tanto perdiendo la oportunidad para aprovechar su potencial académico y de inserción socio-laboral, no contribuye al desarrollo de una sociedad a través del aprovechamiento de las capacidades de todos sus miembros. En estos casos, las alumnas acaban abandonando el sistema educativo o no continúan en etapas postobligatorias, para llegar a considerarse en sus hogares, como “socias” necesarias y mejor vistas, desarrollando tareas familiares acordes con las expectativas de subsistencia. Así, se configura una vez más, la expresión social y cultural de las formas sexistas que vienen a perjudicar estructuralmente al género femenino (Glick y Fiske, 1996).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Aparicio, R., Tornos, A. (2006). *Hijos de inmigrantes que se hacen adultos: marroquíes*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Baker, Colin. 1997. *Fundamentos de educación bilingüe y bilingüismo*. Madrid: Cátedra.
- Bourdieu, P. (2000). *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama.
- Brah, A., (2011). "Cuestiones de "diferencia" y feminismos globales", En A. Brah (Ed). *Cartografías de la diáspora. Identidades en cuestión*. Londres.: Mapas.
- Butler, J. (2006). *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós.
- Carrasco, S., García-Castaño, F. (2011). *Población inmigrante y escuela: conocimientos y saberes de investigación*. Madrid: Estudios Create.
- Colectivo Ioé (2012 a.). "Inmigración marroquí a España. Una visión general", En *Jornadas de la Universidad de Granada*. Recuperado de: http://www.colectivoiee.org/index.php/publicaciones_articulos/show/id/144
- Deaux, K. (1976). "Sex: A perspective on the attribution process", En J. H. Harvey, R. F. Ickes y R. F. Kidd /Eds.), *New directions in attribution research*. Vol. 1. Nueva York: Erlbaum.
- Decroly, O. 1923. "La función de la globalización y su importancia pedagógica". *Revista Española de Pedagogía*, V.
- Dietz, G., G (2005). *Discriminación y anti-discriminación en España: el caso de las mujeres musulmanas*. *Campos*, 6(1-2), 27-51.
- Expósito, F., Moya, M. C., & Glick, P. (1998). "Sexismo ambivalente: medición y correlatos", *Revista de Psicología social*, 13(2), 159-169.
- Glick, P., & Fiske, S. T. (2001). *An ambivalent alliance: Hostile and benevolent sexism as complementary justifications for gender inequality*. *American Psychologist*, 56, 109.
- Glick, P., & Fiske, S. T. (1996). *The ambivalent sexism inventory: Differentiating hostile and benevolent sexism*. *Journal of personality and social psychology*, 70, 491-512.
- La Barbera, M. (2010). "Género y diversidad entre mujeres". *Cuadernos Koré. Revista de historia y pensamiento de género*, 1(2), 55-72
- Lorente, M. (2014). *Tú haz la comida, que yo cuelgo los cuadros. Trampas y tramposos en la cultura de la desigualdad*. Barcelona: Ares y Mares.

- Oso, L., Ribas, N. (2012). "De la sorpresa a la incertidumbre: abriendo etapas en el estudio de la temática sobre género y migración en el contexto español". *Papers. Revista de Sociología*, 97(3), 511–520.
- Parella, Sonia (2003). *Mujer, inmigrante y trabajadora, la triple discriminación*. Barcelona: Anthropos.
- Rodríguez-Izquierdo, R. (2011). "Éxito académico de los estudiantes inmigrantes. Factores de riesgo y protección". *Educación XX1*, 13 (1), 101-123.
- Sandín, M., Sánchez, A. (2014). "Un modelo de resiliencia en jóvenes inmigrantes a partir de un estudio longitudinal de trayectorias de persistencia académica". En E. Soriano, A. González, V. Cala (Eds.) *Retos actuales de educación y salud transcultural* (vol. 2) (pp. 175-183). España: Universidad de Almería.
- Sciortino, M. (2012). "La etnografía en la construcción de una perspectiva de género situada". *Revista Clepsydra*, (11), 41–58.
- Scott, J. (2017). *El género: una categoría útil para el análisis histórico*. En *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual* (pp. 265-302). México: PUEG.
- Silvestri, S. (2008). *Europe's Muslim Women: potential, aspirations and challenges. Research Report*. London: King Baudouin Foundation.
- Suárez-Orozco, C., Qin, B. (2006). *Gendered perspectives in Psychology: Immigrant origin youth*, *International Migration Review*, 40 (1): 165-198.
- Suárez-Orozco, C., Suárez-Orozco, M. (2001). *Children of immigration*, Cambridge: Harvard University Press.
- Veredas, S. (2011). "Identidad étnica y género entre adolescentes de origen marroquí", *Papers: Revista de Sociología*, 96 (1): 117-144.

