

# La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas

ANTONIO OJEDA AVILÉS\*

---

## 1. EL CÓDIGO EUROPEO DE SEGURIDAD SOCIAL COMO NORMA DE MÍNIMOS FRENTE AL REGLAMENTO EUROPEO DE COORDINACIÓN

La extraordinaria vigencia del Reglamento de Coordinación 1408/71<sup>1</sup>, tan visible en la amplia jurisprudencia generada en el Tribunal de Justicia Europeo y en nuestro Tribunal Supremo, ha empujado –por no decir que casi anulado– la percepción de la interesante norma de mínimos aprobada por el Consejo de Europa en 1964 y revisada en 1990, y frente a la cual nuestro país ha tenido algún problema que parece solventado muy de reciente.

---

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla.

<sup>1</sup> Lo que comentamos en este lugar sobre el Reglamento 1408/71 es extensible a su continuador, el Reglamento 883/2004, de 29 de abril, de aplicación a partir del 1 de mayo de 2010 al haberse aprobado su Reglamento de desarrollo.

Los cálculos de quienes se han dedicado a la Seguridad Social Europea desde una perspectiva práctica, como por ejemplo Manuel Rojas Castro<sup>2</sup>, igual que los numerosos autores cuya atención investigadora se ha volcado en el tema, aclaran el sentido de la sinéresis de una normativa en perjuicio de la otra. Y es que las pensiones europeas, configuradas en la coordinación como una suma de responsabilidades entre distintas Administraciones y autoridades competentes, afectan a varios cientos de miles de emigrantes retornados españoles, lo que lleva a algunos incluso a hablar de varios millones de beneficiarios solo en nuestro país. De esta forma, una regulación que en principio contiene sobre todo normas de conflicto entre legislaciones y es por tanto un mecanismo adjetivo de atribución de responsabilidades, alcanza una vir-

---

<sup>2</sup> ROJAS CASTRO M., *Derecho Comunitario Social*, Comares, Granada 1993; del mismo, *Seguridad Social Comunitaria*, Federación Española de Asociaciones de Emigrantes Retornados, Málaga 2002.

tualidad pragmática muy superior a la otra regulación, la de contenidos mínimos, que si bien referida a aspectos muy concretos de montante de las pensiones, queda en fin de cuentas reducida a un estímulo teórico para la convergencia de las distintas legislaciones nacionales, a un ejercicio bienintencionado y voluntarioso de buscar los standards o niveles uniformes en las contingencias y las prestaciones a lo largo y ancho de Europa<sup>3</sup>.

Probablemente la diferencia de trato de los tribunales, los autores y el público hacia una y otra norma tenga su sentido. Cuando un emigrante que ha trabajado en varios países europeos solicita una pensión de invalidez, pongamos por caso, se preocupa de percibir lo que le corresponde según la legislación vigente, y poco le interesa si esa legislación cumple o no con los mínimos proclamados por el Consejo de Europa, una institución de presencia desdibujada y mucho más débil que la Unión Europea. A su vez los tribunales han de tener en cuenta la legislación aplicable, como en verdad lo es un Reglamento comunitario, mientras que un Convenio como el Código Europeo de Seguridad Social, que además obliga de manera muy flexible según veremos después, carece de aplicación directa y por tanto apenas tiene acogida en las consideraciones de los jueces y, por ende, de la doctrina jurídica.

Pero desde el punto de vista de la política del Derecho hay una superioridad del Código frente al Reglamento que surge no bien leemos los contenidos de ambos. A pesar de las enormes dificultades de forjar unos mínimos comunes a todos los países, el Código establece los parámetros que nos llevan a ellos, dibujando así el camino por donde discurrir para llegar a una evaluación cuantitativa y cuali-

tativa de los sistemas nacionales. En el Código no hallaremos la regla para determinar qué país debe pagar y en qué proporción, sino la indicación de qué nivel ha de tener una determinada prestación o pensión para que podamos considerarla «de nivel europeo». Lo cual presenta dificultades tan enormes que en ocasiones tenemos la sensación de que la norma ha fracasado en su objetivo. Considere el lector cuán difícil es acertar con el tipo o porcentaje mínimo de una prestación en toda Europa. Pero si por ejemplo en desempleo el Código indica que ha de ser del 45 por 100, en la siguiente cuestión, la de cuál ha de ser la base reguladora standard, las fórmulas propuestas rayan lo imposible, como por ejemplo cuando el Código utiliza en su artículo 65 el criterio de *los ingresos medios de todos los asegurados*.

Cabría entender al Código como una norma utópica, imposible de aplicar en los momentos actuales. Y sin embargo hay dos comités del Consejo de Europa que periódicamente se dedican a revisar el nivel de cumplimiento de dichos mínimos<sup>4</sup>, y los Estados miembros a veces maquillan, se esfuerzan, se enojan, ocultan o tratan de desviar la atención de los expertos para que el dictamen final no sea desfavorable. Sin lugar a dudas, esos estándares y mínimos, con todos sus defectos, están sirviendo para frenar en alguna medida el retroceso de contenidos solicitado con insistencia en los países desarrollados, al tiempo que actúan como estímulo para los países en vías de desarrollo que ingresan en el Consejo de Europa. En contraste con la actividad de esos dos comités de control, cuyas peculiaridades analizaremos al final del estudio, la OIT solo dispone para la misma función del comité de expertos para la aplicación de los convenios y recomendaciones, obviamente centrado en

<sup>3</sup> Una norma similar a la de Coordinación europea, el Convenio Europeo de Seguridad Social, aprobado por el Consejo de Europa en su reunión de París de 1972, pasa aún más desapercibida que el Código Europeo de 1964.

<sup>4</sup> Me refiero al Comité de Expertos en Seguridad Social (en adelante, CS-SS), que supervisa las partes ratificadas del Código (artículo 74 del mismo), y al Grupo de Consultores sobre las partes no ratificadas del Código (artículo 76). Hablaremos de ellos más adelante.

verificar la observancia de los convenios del núcleo fundamental<sup>5</sup>.

## 2. SIGNIFICADO HISTÓRICO DEL CÓDIGO EUROPEO

Lo orígenes del Código (en adelante, CESS) reflejan bien a las claras las dificultades de tamaño empresa. En el gran remolino de la segunda postguerra mundial, con el sufrimiento de grandes masas de población a flor de piel, el Consejo de Europa aprueba en su asamblea consultiva de 1949 la mejora de los niveles de vida de los supervivientes tomando a la Seguridad Social como uno de los medios para lograrlo. Poco después, la asamblea parlamentaria de 1950 aprueba la Recomendación n° 28 con un llamamiento para la redacción del CESS, petición ratificada por el comité de ministros ese mismo año y transferida al comité de expertos en Seguridad Social. La tarea de redactar semejante texto no parece haber sido fácil. En 1952, cuando no parecía existir aún rastro alguno de un borrador incipiente, la Organización Internacional de Trabajo aprueba el Convenio 102, Norma Mínima de Seguridad Social, con toda la carga de experiencia recogida gracias a los numerosos Convenios sobre contingencias concretas y protección social en determinadas ramas de actividad ya aprobados en las décadas precedentes.

El comité de ministros del Consejo de Europa consideró en ese momento aceptable el texto del Convenio, aun cuando decidió también que el modelo europeo no podía permanecer en los mismo niveles que un instrumento dirigido a toda clase de países, desarrollados o no, y por ende con una exigencia relativa, por lo que exigió que los expertos elevaran los requisitos y además establecieran en un Protocolo adicional una alternativa

más exigente para los Estados miembros que quisieran mejorar los niveles. Ese simple Protocolo, cuyos alcances se limitaban en lo básico a elevar los porcentajes de las prestaciones, llegó a su redacción final en 1964, fecha en la que se abrieron a la firma tanto el Código como su Protocolo, entrando en vigor cuatro años más tarde, en 1968, al obtener las tres primeras ratificaciones indispensables<sup>6</sup>. El proceso había durado, pues, dieciocho años, y la mayoría de los Estados miembros, entre ellos Francia, Italia o España, tardaron en ratificarlo aún más<sup>7</sup>.

Todavía se intentó, pese a ello, una profundización en los niveles de protección social, partiendo de una propuesta del comité de expertos en Seguridad Social de 1973, que terminó con la presentación del llamado Código Revisado en 1990. Los objetivos perseguidos con la revisión no consistían solo en mejorar los porcentajes, sino también en dotar al texto de una mayor flexibilidad y de introducir garantías para evitar la discriminación por razón de género<sup>8</sup>. Pero los tiempos y los enfoques habían cambiado para entonces, sobre todo cuando la década de los setenta trajo la crisis petrolífera y el largo gobierno neoliberal en Estados Unidos y Reino Unido, de manera que el propósito bienintencionado del comité de expertos quedó en la nada. Para entrar en vigor requería solo la ratificación de dos Estados, lo que hasta el momento presente aún no se ha conseguido<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Bélgica, Dinamarca, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Suecia, Turquía y Alemania firmaron en 1964, pero las tres primeras ratificaciones vinieron de Suecia (1965), Noruega (1966) y Países Bajos (1967), seguidas de inmediato por Reino Unido (1968) y Luxemburgo (1968).

<sup>7</sup> Del resto de países miembros cabe destacar que Italia ratificó en 1977, Turquía en 1980, Francia en 1986, y España en 1994.

<sup>8</sup> NICKLESS J., *European Code of Social Security: Short Guide*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo 2002, pág. 19.

<sup>9</sup> «En consecuencia, el Consejo de Europa aún promueve el Código Europeo de Seguridad Social como su principal instrumento de seguridad social»: Oficina

<sup>5</sup> Las reuniones conjuntas o de coordinación entre este comité y los dos del Consejo de Europa carecen de periodicidad y, podríamos decir, de interés alguno.

La vinculación del CESS al Convenio OIT 102, en consecuencia, resulta bastante profunda. No se trata de una mera inspiración del primero en el segundo, o de un punto de partida, porque la redacción es casi idéntica, y las herramientas para determinar los niveles son las mismas. El Consejo de Europa se limitó a elevar el número de Partes que los países europeos debían ratificar, que eran y son seis de las nueve<sup>10</sup>, mientras que en el Convenio OIT 102 solo deben cubrir o garantizar tres de las nueve, siempre que una de las ratificadas sea desempleo, jubilación, riesgos profesionales, invalidez o muerte y supervivencia. Por ello resulta sorprendente constatar la situación de algunos países que han ratificado determinadas partes del Convenio 102 que sin embargo han dejado sin hacerlo respecto del Código, sorpresa que aumenta cuando se llega a la conclusión de que ese país no cumple con los requisitos exigidos<sup>11</sup>. En otro orden de cosas, hay países que consideran el Convenio OIT 102 y el Código Europeo superados por haber ratificado los Convenios OIT posteriores de Seguridad Social.