DESARROLLO DESIGUAL AUTONÓMICO DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS DE JUBILACIÓN EN ESPAÑA. ANÁLISIS DESCRIPTIVO SOBRE INDICADORES¹

FERNANDO JIMENO JIMÉNEZ

COORDINADOR UNIDAD DE DEPENDENCIA IMSERSO EN CEUTA

PROF. TUTOR UNED EN CEUTA

SUMARIO

I. LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS COMO FUNCIÓN DE ESTADO	325
II. BENEFICIARIOS DE PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS DE JUBILACIÓN	328
1. El requisito de carencia de rentas o ingresos suficientes: reglas de cálculo de la pensión	329
2. Cuantía de la pensión	331
III. DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL AUTONÓMICA DE LAS PNCs DE JUBILACIÓN EN ESPAÑA	332
1. Estudio de variables vinculadas con requisitos exigidos a las PNCs de jubilación	333
IV. CONCLUSIONES.....	335

I. LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS COMO FUNCIÓN DE ESTADO

Cuando el legislador español a finales de 1990 aprueba la ley por la que se establecen en la Seguridad Social las pensiones no contributivas (PNCs)², se plantea como objetivo regular unitariamente las acciones del sector público³ en este tipo de prestaciones económicas. A fecha actual más

¹ El presente manuscrito es desarrollo de la ponencia impartida en el Congreso Internacional El Pilar Europeo de Derechos Sociales (Rentas Mínimas en Derecho Comparado y Pensiones), celebrado el 27/09/2018 en Sevilla, organizado por del Grupo PAI SEJ-447 "Coordinación Comunitaria de Regímenes de Seguridad Social y Asistencia Social" y el Proyecto MINECO DER 2017-83040-C4-R La Seguridad Social Internacional Comunitaria: conflictos de Leyes y Protección Social.

² Ley 26/1990, de 20 de diciembre de 1990, BOE núm. 306, de 22 de diciembre.

³ Los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona o las pensiones asistenciales derivadas de la ley 45/1960, de 21 de julio, de creación de los Fondos Nacionales para la aplicación social del Impuesto y el Ahorro (disposición transitoria vigésima cuarta de la Ley General de la Seguridad Social).

de 450.000 personas son beneficiarias de PNCs en las dos modalidades establecidas, invalidez (personas entre 18 y 65 años) y jubilación (a partir de 65 años)⁴.

El modelo de atención no contributivo tiene su origen en el artículo 41 de la Constitución Española (“mantenimiento de un régimen público de la Seguridad Social para todos los ciudadanos”). Su objetivo es atender al colectivo de personas en situación de necesidad protegible y carencia de recursos económicos propios suficientes para sobrevivir (exposición de motivos de la ley 26/90). Es una pretensión de solidaridad en el marco del Estado de Bienestar español, un reconocimiento de prestaciones mínimas de conformidad con orientaciones de naturaleza internacional.

Las PNCs se incardinan en materia de Seguridad Social, permitiendo relacionar este sistema público con “situaciones o estados de necesidad”. Se cumple así una “función de Estado” (nivel contributivo y no contributivo), tal como indica la sentencia del Tribunal Constitucional 33/2014⁵. En todo caso, el Estado ejerce funciones normativas y de ejecución en un marco de solidaridad interterritorial.

La sentencia del Tribunal Constitucional 76/1986⁶ determina la competencia autonómica al amparo del artículo 148.1.20 de la CE., toda vez que la asistencia social se convierte en el mecanismo previsto para la defensa de las situaciones de necesidad⁷. La competencia ha sido transferida a las autonomías, excepto en Ceuta y Melilla (IMSERSO).