---

Internacional de Trabajo, *Establecimiento de normas de seguridad social en una sociedad global*. Documentos de Política de Seguridad Social, OIT, Ginebra 2008, pág. 58. Catorce países lo firmaron entre 1990 y 1993, de ellos muchos de Europa del Este, pero ninguno lo ha ratificado hasta el momento. En el portal del Departamento de Cohesión Social del Consejo de Europa puede verse el estado de las firmas y ratificaciones hasta febrero de 2007, con el resultado antedicho, sin más actualización ulterior. Al aislamiento práctico sigue el limbo doctrinal, con prácticamente ningún estudio científico sobre su contenido, más allá del estudio realizado por el propio Consejo de Europa, *Explanatory Report on the European Code of Social Security (Revised)*, Estrasburgo 1998, 142 páginas.

<sup>10</sup> Si bien la ratificación de la Parte II, asistencia sanitaria, cuenta como dos, y la de la Parte V, jubilación, cuenta como tres (art. 2 CESS).

<sup>11</sup> No existe coordinación al respecto. El Consejo de Europa se limita a sugerir a los países que hayan ratificado una misma parte tanto en el Convenio 102 como en el Código que envíen al Consejo una copia de los informes remitidos a la OIT.

La cuestión «obiter dicta» que tan estrecha vinculación nos plantea tiene que ver con la dificultad de aplicación y hasta de ratificación encontrada para la puesta en marcha del CESS. Si en países más o menos desarrollados como los europeos un instrumento de mínimos encuentra tantos obstáculos para salir adelante, ¿cómo es posible que pueda sobrevivir algo similar para todos los países de la tierra, al menos para los integrantes de la OIT?

Sin duda el Convenio 102 permite a los países en vías de desarrollo circunscribir el ámbito subjetivo de referencia a los trabajadores de empresas industriales de cierto volumen, lo cual les permite un cumplimiento más fácil de los estándares, al disponer de un número reducido de empresas industriales y solo tener en cuenta las de mayor tamaño. Al limitar el ámbito subjetivo se consigue además un efecto indirecto, el de que el nivel de las prestaciones pueda bajar o durar menos en ciertas ramas de actividad<sup>12</sup>. Cabría traer a colación en este momento la obligación de establecer un término final a tales excepciones y de informar regularmente sobre la permanencia o no de los motivos de no aplicar el Convenio en su plenitud, si bien tales controles no parecen surtir efecto, sobre todo porque la Seguridad Social —o lo que es lo mismo, la protección reglada y pública de situaciones de necesidad mediante pagos en dinero o en especie con un sólido cinturón estatutario— encuentra en los países en vías de desarrollo un enemigo de mayor entidad: el ideológico. Un sistema nacional de protección como el que nosotros conocemos recibe en tales países el apelativo de «modelo europeo», al cual se desea llegar, pero cuyas exigencias económicas se temen,

---

<sup>12</sup> En este sentido, HUMBLET, M. y SILVA, R., *Standards For the XXI Century. Social Security*, International Labour Office, Ginebra 2002, pág. 10. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que Convenios posteriores al 102, en concreto los núms. 121, 128, 130, 168 y 183, han elevado el nivel de exigencias, tanto respecto al ámbito subjetivo como al porcentaje de las prestaciones, en varios casos hasta el 60 por 100.

por lo que en una gran parte se opta por el modelo norteamericano de seguridad privada más o menos incentivada, cuando no por otras fórmulas más primarias de aseguramiento, como el reparto de alimentos o de semillas, o los microcréditos, sin que los beneficiados dispongan de un derecho subjetivo a tal protección ni, aún peor, conozcan la cadencia o el montante de cuanto puedan recibir<sup>13</sup>.

Hoy más que nunca el interés por la Seguridad Social se encuentra a flor de piel, como hubo ocasión de comprobarlo en la 89 Conferencia de la OIT en 2001<sup>14</sup>. Algunos de los serios problemas que aquejaron a las economías de los países con ingresos medios y bajos han desaparecido, tales como la brusca interrupción del alto ritmo de crecimiento de los países asiáticos con la prolongada crisis financiera de 1997, o el espectacular aumento de la pobreza durante la fase de transición en los países del Europa del Este desde el socialismo de Estado hacia el capitalismo. En los países más pobres, las soluciones de cobertura híbrida –monetaria y en especie– parecen comenzar a superar el vacío de la economía informal. Pero en Europa los problemas de la

Seguridad Social no hallan aún una respuesta definitiva, pues se refieren al envejecimiento de la población, al elevado costo de la sanidad, o al retiro anticipado del mercado laboral<sup>15</sup>. Una intensa, fulgurante batalla por ajustar las prestaciones y competir con las economías que se vanaglorian de dejar libre al individuo ante la adversidad se desarrolla en el territorio europeo tratando de mantener los mínimos internacionales y el prestigio como países de economía social avanzada.

### 3. CONTENIDO DEL CÓDIGO EUROPEO DE SEGURIDAD SOCIAL

El CESS impone unos mínimos a las prestaciones de Seguridad Social, aun cuando bajo la forma liviana –flexible– de dejar a los Estados la opción de ratificar dos tercios de dichos mínimos. En el momento presente se hace precisa una reflexión sobre tales contenidos, por cuanto desde 1964 ha existido un proceso evolutivo en el que no puede decirse que haya habido nítidamente un retroceso ni tampoco un avance, sino un reequilibrio de las prestaciones que los distintos países europeos otorgan a sus asegurados, tanto en su *densidad* prestacional como en el lugar estratégico que ocupa en el conjunto de cada sistema. Por otro lado, las peculiaridades de cada país han ido dejando su huella en la evolución del Código.

#### 3.1. Las opciones ratificadoras

Como en la mayoría de los casos, en la ratificaciones de tratados y convenios internacionales donde se entrega a los Estados la posibilidad de diseñar un núcleo personalizado de entre el contenido general, cabe advertir dos tipos de posturas: la de países que tratan de asumir el máximo compromiso con el convenio, y la de aquellos otros que prefieren asu-

<sup>13</sup> Véanse las objeciones al Convenio 102 para no ratificarlo en OIT, *Establecimiento de normas de seguridad social*, págs. 78 ss., donde las reservas basadas en dificultades económicas y administrativas son solo una parte del total, que también contiene críticas al Convenio por estar basado en un modelo anticuado de sociedad, no neutral en términos de género; a su no compatibilidad con la filosofía predominante en el país; o a otros motivos (que en no pocos casos enmascaran las dificultades económicas). No obstante, debe tenerse en cuenta que los países en vías de desarrollo ponen en marcha actualmente un *enfoque integrador* a cuya virtud las prestaciones sociales básicas se coordinan con otras medidas de apoyo a la población necesitada como por ejemplo vivienda, educación o salud (OIT, *ibidem*, 38).

<sup>14</sup> Los debates del comité de seguridad social atrajeron la atención de 111 miembros gubernamentales, 59 miembros empleadores y 79 miembros trabajadores; trató uno de los principales asuntos del programa de la Conferencia, una discusión general sobre la seguridad social en el mundo, y a sus conclusiones decidió la OIT darles publicidad en un libro titulado *Social Security. A new consensus*, Ginebra 2001.

<sup>15</sup> Véase una reflexión de los diversos tipos de problemas en OIT, *Establecimiento de normas de Seguridad Social*, cit., págs. 30 ss.

mir el mínimo indispensable. La reconstrucción o el grado de devastación sufrido durante la guerra no han influido demasiado en la elección del perfil, entre otras cosas porque hacia 1964 ya todos los países intervinientes habían dejado atrás las secuelas, e incluso los perdedores más significados estaban absorbiendo un enorme número de inmigrantes del sur de Europa para apoyar el gran crecimiento del que disfrutaban<sup>16</sup>.

Entre los países más comprometidos figuran Bélgica, Alemania, Países Bajos y Luxemburgo, que suscriben todas las partes del CESS sin excepción. La mayoría de países, por el contrario, prefieren seleccionar unas partes y rechazar otras, en función de las características de su sistema público de aseguramiento. Así por ejemplo, la cobertura de la asistencia sanitaria, y pese a su valor de cómputo como dos partes, queda al margen en las ratificaciones de numerosos Estados, de entre los que destacan Austria, Finlandia, Irlanda, Italia, Suiza, y la mayoría de los países del Este, incluida Rusia. Cabe reseñar la ratificación de esta parte por Turquía, país muy comprometido con el CESS a pesar de su economía en vías de desarrollo, con independencia de los problemas que irán surgiendo en el cumplimiento de los compromisos asumidos. En cuanto a la cobertura de la vejez, que computa como tres partes, obtiene mayor aceptación que la de sanidad, pues Irlanda, Italia y Suiza la suscriben.

Respecto a España, ha suscrito todas las partes excepto las referidas a familia (VII) y a muerte y supervivencia (X), aun cuando su voluntad de ratificar la totalidad ha quedado de manifiesto en los últimos años<sup>17</sup>. Mucho

<sup>16</sup> Sobre los flujos migratorios en aquellas décadas puede verse OJEDA AVILÉS y GARCÍA VIÑA, «Regulation of the Labour Market», apud VVAA (Hepple y Veneziani, eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe. A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Hart Publishing, Oxford 2009, 61 ss.

<sup>17</sup> El comité de expertos para las partes no ratificadas del CESS ha emitido informe favorable en su última reu-

ha evolucionado el sistema español desde que el Código fuera ratificado por nuestro país en 1994, y algunas leyes-ómnibus han alterado radicalmente los planteamientos: en aquella época los argumentos para no ratificar esas partes fueron que la masa de recursos económicos que España destinaba a las prestaciones familiares quedaba por debajo de las exigencias del CESS, y que el requisito de falta de ingresos para ser beneficiario de una pensión de viudedad reducía el ámbito objetivo de destinatarios más allá de lo aceptable<sup>18</sup>, lo que parece haber cambiado en el momento presente hasta los niveles permitidos. Una actitud bastante más favorable que la observada respecto al Convenio 102, respecto al que solo ha ratificado cuatro partes<sup>19</sup>.