La configuración de requisitos por el legislador gira en torno a la carencia de rentas y la situación protegible. La pretensión es que perciban PNC quienes no tengan medios de vida propios o familiares suficientes, ausencia de medios con los que atender las exigencias ordinarias de subsistencia (Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Social 4019/2003⁸). Esta limitación deviene fundamental en el momento de establecer las condiciones de acceso, circunscritas a falta de ingresos, junto a la

⁴ De conformidad con el informe de seguimiento y evolución de la gestión que elabora mensualmente el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), en julio de 2018, 256.690 beneficiarios de jubilación y 197.988 de invalidez.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 33/2014, de 27 de febrero, BOE nº 73, de 25 de marzo de 2014.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1986, de 9 de junio, BOE núm. 159, de 4 de julio de 1986.

⁷ Artículo 373.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Social núm. 4019/2003, de 11 de junio de 2003 (recurso 3941/2002).

acreditación de residencia en territorio nacional (con periodo mínimo e inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud) y, en función de cada una de las dos modalidades, haber cumplido 65 años (jubilación) o situación de discapacidad y 18 años (invalidez). La falta de cotización (o insuficiencia) en el acceso a una pensión de naturaleza contributiva es una condición tácita.

Como puede comprobarse, el beneficiario no accede con automatismo a una PNC, por encontrarse supeditado su reconocimiento al cumplimiento de requisitos (edad, residencia y rendimientos). En el análisis de su naturaleza y exigibilidad, se configura como derecho subjetivo frente a la discrecionalidad anterior, disminuyendo sus diferencias con el concepto de Seguridad Social⁹. Puede considerarse que el acceso a las PNCs se corresponde con un derecho subjetivo imperfecto¹⁰, ante el condicionante de demostrar el estado de necesidad para que se generen las prestaciones económicas, de acuerdo con los requisitos que se establezcan normativamente.

Para concluir esta introducción, deben señalarse varios aspectos relevantes. El título VI de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) incluye en el nivel no contributivo las prestaciones familiares así como las PNCs de jubilación e invalidez. Debe matizarse que éstas se convierten en jubilación cuando el beneficiario cumpla los 65 años, manteniendo las mismas condiciones de la prestación que se viniese percibiendo (artículo 367.3 LGSS). Por tanto, el receptor de la modalidad de invalidez con complemento de tercera persona¹¹ (50% de la pensión íntegra ordinaria), mantendrá esta situación al cumplir los 65 años, aunque bajo la nueva denominación de PNC de jubilación.

Las CC.AA. pueden establecer ayudas de otra naturaleza para sus pensionistas residentes en el ámbito de sus competencias (artículo 42.4 párrafo segundo LGSS). De igual modo, los beneficiarios de PNC (ambas variantes) pueden acceder al reconocimiento de complemento para alquiler de vivienda siempre que no disponga de vivienda en propiedad, sea titular

⁹ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (2006). "Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 64, 115-133. En este sentido, la autora refleja cómo el Tribunal de Justicia de la UE es partidario de un concepto amplio a nivel comunitario de Seguridad Social.

¹⁰ ALONSO-OLEA GARCÍA, B. (2016). *Derecho de la Protección Social. Derecho a la Seguridad Social, Derecho a la Asistencia Sanitaria y Derecho a los Servicios Sociales*. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters, 3ª edición.

¹¹ La PNC de invalidez con el complemento de tercera persona: PNC anual (5.321,4) + Complemento de invalidez tercera persona (2.660,7) para 2018.

de contrato de arrendamiento en el domicilio de residencia y no se encuentre vinculado con parentesco hasta el tercer grado (consanguinidad, afinidad o adopción) ni relación conyugal o asimilada con el arrendador¹². Por tanto, la PNC se puede complementar con prestaciones autonómicas aprobadas con cargo a sus presupuestos de conformidad con su marco competencial (artículo 148.1.20 C.E.), así como adicionalmente en concepto de vivienda alquilada.

La presente exposición está referida a las pensiones no contributivas de jubilación. Inicialmente se comentan los requisitos que establece la Ley General de la Seguridad Social¹³ (LGSS), para posteriormente analizar la distribución relativa territorial por autonomías, tras examen descriptivo. En función de los resultados obtenidos, se efectuará comparación con diferentes variables vinculadas con los requisitos de reconocimiento previstos en la LGSS, obteniendo conclusiones.