En líneas generales, de los grandes países desarrollados el que menor interés ha demostrado hacia el CESS ha sido Italia, que ha aceptado lo básico, a saber, vejez, riesgos profesionales, familia y maternidad, dejando fuera partes tan significativas como la sanidad (II), incapacidad temporal (III), protección por desempleo (IV), incapacidad permanente (IX) o muerte y supervivencia (X). Aún por debajo de ella quedan aquellos países que suscribieron el Tratado, pero no llegaron siquiera a ratificarlo, de entre los cuales aparece, sorprendentemente, Austria<sup>20</sup>. Y todavía más por debajo se sitúan los países que ni siquiera

nión (Lovaina febrero 2009) sobre los niveles que actualmente presenta España en dichas prestaciones.

<sup>18</sup> VIVES CABALLERO, M., «Código Europeo de Seguridad Social: comentarios a su contenido y a su ratificación por España», *Relaciones Laborales* 1 (1995), pág. 1377.

<sup>19</sup> En concreto la II (asistencia sanitaria), III (incapacidad temporal), IV (desempleo) y VI (riesgos profesionales), excluyendo por tanto las grandes pensiones. Cfr. OIT, *Lista de ratificaciones de convenios internacionales de trabajo*, Convenio sobre la seguridad social (norma mínima) 1952 (núm. 102), [webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/appl-byConv.cfm?hdroff=1&conv=C102&Lang=ES](http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/appl-byConv.cfm?hdroff=1&conv=C102&Lang=ES).

<sup>20</sup> Otros cuatro países han suscrito pero no ratificado: Rumanía, Moldavia, Letonia y Lituania.

han llegado a suscribirlo, casi todos ellos en vías de desarrollo o de pequeño tamaño, aunque entre ellos se encuentren también importantes países como Finlandia, Rusia, Hungría, Polonia o Ucrania<sup>21</sup>.

Estrechamente conectada con las opciones ratificadoras se encuentra la posibilidad de ampliar posteriormente las partes del Código comprometidas inicialmente. Cabría decir sin riesgo de equivocarnos que la mitad de los países del Consejo de Europa podrían extender su compromiso a contingencias en donde su cobertura nacional muestra los niveles adecuados. A pesar de lo cual en los últimos años solo dos países han iniciado el procedimiento de ampliación, y las sugerencias del Consejo de Europa en otros casos han caído en saco roto<sup>22</sup>. En sentido inverso, y aun cuando el procedimiento de lo que podríamos llamar *decertificación* no existe en el CESS, los comités de expertos para las partes ratificadas y no ratificadas han comenzado a advertir la reducción de los niveles máximos de protección en bastantes países, y manifiestan su preocupación por el impacto que ello podría tener en el conjunto de las prestaciones. Si no ha habido hasta el momento ninguna retroacción en el proceso de admisiones, ninguna puesta en cuestión del cumplimiento de los niveles del Código, cabría pensar en que puede deberse a la atención prestada por el comité de expertos sobre partes ratificadas (CS-SS) a detectar y hacer visible al Estado en cuestión los déficits más flagrantes y solicitarle la correspondiente mejora, sin adoptar medidas drásticas por su parte<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Para la perspectiva completa de suscripciones y ratificaciones, cfr. [conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig](http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig).

<sup>22</sup> Igual sucede respecto a las ratificaciones del Convenio OIT 102, con solo cinco ampliaciones en el conjunto de los 43 Estados ratificadores durante todo el tiempo de vigencia del Convenio: Alemania, Bélgica, Libia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal (OIT, *Establecimiento de normas de seguridad social*, 27).

<sup>23</sup> Por ejemplo, respecto al gobierno de Bélgica el comité CS-SS observa en su penúltima reunión (Estras-

### 3.2. Las contingencias

El CESS muestra su antigua mentalidad, proveniente del lastre de los Convenios OIT como se dijo, al enumerar y regular las nueve contingencias clásicas sin hacer mención a las «nuevas» que podemos ver por ejemplo en el Reglamento 883/2004/CE de coordinación: ninguna alusión a la cobertura de la paternidad o de la prejubilación, por ejemplo, ni tampoco referencia a la ampliación del campo subjetivo desde los trabajadores subordinados a las personas o a los ciudadanos<sup>24</sup>, a pesar del progresivo incremento de los autónomos y de la protección a ese colectivo en los diversos países europeos. Tampoco hay mención a las prestaciones no contributivas o asistenciales, entre las cuales hay algunas tan importantes como la de dependencia (seguro de cuidados), si bien en ello corre parejas con el Reglamento antecitado o a otros convenios similares<sup>25</sup>. Lo cual no deja de ser extraño desde el momento en que otro importante instrumento del Consejo de Euro-

burgo 2006) que debe reducir gradualmente el porcentaje de co-pago en la asistencia sanitaria hasta el 25 por 100, tanto de medicina general como especializada; y en cuanto a la pensión de jubilación, a ofrecer detalladas estadísticas para demostrar que la pensión standard se encuentra por encima del 45 por 100 de sustitución: Ministers' Deputies, CM Documents, CM(2006)111, apéndice 2. En la última reunión del comité (Estrasburgo 2009), el gobierno de la República Checa es invitado a explicar respecto a las prestaciones de familia, si el período de carencia de 365 días es compatible con el artículo 43 del Código, que exige seis meses de carencia: CM(2009)72. En otro ejemplo de esta última reunión, *invita* al gobierno de Estonia respecto a la pensión de viudedad a «explicar la protección social concedida a una viuda que es manifiestamente incapaz de mantenerse debido a su avanzada edad y a la ausencia de oportunidades para encontrar empleo tras haber sido mantenida por su esposo durante muchos años».

<sup>24</sup> Como sucede en cambio en el Reglamento 883/2004/CE: vide BALANDI, G., «Las prestaciones por riesgos profesionales», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 64 (2006), 78 ss.

<sup>25</sup> Por ejemplo, el Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972, equivalente en el Consejo de Europa al Reglamento de coordinación 883/2004/CE.

pa, la Carta Social Europea, contempla a la asistencia social como un derecho subjetivo en sus artículos 13 y 14 ya desde su versión inicial de 1961, mantenida en la de 1996. No se entiende cómo un texto anterior en varios años a otro y del mismo organismo internacional puede no obstante contener esquemas más avanzados y mantener la diferencia a lo largo de décadas.

Desde otra perspectiva, hallamos también alguna regulación de contingencias extremadamente anticuadas, como por ejemplo la de muerte y supervivencia, cuyos sujetos beneficiarios son «las esposas y los niños», expresión repetida en varios artículos<sup>26</sup> y combinada con la de «viuda o niño» del art. 60<sup>27</sup>. No considero, sin embargo, que el texto discrimine en el sentido clásico, sino al contrario, que o bien refleja la realidad de los hechos<sup>28</sup>, o aplica una discriminación positiva hacia las mujeres para garantizarles una pensión que en cambio no se reconoce a los viudos en algunos países, la *reverse discrimination* de la legislación norteamericana de derechos civiles y de la política igualitaria de la Unión Europea. Aún así, el reproche de discriminación ha tenido tanta fuerza que una de las reformas del Código en su versión revisada de 1990 ha consistido precisamente en eliminar del texto las referencias a *viudas* y a *trabajador masculino*<sup>29</sup>. Por cierto que el tratamien-

to de dicha prestación de viudedad también comienza a estar obsoleto ante las progresivas reducciones observadas en diversos países, en contraste con la garantía de la prestación «mientras dure la contingencia» que hallamos en el artículo 63 CESS. Envejecimiento del tratamiento normativo también divisible en las referencias a profesiones centrales en los años sesenta, como la de obrero metalúrgico, decisivas para la determinación del nivel mínimo de prestaciones pero que hoy día han perdido casi todo su poder definitorio.

Cabe preguntarse, llegados aquí, si la pérdida de interés por el CESS detectada en pequeños detalles, como por ejemplo la falta de ratificación de países que podrían hacerlo, es debida justamente a ese anquilosamiento del régimen contenido en el texto, a su falta de dinamismo desde el punto y hora en que las actualizaciones aparecen en un texto, el Código revisado, que no ha llegado a disfrutar de aplicación. En mi opinión no se trata de la regulación del CESS, sino más bien de una causa más profunda, la fragmentación e individualización de las relaciones productivas, tan difícil de engastar en un sistema de ámbito estatal y *erga omnes* como el que nos ocupa. Si difícil era en los años sesenta hacer converger a los distintos sistemas nacionales, hoy día el empeño presenta obstáculos rocosos que disuaden a algunos países de incorporarse al empeño, aunque estimo que la «liberación de la necesidad», el *motto* que se encuentra en el origen de la protección social, responde a la tendencia más eterna sentida por el hombre y por ello habrá de triunfar antes o después en la Historia<sup>30</sup>.

podrían hacerla a su versión revisada. Ver los otros nueve motivos aducidos por Estados Unidos para no ratificar el Código, en OIT, *Establecimiento de normas*, pág. 81.

<sup>30</sup> Aunque el gran país por excelencia, Estados Unidos, no haya ratificado ni siquiera el Convenio 102 OIT, la tendencia mundial confirma el interés por la seguridad social en todo el mundo. Baste decir que la mayor parte de los países de Europa y América Latina siguen perfeccionando los sistemas públicos de protección

<sup>26</sup> Artículos 61 a 63 y 68 CESS.

<sup>27</sup> El reproche ha servido a Estados Unidos para no ratificar el Convenio paralelo 102 de la OIT. En concreto afirma que «la terminología relativa al género utilizada en el C. 102 representa un obstáculo significativo habida cuenta de las leyes federales que prohíben la discriminación basada en el género. Ejemplos: «asalariados del sexo masculino», un cónyuge que es la «esposa», el sobreviviente de un trabajador fallecido que es una «viuda»: OIT, *Establecimiento de normas de seguridad social en una sociedad global*, cit., pág. 78.

<sup>28</sup> Por ejemplo, en España hay dos millones de viudas y 200.000 viudos perceptores de pensión.