II. BENEFICIARIOS DE PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS DE JUBILACIÓN¹⁴

Los requisitos exigibles para el reconocimiento de una PNC derivada de jubilación se determinan en el artículo 369 de la LGSS, donde se exige el cumplimiento de condiciones de edad, residencia y falta de rendimientos. En todo caso, se reserva a personas que no tengan derecho a pensión contributiva (falta o insuficiencia de periodos de cotización):

¹² Real Decreto 1191/2012, de 3 de agosto, BOE núm. 186, de 4 de agosto de 2012, por el que se establecen normas para el reconocimiento del complemento de pensión para el alquiler de vivienda a favor de pensionistas de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva.

¹³ El Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015, aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. El importe de este complemento es de 525,00 euros para 2018.

¹⁴ Las pensiones no contributivas de jubilación en su modalidad no contributiva se regulan en los artículos 369 a 372 de la LGSS, estableciendo el 373 los requisitos comunes (para invalidez y jubilación). Debe reflejarse que en el desarrollo normativo de las PNCs de jubilación se produce remisión expresa al articulado en la modalidad de invalidez (artículos 363 a 368 de la LGSS). Así, al definir los límites de ingresos del beneficiario (artículo 363 LGSS), al regular las obligaciones personales, una vez reconocida la pensión (artículo 368 LGSS) o al definir la cuantía de la misma (artículo 364 de la LGSS).

Los preceptos recogidos en la LGSS se encuentran desarrollados en el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1991. De igual modo, la Orden PRE 3113/2009, de 13 de noviembre, BOE núm. 280, de 20 de noviembre de 2009, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Real Decreto 357/1991.

1. Haber cumplido 65 años de edad.
2. Residencia legal en territorio español y haberlo hecho durante diez años entre la edad de dieciséis y la edad del devengo de la pensión, de los cuales dos deben ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión.
3. Carencia de rentas o ingresos en cuantía superior a los límites predeterminados (artículo 363 de la LGSS), donde se establecen diferentes reglas de cálculo.

¿Cómo se acreditan documentalmente los requisitos anteriores?

La edad se justifica por medio del documento nacional de identidad (nacionales) o tarjeta de residencia (extranjeros), pudiendo exigirse certificación de nacimiento en los supuestos en los que no quede fehacientemente justificado el nacimiento.

La residencia legal debe ponerse de manifiesto demostrando dos circunstancias: (1) el interesado debe tener su domicilio habitual en territorio español y (2) ostentar la condición de residente. En el supuesto de los nacionales, ambas circunstancias preferentemente por medio de certificación de los padrones municipales; en el caso de extranjeros, (1) el domicilio habitual por medio de certificación de inscripción en el padrón municipal del territorio donde tenga la residencia y (2) la condición de residente por medio de certificación de los periodos en que haya tenido autorización para residir en territorio español (Oficina de Extranjería).

Finalmente, el cómputo de rentas puede comprobarse utilizando el acceso autorizado a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), Dirección General del Catastro o servicios Seguridad Social (Registro de prestaciones públicas, vida laboral)¹⁵. El control de rentas afecta tanto al solicitante como a los miembros de la unidad de convivencia susceptibles de influencia.

1. EL REQUISITO DE CARENCIA DE RENTAS O INGRESOS SUFICIENTES: REGLAS DE CÁLCULO DE LA PENSIÓN

Antes de expresar las reglas de cálculo, es preciso reflejar dos circunstancias a tener en cuenta, referidas a los miembros que constituyen la unidad económica de convivencia y a los rendimientos susceptibles de consideración. Por un lado, la situación de necesidad será analizada en

¹⁵ El modelo de solicitud incluye declaración responsable sobre datos económicos, de convivencia y representación legal, en su caso (guarda de hecho o representación legal).

función de los recursos propios y ajenos computables en función de los familiares que convivan en una misma unidad económica, determinada por el matrimonio y la vinculación de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado. Por otro, entre las rentas o ingresos computables se incluyen los bienes y derechos derivados de trabajo, capital¹⁶ o los de naturaleza prestacional. Finalmente, el cómputo está referido al periodo anual.

Son dos las reglas que deben ser tenidas en cuenta, diferenciando la percepción de rentas personales (beneficiario) respecto de las obtenidas por la unidad económica de convivencia (UEC):

1. Medios propios: Ausencia o insuficiencia de medios personales (cómputo anual): Deben ser inferiores al importe anual de la PNC¹⁷. En este sentido, La sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 4019/2003¹⁸ refleja cómo la finalidad de la PNC es “subvenir a las necesidades mínimas”, minorándose del importe la parte de naturaleza ganancial.
2. Una vez que se ha comprobado el cumplimiento de ingresos personales insuficientes, se analizan las rentas de la UEC, tomando en consideración la sentencia del tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 3433/2004¹⁹ donde se indica que la noción legal de unidad de convivencia está fijada normativamente y no se puede desfigurar. Por tanto, matrimonio y parentesco por consanguinidad hasta segundo grado.
 - a. Se fija un límite anual para la UEC que es el resultado de sumar al importe anual de la PNC, el producto de multiplicar el 70% de esa cifra por el número de convivientes menos uno.

¹⁶ Se tienen en cuenta tanto los rendimientos efectivos de bienes muebles o inmuebles, reales o estimados, aplicándose en ese supuesto las reglas de valoración previstas en el Impuesto de la Renta de Personas Físicas, salvo la vivienda habitual ocupada por el beneficiario y las asignaciones periódicas por hijo a cargo.

¹⁷ El importe anual asciende para 2018 a 5.321,40 euros, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional quincuagésima primera de la ley 6/2018, de 3 de julio, BOE núm. 161, de 4 de julio de 2018, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, cantidad equivalente a catorce mensualidades (artículo 46.2 LGSS) de 380,1 euros.

¹⁸ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), núm. 4019/2003, de 11/06/2003 (recurso 3941/2002).

¹⁹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), núm. 3433/2004, de 19/05/2004 (recurso 1176/2003).

- b. Si la convivencia lo es con parientes en primer grado, los límites reflejados en el apartado 2.a) se multiplican por 2,5 veces.

La finalidad de utilizar un multiplicador en el supuesto de convivencia en primer grado, tal como refleja a exposición de motivos de la norma originaria (ley 26/1990), es facilitar la permanencia de la persona mayor en su entorno familiar, junto a los hijos. La regulación enlaza la condición de perceptor con la incidencia que pueda resultar de la economía familiar.

2. CUANTÍA DE LA PENSIÓN^{20, 21}

Existen tres reglas donde se modula la cuantía de la PNC, una vez que el solicitante reúne los requisitos reflejados anteriormente en el acceso a la condición de beneficiario:

1. Situación de más de un beneficiario en la UEC: Si hay más de un perceptor en la UEC con derecho a PNC, la cuantía queda determinada por el cociente obtenido tras dividir el importe inicial incrementado en un 70% tantas veces como beneficiarios menos uno, siendo el divisor el total de beneficiarios con derecho a prestación.
2. Reajuste de la PNC en función de los ingresos de no beneficiarios convivientes: Si la suma de la PNC, obtenida de acuerdo con las reglas anteriores, con las rentas de no beneficiarios convivientes supera el límite de acumulación de recursos previsto para la UEC, se minora la prestación para que no sobrepase el mencionado umbral.
3. Existe compatibilidad con las rentas de cada beneficiario hasta el 35% del importe de la PNC anual (1.862,49 euros anuales para 2018), minorándose del total a reconocer cuando excedan de este límite. Si supera el interesado el importe anual de la PNC, no es posible el reconocimiento.
4. Importe mínimo: En caso de reconocimiento, se garantiza la cuantía mínima del 25%²².

²⁰ Los efectos económicos se retrotraen al día primero del mes siguiente al de presentación de la solicitud.

²¹ El importe de la PNC anual es tomado como referencia para ejercitar el derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social (artículo 59.2 LGSS).

Una vez emitida la resolución aprobatoria de la pensión de jubilación no contributiva, el interesado está obligado a comunicar al órgano gestor cualquier variación que pueda afectar a su convivencia, estado civil, residencia y rentas con influencia en el mantenimiento de la misma y en la determinación de su cuantía. En todo caso, en el primer trimestre de cada año debe presentar declaración de ingresos de la UEC, todo ello, respecto del año anterior o, al menos, hasta ese momento.