<sup>29</sup> Cfr. Consejo de Europa, *Explanatory Report on the European Code of Social Security (Revised)*, págs. 95 y 99. Esto hace irrelevante la crítica de algunos países que se escudan en ella para no ratificar el Código, pues

### 3.3. Los porcentajes de las prestaciones

El CESS demuestra perseguir una aceptación amplia aunque sea a costa de perder intensidad protectora, si vemos los porcentajes en torno a los cuales giran las prestaciones. Las grandes pensiones –invalidez, viudedad y vejez– solo alcanzan el 40 por 100 de la base reguladora, mientras que las prestaciones por riesgos profesionales, las mejor dotadas, no sobrepasan el 50 por 100; en un lugar intermedio aparecen, en fin, la incapacidad temporal, el desempleo y la maternidad con el 45 por 100<sup>31</sup>. Se trata de la misma distribución de porcentajes observada en el Convenio OIT 102<sup>32</sup>, aunque ya el Protocolo anexo al Código Europeo elevó como regla el porcentaje hasta el 50 por 100<sup>33</sup>, y con motivo de la revisión de dicho Código en 1990 volvieron a incrementarse los porcentajes mínimos de diversas formas, entre ellas en las prestaciones, que pasaron todas a importar el 65 por 100 de la base reguladora, salvo las de gran invalidez por riesgo profesional que alcanzaron el 80 por 100<sup>34</sup>.

En el momento presente cabe destacar una división que es prácticamente por mitades,

social, e incluso allí donde lo abandonaron en aras de sistemas de capitalización individuales han vuelto sus ojos hacia pensiones mínimas públicas y/o la creación de un pilar básico de pensiones públicas (Chile, Argentina, Brasil, Costa Rica y Uruguay) mientras que 30 de los 44 países africanos «cuentan con regímenes de pensiones que siguen el modelo del Convenio n.º. 102» (OIT, *Establecimiento de normas de seguridad social*, cit., págs. 21 y 37).

<sup>31</sup> Artículo 67 CESS, como Anexo a la Parte XII.

<sup>32</sup> Artículo 67 Convenio OIT 102 (1952), como Anexo a la Parte XII. El Convenio fue ratificado por España en 1988, seis años antes que el Código Europeo.

<sup>33</sup> Excepto en vejez y viudedad, donde queda en el 45 por 100, y en invalidez permanente absoluta y gran invalidez por riesgos profesionales, donde supera el porcentaje medio.

<sup>34</sup> Otras importantes mejoras han sido las de asistencia sanitaria, cuya duración pasa desde las 26 semanas máximo del Código inicial a la duración plena mientras dure la contingencia, en el Código revisado.

entre países que permanecen en los porcentajes del Código inicial, digamos del 45 por 100, y países que han optado por la versión del Protocolo, del 50 por 100 para entendernos<sup>35</sup>. De todos modos, si además del número de países medimos también la importancia de los mismos, percibiremos que la mitad más importante ha preferido no ir más allá del Código inicial, pues hablamos de Reino Unido, Francia, España, Italia, Irlanda, Dinamarca, Grecia, Suiza y Chipre, mientras que los que aceptan el mayor porcentaje del Protocolo son Alemania, Suecia, Noruega, Países Bajos, Luxemburgo, Portugal y Bélgica. Y no parece que las últimas ratificaciones del CESS procedentes de los países del Este europeo hayan modificado la relación de países a favor del Protocolo, sino más bien al contrario<sup>36</sup>.

En cuanto al Código revisado y su porcentaje del 65 por 100, parece haber quedado como una luz en la lejanía a la que por ahora ningún Estado tiene intención de aproximarse, según vimos más atrás. El hecho de que en el ejemplo paralelo de los Convenios OIT posteriores al 102 se hayan producido algunas ratificaciones<sup>37</sup> no nos sirve de elemento de reflexión, pues se trata de normas especializadas en una sola contingencia –salvo el n.º. 128, sobre las pensiones de invalidez, vejez y muerte– y además han abandonado la pretensión de una cobertura subjetiva amplia, con toda lógica para los países emergentes, por otro lado.

<sup>35</sup> Ver *Explanatory Report on the European Code of Social Security (Revised)*, Estrasburgo 1998, pág. 7.

<sup>36</sup> Ninguno de los países de la nueva adhesión que aparecen en el último informe del CS-SS lo han ratificado, en concreto Chipre, Chequia, Estonia o Eslovenia: Committee of Experts on Social Security, 4ª reunión, Estrasburgo, marzo de 2009, CM(2009)72.

<sup>37</sup> Mientras que el 102 ha obtenido hasta el presente 43 ratificaciones, el 121 (riesgos profesionales) ha alcanzado 24, el 128 (pensiones de invalidez, vejez y muerte) ostenta 16, el 130 (asistencia médica e incapacidad temporal) llega a las 15, el 168 (desempleo) a 7, y el 183 (maternidad) a 13.

### 3.4. Los términos de la comparación

El aspecto más frágil del Código lo constituye su total dependencia de los datos macroeconómicos indicados para calcular las cuantías mínimas de las prestaciones. Si respecto a los porcentajes la crítica apunta a su posible insuficiencia, los conceptos a los que deben aplicarse para obtener la cuantía de la prestación nos llevan a situaciones muchas veces insolubles por la dificultad de los propios países en hallar los datos estadísticos, cuando no por la calculada ambigüedad con que esos datos se proporcionan a los expertos que deben enjuiciar la situación del país.

En el Código hay al menos dos clases de estos macroindicadores:

a) El sector de población que debe tenerse en cuenta a efectos de amplitud de la cobertura. Cada país debe optar normalmente por proteger a un porcentaje mínimo de uno de los siguientes grupos de población, que son círculos concéntricos:

1. Los trabajadores asalariados. En la pensión de jubilación, por ejemplo, la proporción de trabajadores con expectativa de derecho debe ser superior al 50 por 100 de todos los trabajadores ocupados (art. 27 CESS).

2. La población activa, o personas en edad de trabajar, estén o no ocupados en ese momento. En el ejemplo de la pensión de jubilación, un país puede optar por la cobertura de la población activa que constituya más del 20 por 100 de los residentes en el país.

3. La población residente con ingresos por debajo de un nivel de suficiencia preestablecido.

En realidad la distinción refleja la diversidad de sistemas nacionales de protección social, mucho más drástica y amplia en los planteamientos del Convenio OIT 102 que en el Código Europeo. De hecho algunos significativos informes desgranar las peculiaridades de los países que se acogen a uno u otro

método, los cuales no se corresponden, contra la impresión inicial, con la distinción clásica entre países con sistemas bismarckianos (profesionales) o con sistemas Beveridge (asistenciales)<sup>38</sup>, sino con la que separa a aquellos países con prestaciones calculadas como porcentaje de las retribuciones anteriores del beneficiario de aquellos otros que las fijan como una cantidad alzada independiente de cualquier punto de referencia personal.

La primera operación que debe efectuar cualquier país en su informe al Consejo de Europa consiste, por ende, en determinar el tipo de ámbito subjetivo, y aportar los datos estadísticos necesarios para conocer el grado de cobertura, una operación aparentemente sencilla, pero en la que no pocos países fracasan por la ausencia de estadísticas fiables o sencillamente por no conocer las diferencias entre una u otra opción. En ocasiones el gobierno respectivo trata de salvar una errónea dignidad ofreciendo datos hipertrofiados o intencionadamente confusos, por ejemplo ofreciendo datos de la población activa cuando había optado por la población empleada o viceversa.

<sup>38</sup> Por ejemplo, el importante informe *Summary of Reports on Ratified Conventions*, de las sesiones 40 (1957) a la 45 (1961), Informe III Parte III, titulado «Conclusions regarding Reports Received under Articles 19 and 22 of the Constitution of the International Labour Organisation concerning the Social Security (Minimum Standards) Convention 1952 (No. 102)», s/f, s/d, pág. 212-213, los párrafos 147 y 148 señalan respecto a la pensión de invalidez: «En un gran número de países las categorías de empleados o personas económicamente activas protegidas son al menos tan extensas como lo prescrito en el apartado a) o b) del artículo 55. De acuerdo con los informes, casi todas las personas económicamente activas se hallan protegidas en Reino Unido y en Estados Unidos; todos o casi todos los empleados (generalmente en adición a otras clases de personas económicamente activas) en Argentina, Austria, Bélgica, Bulgaria, Bielorusia, Francia, República Federal Alemana, Irlanda, Italia, Polonia, Rumanía, Ucrania y la Unión Soviética, y en un porcentaje superior al 50 por 100 de todos los empleados en Japón, Grecia y España. (...) En otros casos la protección se presta a los residentes, pero en una extensión variable de acuerdo con el caso particular».

b) Al igual que en las Directivas sobre trabajo precario, un aspecto importante del CESS consiste en la determinación del *trabajador comparable* frente al cual evaluar la suficiencia de la prestación o pensión considerada. Ahora bien: mientras que en las normas de la UE el trabajador comparable es una persona de carne y hueso, que trabaja junto al demandante, en el Código es un trabajador-tipo, una figura abstracta que es la síntesis de muchos perfiles similares. Dicho en otros términos, el Código permite optar entre tres niveles objetivos que nos permitan considerar la prestación como satisfactoria o no según los alcance o quede por debajo. La complejidad de los modelos disuade en muchos casos a los países de ofrecer una información clara, y sería una buena idea que el Consejo de Europa acometiera una simplificación de los descriptores.

Los artículos 65, 66 y 67 nos ofrecen tres niveles de suficiencia distintos, los dos primeros de los cuales dibujan un modelo de trabajador típico.

1. En el primer caso, la prestación ofrecida se comparará con el porcentaje correspondiente (40, 45, 50 por 100) del sueldo de un obrero especialista que debe ser, precisamente, bien ajustador o tornero de una industria mecánica que no sea la de máquinas eléctricas<sup>39</sup>, bien un obrero especialista de la categoría profesional con mayor número de ocupados masculinos del sector predominante en número de trabajadores, bien de

<sup>39</sup> En la clasificación internacional de actividades económicas anexa al Código Europeo, esta actividad constituye el grupo 36, a saber, la manufactura de maquinaria, excluidas las eléctricas, mientras que el grupo 37 es precisamente la manufactura de máquinas, aparatos y suministros eléctricos. Pero la clasificación internacional ha sido revisada varias veces. Así, la tercera revisión, efectuada por el Consejo Económico y Social de la ONU en 1968, el grupo o categoría D, correspondiente a la Manufactura, comprende en sus números 28, 29 y 34 la manufactura de productos metálicos y en su número 31 la de maquinaria eléctrica.

un trabajador con ingresos del 125 por 100 del promedio de todas las personas protegidas.