Por último, destacar que el reconocimiento debe inscribirse en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas, responsabilidad del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

III. DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL AUTONÓMICA DE LAS PNCs DE JUBILACIÓN EN ESPAÑA

En las próximas líneas se expone la distribución territorial de las PNC de jubilación en España (anexo adjunto), utilizando para ello la representación del número de beneficiarios respecto de la población total con 65 años y más (porcentaje), colectivo susceptible de reconocimiento. Se expresan los datos en términos relativos con la finalidad de favorecer la comparación²³. Debe reflejarse que el análisis descriptivo que se propone está referido a las autonomías con mayor desarrollo del modelo no contributivo.

La ratio de PNC resultante²⁴ se sitúa a nivel nacional en 2,91% (gráfico 1). Por cada cien personas con 65 años y más, casi tres son beneficiarias de PNC derivada de jubilación. Antes de analizar la posible existencia de diferencias en función del territorio, una primera apreciación estaría referida a la diferencia de género, toda vez que el 77,3% de los beneficiarios son mujeres. Este resultado es contrario al producido en el nivel contributivo, donde casi dos tercios de los perceptores de pensión por jubilación contributiva (62,7%) son varones.

²² En importe anual, 1.330,35 euros, resultante de catorce mensualidades de 95,03 euros.

²³ La información está referida a 2017 en la totalidad de las variables utilizadas. El motivo de fijar esta fecha es favorecer la interpretación homogénea, dado que no todas las variables utilizadas presentaban información en periodos posteriores.

²⁴ Los datos referidos a número de pensionistas de PNC se encuentran en "Informe de seguimiento y evolución de la gestión que elabora mensualmente el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO)", enero de 2017. Los referidos a la población con 65 años y más en Anuario Estadístico de España 2018 / Demografía del Instituto Nacional de Estadística (INE).
http://www.ine.es/prodyser/pubweb/anuario18/anu18_02demog.pdf.

Del estudio de la tabla reflejada como anexo, se detecta diversidad en la distribución territorial. Tomando como referencia la cifra nacional, ocho autonomías presentan un desarrollo superior a la media estatal, de menor a mayor, las CC. AA. Valenciana (3,18), Murcia (3,2), Extremadura (3,64), Galicia (3,8), Andalucía (3,99), Canarias (7,38) y las Ciudades Autónomas de Ceuta (9,31) y Melilla (14,79). Con menor desarrollo, las restantes CC.AA., destacando el bajo porcentaje de País Vasco (1,07) y Navarra (1,33).

Sentada la heterogeneidad autonómica, resultada llamativa la elevada presencia de beneficiarios en las dos Ciudades Autónomas de Melilla y Ceuta, junto a la Comunidad Autónoma de Canarias, con resultados que multiplican por cinco, tres y dos veces respectivamente la referencia nacional. Utilizando la comparación con el indicador del País Vasco, Comunidad Autónoma con el porcentaje más reducido, la proporción se eleva en torno a catorce, nueve y siete, respectivamente.

1. ESTUDIO DE VARIABLES VINCULADAS CON REQUISITOS EXIGIDOS A LAS PNCS DE JUBILACIÓN

El objetivo próximo pretende estudiar determinadas variables relacionadas con los requisitos de reconocimiento de la prestación económica no contributiva por jubilación (insuficiencia de cotizaciones, situación de necesidad económica, residencia y convivencia y edad). Una vez ordenados en la tabla anexa, facilitan un interesante análisis descriptivo. Se reflejan en el cuadro 1.

Cuadro 1. Variables utilizadas en el análisis descriptivo

Requisitos PNC	Variable propuesta
Carencia cotización	Ratio pensionista contributivo jubilación
	Tasa desempleo
Situación necesidad	Población riesgo de pobreza
	PIB per cápita
Unidad de convivencia	Tamaño medio hogar
Edad 65 años	Esperanza de vida al cumplir 65 años

Elaboración propia en base a datos 2017

Como circunstancias representativas de la insuficiencia en la cotización se propone la ratio de pensionista contributivo por jubilación y la tasa de desempleo en cada territorio. La primera es el producto obtenido de la división entre el número de personas con 65 años y más respecto del total de beneficiarios contributivos por jubilación²⁵. Es la representación de las

²⁵ Página Seguridad Social Estadísticas
<http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Inicio>

personas que obtienen pensión derivada de su cotización. De la tabla anexa se deduce que dos de cada tres personas mayores en España perciben una pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social (66%). De manera más concreta, las autonomías con un porcentaje superior a la media nacional de pensionistas no contributivos (Melilla, Ceuta, Canarias, Andalucía, Galicia, Extremadura, Región de Murcia y Comunidad Valenciana) se encuentran ubicadas entre aquellas cuyo porcentaje de “ratio pensión contributiva” es inferior a la de promedio estatal, salvo Galicia. Se aprecia una relación inversa entre ambos indicadores.

La tasa desempleo²⁶ se configura como el porcentaje de personas paradas respecto de la totalidad en edad laboral. No cabe duda que una baja cifra de desempleo es indicativa de actividad laboral, alta en Seguridad Social y aportación vía cotizaciones. Los resultados expuestos reflejan que las autonomías con elevado porcentaje de beneficiarios no contributivos, manifiestan altos indicadores de desempleo (respecto de la media estatal), a excepción de la Comunidad Autónoma de Galicia.

En el análisis del requisito de rendimiento económico, se plantean las variables población en riesgo de pobreza²⁷, así como la macroeconómica del Producto Interior Bruto (PIB)²⁸. Por una parte, la población en riesgo de pobreza representa la población que vive en hogares españoles cuya renta anual se sitúa por debajo del 60% de la mediana de ingresos. Tras el examen descriptivo, las autonomías con mayor porcentaje de pensionistas no contributivos se relacionan con aquellas con mayor porcentaje de población en riesgo de pobreza, a excepción de Galicia. Por otra, el PIB per cápita, en tanto que representación del valor de bienes y servicios generados en un periodo temporal por la población (24.999 € nacional en 2017), resulta inferior en todas las autonomías con alta presencia de PNCs de jubilación.

http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/dc6087c1-a902-493b-8626-24b0d687bef3/222584.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROO_TWORKSPACE.Z18_9H5AH880M8TN80QOV0H20V0000-dc6087c1-a902-493b-8626-24b0d687bef3-mfR8ucY

²⁶ Encuesta Población Activa del Instituto Nacional de Estadística (INE). <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4247>

²⁷ Encuesta Condiciones de vida del INE. <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=9963>

²⁸ Contabilidad Regional del INE http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736167628&menu=resultados&idp=1254735576581

La variable tamaño medio del hogar que utiliza el INE²⁹ permite realizar alguna valoración en relación con la conformación de la unidad de convivencia. El número medio de personas por hogar disminuye de manera continuada en los últimos años en España, posiblemente ante al nuevo modelo familiar. Por ejemplo, desde 3,17 (1999) a 2,49 (última referencia en 2017). Todas las autonomías con mayor desarrollo no contributivo se sitúan por encima de la media nacional (Melilla, Ceuta, Canarias, Andalucía y Murcia) o en torno a la par (Galicia, Extremadura o C. Valenciana).

Por último, la esperanza de vida al cumplir 65 años³⁰ se ha incrementado de manera notable en España con el desarrollo del Estado del Bienestar, desde 18,33 años al cumplir los 65 (1999), hasta 21,21 (2017). En este supuesto, sin excepción, las autonomías con mayor presencia del modelo no contributivo de jubilación se sitúan con una esperanza de vida al cumplir los 65 años inferior al promedio nacional.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis de los resultados se puede concluir que el desarrollo de las PNCs de jubilación en el ámbito territorial español es heterogéneo, mostrándose autonomías con elevado porcentaje de beneficiarios (Melilla, Ceuta o Canarias), junto a otras con escasa presencia (País Vasco o Navarra). La causa de esta diferenciación se encuentra en la mayor o menor presencia de un colectivo de personas mayores que, bien no ha cotizado, bien lo ha efectuado de manera insuficiente para generar prestación contributiva.