Solo el enunciado del trabajador comparable mueve a confusión, aun cuando ha de observarse la posibilidad de elegir entre alguna de las opciones que ofrece. De cualquier modo la dificultad mayor consistirá sin duda en la existencia de estadísticas fiables sobre convenios colectivos en donde poder hallar los salarios de ajustadores y torneros, así como el número de empleados en cada categoría profesional, o el promedio de ganancias de todas las personas protegidas. Difícilmente puede la comisión de expertos correspondiente verificar la certeza de los datos aportados por el informe gubernamental, sobre todo porque no se da trámite de audiencia a las partes sociales del país respectivo. Y si lograra hallar algún informe internacional que en lengua accesible ofreciera unos datos diferentes de los aportados por el informe oficial, nunca podría acogerse con la necesaria seguridad a los datos alternativos como para desmentir lo aseverado por aquél informe. Se trata de confiar en la buena fe y la sindéresis del gobierno respectivo, y sobre esta base fundamentar la evaluación del Consejo de Europa.

En cuanto al gobierno que ha de elaborar el informe, a veces no es tarea fácil hallar el convenio adecuado, de ámbito nacional o regional, del sector metalmeccánico. Tomemos un ejemplo: en España el sector dispone de un instrumento colectivo de ámbito nacional, el Acuerdo Estatal del Sector del Metal, con efectos desde el año 2006 hasta el 2010, pero se trata de un acuerdo marco del artículo 83.2 ET que remite a los convenios de ámbito inferior la concreción de los salarios. A partir de ahí, la negociación colectiva se divide y dispersa en una miríada de convenios de ámbito regional, provincial y de empresa, de los cuales sobresalen con rasgos propios los de las empresas fabricantes de automóviles (Renault, Opel, Seat, Citroen, etc.), pero que abarca una elevada cantidad de subsectores, servicios y

empresas<sup>40</sup>. Cabría acudir, como permite el Código, a los convenios regionales, pero en nuestro caso solo hallaremos los de algunas regiones. A mi juicio, la solución al laberinto estriba en tomar literalmente el sentido de la expresión *una industria mecánica*, lo cual nos

<sup>40</sup> Artículo 2 del Acuerdo (BOE 4 de octubre de 2006): «Ámbito funcional. El Ámbito Funcional de la Industria y los Servicios del Metal comprende a todas las empresas y trabajadores que realizan su actividad, tanto en el proceso de producción, como en el de transformación en sus diversos aspectos, de manipulación o almacenaje, comprendiéndose, asimismo, aquellas empresas, centros de trabajo, talleres de reparación de vehículos, con inclusión de los de lavado, engrase e instalación de neumáticos, o talleres que llevan a cabo trabajos de carácter auxiliar, complementarios o afines, directamente relacionados con el Sector, o tareas de instalación, montaje, reparación, mantenimiento o conservación, incluidos en dicha rama o en cualquier otra que requiera tales servicios, así como, las empresas fabricantes de componentes de energía renovable. También será de aplicación a las industrias metalgráficas y de fabricación de envases metálicos y boterío, cuando en su fabricación se utilice chapa de espesor superior a 0,5mm., joyería y relojería, fontanería, instalaciones eléctricas, de aire acondicionado, calefacción, gas, placas solares y otras actividades auxiliares o complementarias de la construcción, tendidos de líneas de conducción de energía, tendidos de cables y redes telefónicas, señalización y electrificación de ferrocarriles, instaladores y mantenedores de grúas torre, industrias de óptica y mecánica de precisión, recuperación y reciclaje de materias primas secundarias metálicas, fabricación o manipulación de circuitos impresos, así como aquellas actividades, específicas y/o complementarias, relativas a las infraestructuras tecnológicas y equipos de la información y las telecomunicaciones. Estarán, igualmente, afectadas todas aquellas actividades, nuevas o tradicionales, afines o similares a las incluidas en los apartados anteriores del presente artículo. Quedarán fuera del ámbito del Acuerdo, además de las específicamente excluidas en su texto, las empresas dedicadas a la venta de artículos en proceso exclusivo de comercialización. Las actividades antes señaladas, que en razón de su desempeño prevalente en la empresa resultan integradas en el campo de aplicación de este Acuerdo Estatal, se relacionan a título enunciativo y no exhaustivo en el Anexo I del mismo». En general, sobre la variedad de actividades que comprende el sector metal, VVAA, *La negociación colectiva en el sector del metal*, Comisión Nacional de Convenios Colectivos, Madrid 2000, págs. 45 ss.

permitiría elegir un subsector de los muchos que tiene el sector en cuestión<sup>41</sup>.

Por cuanto hace a la segunda opción –hallar la categoría profesional con mayor número de obreros especialistas masculinos en el sector de mayor ocupación–, sin duda cabrá obtener datos estadísticos sobre el número de ocupados en los diversos sectores de actividad e incluso en los diversos grupos profesionales, pero de seguro hallaremos grandes dificultades en discernir la categoría donde se encuentren empleados el mayor número de *obreros especialistas varones*.

Conscientes de tales dificultades, los comités de expertos suelen aceptar la selección efectuada por cada país, salvo desviaciones flagrantes<sup>42</sup>.

2. En el segundo caso, el artículo 66 establece como trabajador comparable a un obrero no especialista «adulto del sexo masculino» perteneciente a la industria mecánica que no sea la industria de máquinas eléctricas, o a la categoría con mayor número de empleados masculinos del sector predominante en cuanto a personas protegidas. Las dificultades en esta opción quedan muy próximas a las ya vistas para la anterior, con la diferencia de elegirse como descriptor a un obrero no especialista, lo cual permite un mayor margen de maniobra.

<sup>41</sup> Por ejemplo, el convenio interprovincial para la industria metalgráfica (BOE 18 de agosto de 2005), que regula los salarios de ajustadores y torneros como oficiales de 1ª en su cláusula adicional 2ª.

<sup>42</sup> Por ejemplo, la comisión CS-SS invita al Gobierno de Grecia en su última reunión de 2009 a indicar los tipos de empleo cubiertos por el grupo 19 de seguro, y al grupo que pertenece un ajustador o tornero de la industria metalmeccánica, así como a indicar el promedio de salarios del sector privado en 2008. En la misma reunión invita al Gobierno de España a exponer hasta qué punto han cambiado los requisitos para el derecho a prestaciones a raíz de la Ley 40/2007, al objeto de demostrar en los próximos informes, con ayuda de las estadísticas necesarias, que las tasas de sustitución de ingresos establecidas por el Código continúan siendo alcanzadas.

Algún país ya ha avanzado sus reticencias por la fórmula empleada, y ha señalado lo ya obvio para muchos países en una etapa de las economías avanzadas en donde la industria ha cedido el primer puesto a los servicios. Así ha ocurrido con Dinamarca, cuyo 35 informe nacional consideraba inapropiado por tal motivo seguir basando la cuantía de las prestaciones en los salarios del sector metalmecánico. Lo interesante del informe, con independencia de que podamos o no estar de acuerdo con él, radica en la propuesta lanzada por el gobierno danés para solventar el escollo: un salario de referencia más adecuado y representativo podría ser, afirma el gobierno, el cuartil más bajo de retribuciones pagado por las empresas afiliadas a la Confederación Danesa de Empleadores<sup>43</sup>. La propuesta no «suenan» muy convincente, dado el carácter aleatorio de la afiliación a una patronal, y el Comité de Ministros del Consejo de Europa no parece muy convencido en su respuesta dada en junio de 2009: lamenta que el gobierno danés no indique cuál sea en la actualidad el sector con mayor número de empleados masculinos en el país, y señala que el sugerido cuartil inferior se aproxima mucho al sueldo promedio del obrero no cualificado masculino del artículo 66<sup>44</sup>, pero se aleja del obtenido por el obrero especialista tipo del artículo 65<sup>45</sup>; a continuación reconoce la situación de las prestaciones danesas, a medio camino entre el cálculo proporcional al sueldo del beneficiario y de una cantidad a tanto alzado, lo cual le permitiría optar por uno u otro de los criterios o modelos de cálculo en el Código; y concluye observando que, en caso de optar por el del artículo 66 (obrero no especialista), la sustitución propuesta por el cuartil inferior solo sería aceptable en caso de incorporar también los complementos salariales de ese cuartil, que en el informe del gobierno danés no venían incluidos<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> 269.000 coronas danesas en 2006.

<sup>44</sup> 256.800 coronas danesas en 2005.

<sup>45</sup> 339.000 coronas danesas en 2005.

<sup>46</sup> Consejo de Europa, *CM Documents*, CM(2009)72, págs. 5-7.

3. Finalmente, el artículo 67 remite a un cálculo aparentemente sencillo, que progresivamente se complica con las garantías establecidas para evitar situaciones de miseria. En efecto, dicho artículo refiere a una cuantía prescrita por las autoridades públicas competentes, es decir, a una renta básica o salario de inserción en términos generales, de modo que habrá de estarse a los niveles fijados habitualmente por el Estado o las regiones. Sin embargo, de inmediato aparecen dos salvaguardias bastante complicadas: por un lado, la cuantía debe ser suficiente para asegurar a la familia «condiciones de vida sanas y convenientes»<sup>47</sup>, planteando la incógnita de cuál sea semejante nivel de vida; por otro, la cuantía no deberá ser inferior al monto de las prestaciones calculadas de conformidad con el caso anterior, lo que nos lleva a calcular primero el salario de un obrero no especialista varón de una industria mecánica no eléctrica, etc.

#### 4. CUESTIONES APLICATIVAS: PERÍODOS TRANSITORIOS, EQUIVALENCIAS Y CÁLCULO DE LA POBLACIÓN PROTEGIDA

a) Cuando un país inicia la reforma de alguna prestación, ¿debe referirse a la situación mayoritaria en el período considerado, a la situación futura a la que aboca la reforma aprobada en ese período, o a ambas conjuntamente?

Aunque pueda resultar muy rotunda la afirmación, jamás en todo el tiempo de existencia de la Seguridad Social cabe hallar un momento de relativa tranquilidad en el cual no se halla producido algún tipo de reforma que haya revuelto las tranquilas aguas de una contingencia. Unas veces para mejorar

<sup>47</sup> El texto oficial en inglés, «in health and decency», que es un estereotipo, quizá deba traducirse mejor como condiciones de vida «dignas y saludables».

el ámbito subjetivo, otras para racionalizar el gasto, otras para introducir mejores controles o, en fin, para calcular de forma más adecuada las prestaciones, el caso es que en ningún país cabe hallar la clarividencia y estabilidad necesarias para evitar las reformas grandes o pequeñas de las diversas partes del Sistema. Como problema añadido, las reformas en determinados aspectos sensibles como son las prestaciones, suelen durar mucho tiempo, a veces decenios, sobre todo si se trata de reformas que afectan a los derechos *in fieri* sobre las grandes pensiones de invalidez, vejez o muerte. En el momento presente nos hallamos, por ejemplo, en reformas de larga duración respecto a la pensión de viudedad en Reino Unido y en Francia, y en materia de pensión de jubilación en Alemania y España.

Tomemos el ejemplo de la pensión de viudedad en Francia<sup>48</sup>: normas transitorias aparecidas en el año 2004 han determinado la disminución progresiva de la edad mínima y la suprimirán en el año 2011. Actualmente solo las viudas de más de 51 años pueden beneficiarse de las pensiones del Sistema, y aún cuando normalmente la situación protegida suele presentarse por encima de dicha edad, existe un determinado número de viudos y viudas por debajo de la misma que quedan excluidos del ámbito de protección. En el CESS, art. 61, el ámbito subjetivo mínimo de cobertura queda fijado en al menos el 50 por 100 de todos los asalariados, o al 20 por 100 de los residentes o se trate de viudas e hijos con recursos por debajo de una cuantía mínima. Con independencia de las dificultades ya aludidas de concreción numérica de tal ámbito, la evolución francesa durante los siete años del período transitorio impiden evaluar la situación final y la inicial, y solo cabrá valorar el momento intermedio.

<sup>48</sup> Este país no ha ratificado la Parte X del Código, prestaciones por muerte y supervivencia.

En Reino Unido la situación parece aún más complicada, siempre respecto a la misma contingencia de viudedad: ha suprimido la antigua pensión para las viudas, de carácter indefinido, y la sustituye para los nuevos beneficiarios, sean hombres o mujeres, bien por una suma a tanto alzado, bien por una prestación por un período máximo de 52 semanas, bien por el tiempo en que el niño bajo su cuidado alcance la edad prescrita. El período transitorio afecta a un largo período en que todavía las beneficiarias de la antigua pensión continúan percibiendo sus mensualidades conforme a la normativa derogada, período durante el cual conviven con las prestaciones y las sumas a tanto alzado de otros beneficiarios recientes.

No hay regla al respecto para valorar tales situaciones transitorias, y el comité de expertos CS-SS no ha llegado aún a una decisión en materia.

b) En ocasiones la legislación nacional abandona la evolución rectilínea habitual, de mejorar o empeorar los parámetros, y da un sorprendente giro hacia un lado, giro cuya valoración plantea incómodas situaciones. El fenómeno equivale a cuanto sucede en las relaciones entre fuentes de las obligaciones cuando una de ellas, en lugar de mejorar o empeorar la de mayor rango, emprende un tratamiento que puede considerarse como *equivalente*. Y, como ya ha sucedido en esa materia, donde algún autor considera que una fuente inferior puede establecer tratamientos distintos pero equivalentes al de la norma de mayor rango, en la comparación entre los niveles del CESS y los de cada país ratificante surge la misma duda.

Pongamos un ejemplo: Dinamarca derogó en 1983 la protección de la viudedad, y simultáneamente estableció derechos propios de las personas afectadas que pretendidamente igualan los niveles cuantitativos establecidos por el CESS, y que básicamente consisten en la posibilidad de solicitar la pensión

general anticipada<sup>49</sup>. En puridad no existe la protección de la contingencia, pero otras prestaciones dirigidas a contingencias paralelas permiten la cobertura de esas personas, en opinión del gobierno danés. La cuestión planteada por semejante enfoque no es otra que determinar si Dinamarca cumple o no con los mínimos establecidos en el Código.

La solución ha de estar en un requisito que en todo caso debe cumplir cada Estado ratificante, expresado en los artículos 74.1 y 76 del Código: informar sobre la legislación y la práctica de la protección otorgada, con indicación de porcentajes y población protegida.

c) En ocasiones los requisitos acuden en círculos concéntricos que van estrechando el número de personas protegidas hasta un punto de calificación negativa. El Código no indica si tales requisitos determinativos del ámbito han de aplicarse en su totalidad antes de calcular el círculo de personas protegidas, o si debe aplicarse el requisito básico para hallar dicho círculo, y después aplicar los demás requisitos. En los ejemplos de viudedad antes aludidos podremos comprender hasta qué punto varía la población protegida si aplicamos solo el primer requisito, de número de personas con expectativa genérica de derecho a una prestación (trabajador, residente, o activo), o si aplicamos además los requisitos más específicos como la edad de los cónyuges o la existencia de hijos de corta edad. Parece evidente que si aplicáramos todos los requisitos el ámbito subjetivo quedaría restringido sobremanera, al menos en algunas contingencias, de donde la solución más probable ha de ser la de dos fases.

## 5. LOS CONTROLES

El artículo 75.2 del Código señala que «si el Comité de Ministros [del Consejo de Europa]

<sup>49</sup> Se reconoce a personas entre los 16 y los 66 años cuya capacidad laboral ha quedado reducida al menos un 50 por 100 por razones sociales o de salud.

considera por mayoría de dos tercios que una Parte Contratante no cumple las obligaciones asumidas por ella en virtud del presente Código, le invitará a adoptar las medidas que el Comité considere necesarias para asegurarse el cumplimiento». Ya hemos visto cómo en una ocasión ha solicitado a Bélgica que proceda a reducir la participación del asegurado en los costes sanitarios hasta el 25 por 100 que como máximo permite el Protocolo anexo al Código –pues ha ratificado también el citado documento–. Estas invitaciones, que en caso de incumplimientos muy graves podría desembocar en la suspensión o expulsión del Consejo<sup>50</sup>, exige un control permanente del cumplimiento de las ratificaciones, lo que viene realizado por un comité de expertos, denominado CS-SS o «comité del artículo 74», el cual analiza los informes anuales de cada Estado ratificante, bajo la tutela del Comité Europeo de Cohesión Social (CDCS), y emite su opinión fundada<sup>51</sup>.

El CS-SS se integra por un representante de cada Estado miembro, a los que se agregan otros *participantes* de otros países y organismos internacionales, además de otros *observadores*<sup>52</sup>. Se trata, pues de un amplio comité, con 48 miembros de pleno derecho<sup>53</sup> y doce representantes y observadores. Los miembros han de ser nombrados entre los funcionarios de alto nivel en el ámbito de la Seguri-

<sup>50</sup> Art. 8 del Estatuto del Consejo de Europa, Londres 1949.

<sup>51</sup> También denominado «Committee of Experts on Standard-setting Instruments in the Social Security Field». Así lo denomina el documento del Consejo de Europa *explanatory Report on the European Code of Social Security (Revised)*, Estrasburgo 1998, pág. 16.

<sup>52</sup> Los cuales carecen del derecho al voto ni pueden requerir la cobertura de gastos: como participantes, la Unión Europea, Canadá, Santa Sede, Japón, México, Estados Unidos, OIT, OCDE, ISSA (Asociación Internacional de Seguridad Social), y CES (Confederación Europea de Sindicatos); como observadores, Australia y Nueva Zelanda.

<sup>53</sup> El país al que pertenece el presidente tiene derecho a nombrar un miembro adicional: 47+1.

dad Social de cada país, y asumen los siguientes cometidos dentro del CS-SS<sup>54</sup>:

Examinar el funcionamiento y la aplicación de los instrumentos de Seguridad Social del Consejo de Europa, con vistas a adaptarlos y a mejorar su aplicación práctica.

Supervisar la aplicación del Código Europeo de Seguridad Social y examinar las conclusiones del Grupo de Consultores sobre las partes no ratificadas del Código.

Identificar necesidades y prioridades a nivel nacional, con vistas a sugerir soluciones concretas.

Asistir a los Estados miembros que deseen ratificar estos instrumentos en el examen de las implicaciones legales, financieras y administrativas de la ratificación.

Promover la coordinación de los regímenes de Seguridad Social.

Proveer a las necesidades de asistencia técnica para sugerir posibles medidas de superación de los problemas surgidos de la aplicación de los referidos instrumentos legales.

Organizar coloquios, visitas de estudio, cursos, etc.

Estudiar la evolución de los sistemas nacionales, observar las tendencias paneuropeas y preparar información dirigida al CDCS respecto a las cuestiones actuales y a las buenas prácticas.

Asumir cualquier otras materias referidas a la Seguridad Social internacional a petición del CDCS.

En paralelo con el CS-SS del artículo 74, un denominado «grupo de consultores» se ocupa

<sup>54</sup> Comité de Ministros del Consejo de Europa, 972 reunión de 6 de setiembre de 2006, apéndice 21, ítem 6.1.c, *Terms of reference of the Committee of Experts on Social Security (CS-SS)*.

de las partes no ratificadas del Convenio, a cuyo efecto —dice el artículo 76 del Código— cada Estado firmante debe enviar al Secretario General del Consejo de Europa un informe cada dos años describiendo la situación de su legislación y su práctica respecto a dichas partes que no ha ratificado. En realidad es éste el verdadero comité de expertos, pues se trata de especialistas independientes<sup>55</sup>, a diferencia del que lleva el nombre, compuesto como acabamos de ver por técnicos de cada país. Los informes del grupo de consultores se remiten al CS-SS para su examen y consideración, y no son publicados. La competencia del grupo no va más allá que la de analizar si el país en cuestión ha alcanzado el nivel de ratificación y, en consecuencia, podría si lo deseara ampliar el elenco de partes ratificadas, pero en el trasiego de informaciones de y hacia las autoridades nacionales que suministran información es frecuente la aparición de sugerencias, orientaciones y admoniciones. Estas últimas llegan en razón al descuido negligente o calculado con que en algunos casos se envían los informes. De cualquier modo, la última reunión del grupo (Lovaina 2009) expresaba su satisfacción porque de 35 partes no aceptadas del Código, al menos 12 podrían serlo en estos momentos por los Estados respectivos si así lo desearan.

Al grupo de consultores compete la difícil tarea de orientar hacia la convergencia a los países renuentes, en un lenguaje muy cortés sabedor de las complejidades políticas de una decisión ampliatoria. Claro que hoy día también el comité de expertos ha de bregar con las tendencias a la baja en las partes ya ratificadas, por lo que el esfuerzo viene a ser equivalente<sup>56</sup>. No obstante, el grupo de con-

<sup>55</sup> En la actualidad, cuatro catedráticos de Universidades y organismos de investigación relacionados con la Seguridad Social, asistidos por personal técnico del Consejo de Europa.

<sup>56</sup> Uno de los casos más importantes ha sido el de la pensión de invalidez en Alemania, cuyas reducciones de los períodos de acreditación/cotización motivaron una resolución del Comité de Ministros del Consejo de Euro-

sultores afronta la mayor diversidad, y también las opciones más difíciles.