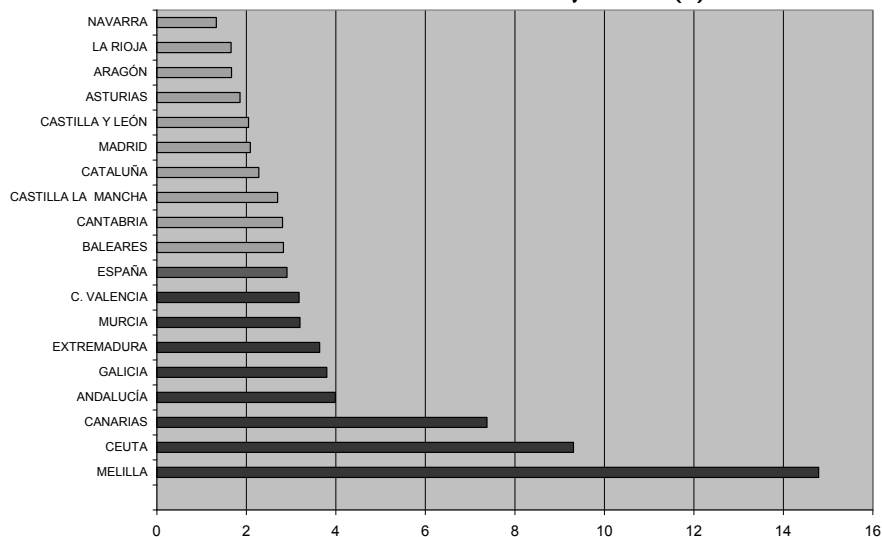
Se detecta que las autonomías con mayor porcentaje de beneficiarios por jubilación, con alguna excepción (Galicia), son las que alcanzan menor proporción de beneficiarios contributivos (por jubilación). De igual modo, se aprecia que el mayor desarrollo territorial de esta modalidad de PNC se relaciona con autonomías con tasas medias de desempleo y proporción de población en riesgo de pobreza superior a la media estatal (salvo Galicia), así como con una menor evolución del PIB y del indicador representativo de la esperanza de vida al cumplir 65 años.

²⁹ Encuesta Continua de Hogares del INE.

http://www.ine.es/prensa/ech_2017.pdf

³⁰ Indicadores demográficos básicos del INE.

<http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=1449>

Gráfico I: Distribución territorial PNC jubilación (%)

Elaboración propia en base a datos IMSERSO/INE (enero 2017)

Anexo que se cita

VARIABLES >	PNC		INSUFICIENCIA COTIZACIÓN		RENTAS		CONVIVENCIA TAMAÑO	EDAD ESPERANZA VIDA 65 AÑOS
	RATIO PNCJ%	RATIO PCJ%	TASA DESEMPLEO%	TASA POBREZA%	PIB (anual)	PIB%		
MELILLA	14,79	39,4	29,46	27	17.945	71,80%	3,16	19,19
CEUTA	9,31	42,13	23,3	32,5	19.524	78,10%	3,15	19,37
CANARIAS	7,38	52,44	25,68	30,5	20.425	81,70%	2,58	20,6
ANDALUCÍA	3,99	60,76	26,94	31	18.470	73,90%	2,61	20,06
GALICIA	3,80	70,61	17,36	18,7	22.497	90,00%	2,48	21,19
EXTREMADURA	3,64	56,54	29,23	38,8	17.262	69,10%	2,47	20,46
MURCIA	3,20	61,02	19,34	30,1	20.585	82,30%	2,72	20,67
C. VALENCIA	3,18	63,38	19,77	25,6	22.055	88,20%	2,45	20,8
ESPAÑA	2,91	66	18,75	21,6	24.999	100%	2,49	21,21
BALEARES	2,83	68,36	16,76	21,3	25.772	103,10%	2,56	21,05
CANTABRIA	2,81	68,25	14,07	17,6	22.513	90,10%	2,40	21,21
CASTILLA LA MANCHA	2,70	55	22,48	28,1	19.681	78,70%	2,57	21,17
CATALUÑA	2,28	77,49	15,28	15	29.936	119,70%	2,46	21,4
MADRID	2,09	65,04	14,23	16,9	33.809	135,20%	2,5	22,22
CASTILLA Y LEÓN	2,05	63,48	15,13	15,4	23.555	94,20%	2,33	21,79
ASTURIAS	1,86	68,43	14,23	12,6	22.046	88,20%	2,24	20,74
ARAGÓN	1,67	67,1	13,32	13,3	27.403	109,60%	2,4	21,34
LA RIOJA	1,66	69,46	12,92	9,7	26.044	104,20%	2,38	21,59
NAVARRA	1,33	69,81	10,25	8,3	30.914	123,70%	2,48	21,61
PAIS VASCO	1,07	72,3	11,86	9,7	33.088	132,40%	2,38	21,44

Elaboración propia en base a información estadística oficial (IMSERSO, Seguridad Social, INE)