Tomemos un ejemplo: Reino Unido no ha ratificado la parte IX, prestaciones de invalidez, al igual que sucede con Irlanda, pues tanto en uno como en otro país el tipo de incapacidad que da derecho a una prestación es la absoluta, para cualquier profesión u oficio, pues para estos países «una persona es considerada capaz de trabajar o no capaz, no hay previsión alguna para considerar grados de incapacidad»<sup>57</sup>. Por el contrario, el Código define a la contingencia cubierta como la incapacidad para ejercer una actividad profesional *en un grado prescrito* (art. 54), idéntica expresión a la utilizada en el artículo de igual número del Convenio OIT 102, la cual vino introducida a posteriori para dejar meridianamente clara la intención de reconocer que «alguna actividad retribuida podría admitirse al inválido, compatible con el derecho a la pensión, en un grado que habría de ser determinado por la leyes o reglamentos nacionales»<sup>58</sup>. Con mayor nitidez aún, «el hecho de que el Convenio [102 OIT] refiera a la incapacidad en un grado prescrito muestra que para cumplir con la definición de la contingencia la protección no puede estar limitada a los casos de permanente y total incapacidad para emprender cualquier actividad de ganancia»<sup>59</sup>. Por regla general, indica la OIT, el grado de incapacidad reconocido como pensionable es el de dos tercios, aunque algunos países lo establecen en la mitad<sup>60</sup>, mientras que

otros no mencionan el nivel pensionable, pero confirman que se encuentra por encima de la incapacidad absoluta<sup>61</sup>.

Las dificultades para el grupo de consultores surgen cuando recibe una información genérica de que Reino Unido, a diferencia de Irlanda, ha promulgado una ley en el año 2007, titulada Welfare Reform Act, la cual reconoce una prestación<sup>62</sup> en casos en que la limitación de la capacidad para trabajar sea de tal entidad que no sea razonable exigirle un esfuerzo productivo, o sencillamente en casos en donde solo exista una limitada capacidad para actividades laborales. En tales supuestos de información ambigua suministrada por el país, resulta más que probable la intención del mismo de permanecer fuera del panel de ratificaciones, por razones cualesquiera.

La actividad de ambos comités no sería factible de no existir la obligación para los estados firmantes de enviar informes, tanto de las partes ratificadas como de las no ratificadas. En realidad el dictamen de cada comité viene a comparar los datos aportados de legislación y estadísticas con los mínimos exigidos por el Código, labor en la que ambos se muestran bastante escrupulosos y en no pocas ocasiones descubren operaciones de maquillaje e ingeniería jurídica de determinados Estados que tratan de compaginar movimientos a la baja con los límites internacionales establecidos. Y mientras que los Estados más débiles tratan de mejorar su imagen con estadísticas sesgadas o vacíos informativos demasiado evidentes, las operaciones más sofisticadas provienen de los paí-

pa en 1997 descrito en NICKLESS, *European Code of Social Security*, 104.

<sup>57</sup> En el caso irlandés hay algunas excepciones sin importancia, como trabajo ligero o fases de rehabilitación.

<sup>58</sup> OIT, Comité de Seguridad Social 1952, *Appendix VIII: Social Security*, Ginebra 1952, pág. 523. La nueva redacción del artículo del Convenio 102, reflejada también en el Código europeo, se produjo a instancias de la representación de empleadores.

<sup>59</sup> OIT, *Minimum Standards of Social Security*, cit., pág. 211.

<sup>60</sup> Austria, Japón, Suiza, Italia: OIT, *op. cit.*, *ibidem*.

<sup>61</sup> Canadá, Nueva Zelanda, Polonia, Portugal, Rumanía, Suecia, Suráfrica, Estados Unidos, Unión Soviética (sic) y Yugoslavia (sic): OIT, *Minimum Standards*, pág. 211. Recuérdese que el informe es algo antiguo. En pág. 212 indica, en fin, que varios países requieren la incapacidad absoluta («total inability») para el derecho a prestaciones, como República Árabe Unida, Iraq, Marruecos, Filipinas, Irlanda y Reino Unido.

<sup>62</sup> Denominada Employment and Support Allowance, ESA.

ses poderosos, interesados en mantener su marca país como estandarte de progreso. Me referiré a dos casos recientes en este sentido, que sin embargo no son los más flagrantes:

En materia de pensión de vejez, el informe francés de 2004 indicaba que la pensión nacional se situaba en el 39,50 por 100 de la base reguladora, lo cual quedaba por debajo del 40 por 100 exigido por el Código, y podía indicar que ese país no cumplía con la ratificación efectuada, cuando el informe de 2008 quedaba aún más abajo, en el 37,50. Sin embargo el mismo informe añadía en su descargo que dichos porcentajes eran resultado de cálculos bastante esquemáticos, y que a lo anterior debería añadirse la pensión suplementaria ARRCO; al mismo tiempo realizaba el cálculo sobre el salario mínimo, en vez de sobre el salario de un obrero especialista del sector metalmeccánico. En su dictamen de 2009, el comité de expertos CS-SS señala ambos cambios, y prudentemente observa que el salario mínimo solo podría utilizarse una vez demostrado que equivale en Francia al salario del obrero-tipo indicado, mientras que la pensión suplementaria ARRCO solo podría añadirse a la básica si el informe nacional demostrara que su ámbito subjetivo o cobertura personal abarcara al menos al 50 por 100 de la población empleada, como exige el artículo 27.a del Código<sup>63</sup>.

El caso de Alemania es similar. A diferencia de Francia, ha ratificado el Protocolo, por lo que sus obligaciones son mayores, y concretamente en materia de pensión de vejez debe alcanzar el 45 por 100 de la base reguladora y para una cobertura del 80 por 100 de la población empleada. Pues bien, el porcentaje de cobertura alemán, del 65 por 100 en 2007, ha comenzado a sufrir drásticos cambios a la baja en gracia al muy complejo sistema de puntos utilizado para calcular el importe de

la pensión: el valor del punto se ajustó en 2007 por debajo del aumento de salarios y de la evolución de los precios al consumo, pero el mayor impacto reductivo provino en 2005 de la instauración del denominado «factor de sostenibilidad», que pone en relación el porcentaje de población pasiva con el de población activa, de manera que una reducción de los cotizantes lleva a unas tasas de ajuste más reducidas para las pensiones.

El comité de expertos CS-SS indica en su dictamen de 2009 que el cálculo de la pensión alemana queda sometido a complejos factores económicos y demográficos no directamente relacionados con los cambios en los precios al consumo y el coste de la vida, y que exponen el importe de la pensión a ajustes negativos y a reducir su poder adquisitivo. Por cuanto los cálculos alemanes vienen realizados sobre el total de los tres tipos de pensión existentes en el país, tanto del primer pilar básico como del segundo o sectorial y del tercero o privado-voluntario, el CS-SS solicita además que en su próximo informe el gobierno aporte precisas estadísticas sobre la cobertura de cada uno de los sistemas de pensión, así como datos de la tasa de interés aplicada a las pensiones privadas *Riester* desde que fueron introducidas en 2002, y a valuar el impacto de la crisis financiera mundial sobre el sistema de pensiones privadas<sup>64</sup>.

En otras ocasiones la crítica del CS-SS a determinados países va dirigida a cuestiones jurídicas de cierta importancia, y en concreto a las exclusiones del derecho por conductas culposas del titular. Tal sucede en el caso de Estonia y su asistencia sanitaria, que vendrá denegada cuando el accidente o la enfermedad fue causada por intoxicación etílica, por drogas o por sustancias tóxicas. El comité de expertos recuerda la dicción del artículo 68.f del Código, para el cual la exclusión del derecho solo procede en caso de falta *intencionada*

<sup>63</sup> Consejo de Europa, *CM Documents*, «6.2. Committee of Experts on Social Security (CS-SS)», CM(2009)72, anotaciones sobre Francia, pág. 9.

<sup>64</sup> Consejo de Europa, *CM Documents*, cit., págs. 11 y 12.

del interesado, por lo que urge al gobierno estonio a modificar su legislación<sup>65</sup>. El mismo artículo del Código se aplica a similar exclusión del derecho a prestaciones por desempleo en el mismo país, que puede ocurrir por incumplimiento de obligaciones laborales, pérdida de confianza, o comportamiento indecente o venal.

Idéntico requisito de falta intencionada para excluir de la prestación por desempleo viene alegada por el CS-SS frente a Irlanda y a Países Bajos, aunque para reconocer que en ambos países la práctica administrativa y judicial ha interpretado a la legislación en el sentido adecuado<sup>66</sup>.

No todos los pronunciamientos del comité de expertos, ni tampoco los del grupo de consultores, critican el panorama presentado por los informes nacionales. En su última reunión (2009), el CS-SS tiene palabras muy elogiosas para tres países por sus esfuerzos en mejorar la organización del sistema público de Seguridad Social: de Francia elogia la importante reforma para combatir el fraude social tanto de las empresas como de los beneficiarios introducida por el Decreto 2008-371, que sobresale por encima de un panorama general en varios países europeos, hasta el punto de que «las medidas legales, administrativas y operativas puestas en marcha por Francia para la aplicación de esta política no tienen parangón en Europa. La extensión y la naturaleza sistemática de las medidas adoptadas permiten la cobertura de todas las personas afectadas a través de todo el territorio nacional, a todos los niveles administrativos y para todos los regímenes de la Seguridad Social»<sup>67</sup>.

De Grecia resalta la unificación bajo una misma gerencia de las 133 instituciones,

<sup>65</sup> Consejo de Europa, *CM Documents*, cit., pág. 7.

<sup>66</sup> Consejo de Europa, *CM Documents*, cit., págs. 14 y 18.

<sup>67</sup> Consejo de Europa, *CM Documents*, cit., pág. 10.

ramas y fondos aseguratorios públicos del país, efectuada por la ley 3655/2008, algo que se produce con la participación de los representantes de las ramas ahora unificadas, y sin pérdida o reducción de beneficios para los asegurados. Y de Italia, en fin, tiene palabras de elogio para la red informática creada por la entidad gestora central, el INPS, que se convierte con ello en un pilar central en la administración electrónica italiana, con capacidad para calcular 12 billones de instrucciones por segundo (!), con 372 servidores centrales y 193 periféricos, con un especial cuidado por la protección y la privacidad de los datos que se basa en el Decreto Legislativo 196/2003<sup>68</sup>.

Los informes nacionales sobre las partes ratificadas por cada país deben seguir un modelo uniforme aprobado por el Consejo de Europa en 1967<sup>69</sup>, que va requiriendo artículo por artículo diferentes datos, divididos en letras mayúsculas y en números árabes, diferenciando lo que se solicita respecto del texto del artículo mediante el uso de cursivas<sup>70</sup>. En cuanto a los informes nacionales presentados al grupo de consultores para las partes no ratificadas, no quedan obligados a seguir

<sup>68</sup> Consejo de Europa, *CM Documents*, cit., pág. 15.

<sup>69</sup> Consejo de Europa, *Form of Annual Report on the European Code of Social Security (as modified Protocol additional thereto)*, Estrasburgo 1967, 57 páginas.

<sup>70</sup> Por ejemplo, respecto al artículo 33 del Código, sobre riesgos profesionales, indica: «A. Por favor, indique los grupos de trabajadores protegidos, de acuerdo con las previsiones de este artículo. B. Por favor, suministre información estadística bajo este artículo en la forma establecida *infra*, artículo 74». En el artículo 38, asimismo sobre riesgos profesionales, pide lo siguiente: «1. Por favor confirme que, de acuerdo con las previsiones de este artículo, las prestaciones establecidas *supra* en los artículos 34 y 36 se garantizan durante toda la contingencia. 2. Por favor, indique si está previsto un período de espera en caso de incapacidad laboral y, de ser así, indique la duración de tal período. 3. Por favor indique con referencia al artículo 68, *infra*, las previsiones, de haber alguna, para la suspensión de prestaciones estipulada en los artículos 34 y 36, bajo el régimen o regímenes afectados».

patrón alguno, a pesar de lo cual algunos países utilizan la misma técnica de divisiones en letras requerida para los del comité de expertos<sup>71</sup>.

## 6. BREVE REFERENCIA A LA SITUACIÓN ESPAÑOLA

Terminaré el análisis con una pequeña mención a las peculiaridades de nuestro país, del que ya he mencionado anteriormente su ratificación de siete de las nueve partes del Código<sup>72</sup>.

No merece una atención especial España en los informes de los comités de expertos, pero si algo viene repetido en los documentos del Consejo de Europa es la afición del país por las reformas legislativas que impiden un análisis en profundidad de la evolución de la cobertura aseguradora. A pesar de que el estado de reforma viene a ser la situación endémica de todos los sistemas nacionales de protección social europeos, el nivel e intensidad del modelo español parece sobrepasar los límites, a la vista de las manifestaciones de los comités encargados de supervisarlos, al menos en los últimos años.

Así, la reunión del CS-SS de 2006 se halló frente a las reformas introducidas por la Ley 45/2002, el Real Decreto Legislativo 5/2002 y los Reales Decretos 553/2004, 562/2004, 1600/2004, 1865/2004 y 117/2005, así como algunas Órdenes TAS, y pese a ello acertó a felicitar al gobierno del país por la detallada información suministrada, y a pedirle explicaciones en el siguiente informe sobre distin-

tos aspectos, a saber: el elevado número de sanciones impuestas a los desempleados por violación de las nuevas normas de prestación por desempleo; las orientaciones del compromiso de actividad; la obligación del empleador de mantener al incapacitado en su anterior puesto; así como urgirle a utilizar la metodología del artículo 65 del Código para valorar las prestaciones consistentes en porcentajes de la retribución anterior, y la del artículo 66 para informar de las pensiones mínimas; y, en fin, a especificar el número de personas que actualmente perciben en España tales pensiones mínimas.

La reunión del CS-SS de 2009 se topó con la Ley 40/2007, sobre medidas en materia de Seguridad Social, y aunque atinó a efectuar un somero y certero análisis sobre el contenido de la misma, su conclusión final aludía a que «las reformas introducidas por la ley afectan a prácticamente todos los aspectos de la Seguridad Social», de modo que en la parte dispositiva del dictamen emplazaba escuetamente al gobierno español a demostrar en su próximo informe, y en la medida en que existan ya estadísticas, si las tasas de sustitución establecidas por el Código para las prestaciones en cuestión continúan siendo alcanzadas.

En cuanto a las partes no ratificadas del Código, es decir, las prestaciones de familia y de muerte y supervivencia, en los últimos años se observa un interés del gobierno español por alcanzar también su ratificación, lo que ha topado hasta el momento con un aspecto bien conocido de nuestra idiosincrasia, la dificultad para manejar datos que permitan fundar estadísticamente la superación de los niveles cuantitativos sobre los que descansan los mínimos del Código. Los informes del gobierno español suelen abundar en detallados análisis de la situación jurídico-normativa, pero omiten o no aciertan a ofrecer los datos oportunos de población y salarios medios exigidos para convencer al Consejo de Europa sobre la bondad de sus aspiraciones.

<sup>71</sup> Lo cual conlleva eventuales confusiones para el grupo cuando el informe se reduce a una sucesión de artículos y de textos divididos en letras (id est, «Artículo 20. A, B, C.....»).

<sup>72</sup> Un análisis de las contingencias y su protección en el sistema español, comparado con los mínimos del Código, en VIVES CABALLERO, M., «Código Europeo de Seguridad Social: comentarios a su contenido y a su ratificación por España», cit., págs. 1367 ss.

El Código no es muy exigente en los requisitos mínimos de la prestación familiar (Parte VII). Apenas requiere que la cobertura alcance al menos a la mitad de la población asalariada, o a los activos que superen el 20 por 100 de los residentes, y a que la cuantía de las prestaciones supongan al menos el 1,5 por 100 del sueldo de un obrero no especialista del sector metalmeccánico, multiplicado por el número total de niños de la población residente, ya sea medido en dinero o en especie –alimentos, ropa, alojamiento, vacaciones o ayuda doméstica–. En España toda la población asalariada tiene protección familiar, cuya cuantía total en prestaciones supone la cantidad inicial de 1.209 millones de euros<sup>73</sup>. En cuanto al término de comparación del Código, el 1,5 por 100 del salario de un obrero no especialista del sector metalmeccánico –no entraré aquí a especificar si es de un obrero varón porque no es posible en nuestro Ordenamiento– alcanza los 177,71 euros anuales<sup>74</sup>, y el resultado de multiplicarlo por la población infantil residente en el país es de 1.151 millones de euros<sup>75</sup>. Es decir, nuestro país se encuentra por encima del nivel exigido por el Código, y sin computar partidas complementarias como las de familia numerosa ni –más discutible por el art. 45 CESS– las prestaciones por número de hijos.

Bastante más prolijas resultan las exigencias del Código en punto a las pensiones de muerte y supervivencia (Parte X). En sustan-

cia, refieren a una cobertura de al menos el 50 por 100 de la población asalariada, o de población activa que suponga al menos el 20 por 100 de los residentes, o todas las viudas y niños por debajo del nivel de suficiencia. Y la cuantía de la pensión debe igualar al menos al 40 por 100 del salario de un obrero especialista del sector metalmeccánico, o del obrero tipo alternativo que ya conocemos. En España toda la población asalariada está protegida por el riesgo de viudedad, y la pensión media de una viuda se sitúa en octubre de 2009 en los 555,48 euros mensuales<sup>76</sup>. A ello habría de añadirse el importe de dos prestaciones de orfandad, cuyo importe medio era en octubre de 2009 de 341 euros mensuales<sup>77</sup>, lo cual supone en su conjunto la cifra de 1.237,48 euros mensuales. «Por cuanto, a tenor del artículo 65 del Código, la comparación debe realizarse con el 40 por 100 del salario de un obrero especialista del sector metalmeccánico, o tipo similar, incrementado por los subsidios familiares que perciba por dos hijos, lo que alcanzaría la cuantía de 1.093,45 euros mensuales<sup>78</sup>. De modo y manera que la pensión española media se encuentra por encima del mínimo establecido en el Código Europeo. Hay, sin embargo, algunas dificultades puntuales relativas al pago de pensiones parciales cuando el causante no hubiera alcanzado el período de carencia establecido en el Código, pero no afectan a la pensión española, que exige una carencia considerablemente inferior.

<sup>73</sup> Ejecución presupuestaria de la Seguridad Social para 2008, en Consejo Económico y Social, *Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2008*, Madrid 2009, pág. 552.

<sup>74</sup> Convenio interprovincial para la industria metalgráfica (BOE 18 de agosto de 2005), Apéndice I, tablas salariales, retribución anual de un auxiliar de fábrica, que contempla el salario diario y el anual, fijado en 11.847,47 euros.

<sup>75</sup> La población total infantil residente en 2007 era de 6.481.785 personas, resultado de obtener el porcentaje del 14,34 por 100 de población infantil de un total de 45.200.737 residentes: Wikipedia, *Demografía en España*.

<sup>76</sup> Datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración publicados el 30 de octubre de 2009, reflejados por Diariocritico de la Economía del lunes 2 de noviembre de 2009. Como se recordará, el porcentaje de la pensión de viudedad consiste en España en el 52 por 100 de los salarios del causante, o en el 70 por 100 de los mismos si la viuda tiene cargas familiares, carece de ingresos superiores al nivel de suficiencia, y la pensión sería la principal fuente de ingresos.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> Sueldo anual de un ajustador o tornero, considerado en el convenio interprovincial de la industria metalgráfica como profesional de oficio (cláusula adicional 2ª), alcanza en la categoría de oficial de 2ª la remuneración anual de 13.121 euros con dos pagas extraordinarias».

**RESUMEN** A diferencia de cuanto sucede con el Reglamento CE 1408/71 sobre coordinación de los Sistemas nacionales de Seguridad Social, el Código Europeo de Seguridad Social (1964) apenas cuenta con estudios que permitan descifrar las dificultades planteadas por un proyecto tan ambicioso como es el de fijar unos mínimos en las prestaciones de Seguridad Social a las que tienen que sujetarse los países miembros del Consejo de Europa que lo ratifiquen. Después de unas reflexiones sobre el significado histórico del Código, el estudio entra en los problemas suscitados por las opciones ratificadoras, mucho más ambiciosas que las del Convenio OIT 102, y las cuestiones en torno a los requisitos exigidos para cada contingencia prevista, entre otros unos porcentajes y unos términos de comparación y de suficiencia sobremanera difíciles de calcular. Los aspectos aplicativos más menudos tienen también importancia, como se demuestra por los informes del CS-SS y del grupo de consultores para las partes no ratificadas: períodos transitorios de las normas nacionales, equivalencias, o cálculo de la población protegida, son cuestiones habituales en sus páginas. El artículo analiza también los controles realizados por ambos comités, el CS-SS y el grupo de consultores, y termina con una breve exposición de los problemas españoles.