

Estudios

Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad

RAFAEL SASTRE IBARRECHE

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(Universidad de Salamanca)*

Las modificaciones experimentadas en numerosos ámbitos, tanto sociales como jurídicos, han marcado la evolución reciente del régimen normativo de la pensión de viudedad y la propia interpretación jurisprudencial. Pero, de modo especial, habrán de pesar sobre las reformas inminentes, tal y como aparecen diseñadas en el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social suscrito en julio de 2006 y en el proyecto de Ley de 2007, que con el mismo nombre, ha venido a concretarlo «En su configuración actual, las objeciones a la pensión de viudedad no derivan sólo de haber prescindido en su régimen jurídico del modelo de la pensión de jubilación, hasta donde fuera posible la regulación paralela, sino de una concepción en exceso tradicional que no ha incorporado las alteraciones sociológicamente producidas en los últimos años, siendo así que fenómenos como las uniones de hecho empiezan a exigir una contemplación realista en orden a la producción de efectos asimilables a los derivados del vínculo matrimonial»¹.

SUMARIO

- I. UN OBLIGADO PROCESO DE ADAPTACIÓN NORMATIVA
- II. EL ACTUAL LUGAR DE LAS PENSIONES DE VIUEDAD EN ESPAÑA
- III. MATRIMONIO Y PENSIÓN DE VIUEDAD
- IV. EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

1. L. E. DE LA VILLA GIL, «Las pensiones sociales. Problemas y alternativas» ahora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (...mente estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil) Madrid, 2006.

I. UN OBLIGADO PROCESO DE ADAPTACIÓN NORMATIVA

Hace bastante tiempo que, tanto desde la doctrina como desde algunas resoluciones jurisprudenciales, viene abogándose por la introducción de modificaciones normativas de amplio alcance en la ordenación de las prestaciones por muerte y supervivencia. En concreto, la reclamación de tales reformas suele centrarse de un modo especial en la pensión de viudedad y así ha sido entendido por el proyecto de Ley de medidas en materia de Seguridad Social (LEG 2007, 2005)², cuya Disp. Adic. 25^a –bajo la rúbrica *Reforma integral de la pensión de viudedad*– encomienda para ello al Gobierno la elaboración de un estudio sobre la base de las recomendaciones del Pacto de Toledo.

Rasgo consustancial a los ordenamientos de la Seguridad Social es la particular incidencia que sobre los mismos poseen los factores económicos y sociológicos. Tal sensibilidad, que hace difícil conjugar la certeza jurídica, por un lado, y las propias exigencias que imponen dichos factores extra-jurídicos, por otro, modela su particular naturaleza, siempre en busca de un complicado y tenso equilibrio entre estabilidad y adaptabilidad. Y es en el ámbito de las pensiones en el que esta tensión se manifiesta de un modo más acusado.

Como es sabido, en el ordenamiento español de la Seguridad Social y tras la promulgación del texto constitucional, por utilizar convencionalmente una fecha de referencia, se han sucedido periódicamente cambios normativos para ajustar el régimen jurídico de las pensiones a las vicisitudes derivadas de los ciclos económicos y, por consiguiente, de los avatares sufridos por el mercado de trabajo. A veces de un modo sistemático, en otras ocasiones de manera limitada y con escasa publicidad, contando con el respaldo de los interlocutores sociales o sin él, la regulación de las pensiones ha experimentado modificaciones normativas de diferente intensidad. Con una peculiaridad: casi todas las reformas de carácter sistemático y de mayor relieve han ido dirigidas a las ramas de jubilación e incapacidad permanente. En efecto, como tantas veces se ha recordado, las prestaciones de muerte y supervivencia no han contado con la atención preferente del legislador, han permanecido en un segundo plano. Preguntarse por los motivos de esta relegación quizás exceda de los objetivos de este artículo, pero podrían aventurarse, entre otras, razones de tipo político y económico para comprender el porqué de un consciente *olvido*.

Las transformaciones que vienen sucediéndose en los últimos veinte años, y aún antes, revelan un panorama dinámico en el ámbito socio-económico y anuncian procesos de cambio sólo imaginados o meramente esbozados en la actualidad. En claro contraste con una regulación tributaria, en parte y por lo que a la pensión de viudedad se refiere, de superadas concepciones jurídicas.

En efecto, las últimas décadas han sido testigos de transformaciones sociales de gran calado que, por lo que aquí importa, han dado paso a nuevas situaciones familia-

2. El Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el texto en sesión de 13 de septiembre de 2007 (BOCG de 20 de septiembre [LEG 2007, 2005]). Al redactarse estas líneas, acaba de ser remitido al Senado.

res. La incorporación masiva de las mujeres al mercado de trabajo³ y el incremento de los niveles educativos son, quizás, los fenómenos que han de mencionarse en primer término porque sirven para explicar otros cambios derivados cuyas repercusiones sobre el sistema de protección social resultan innegables. La mayor independencia económica y un nivel cultural superior de la mujer explican, en parte, el descenso de la tasa de natalidad, especialmente acusada en el caso español; pero también el afloramiento de las necesidades de las personas dependientes, saliendo a la luz una situación de necesidad compleja que, todavía hoy, es resuelta, con mayor o menor eficacia pero, desde luego, con escasa participación pública y gran desgaste personal, en el ámbito privado de la familia y, en un buen número de casos, por parte de mujeres. Igualmente, dicha independencia es una de las razones, primero, del incremento de divorcios y de separaciones matrimoniales que contribuyen al aumento de familias monoparentales, desde el momento en que, al amparo de las posibilidades jurídicas que ofrece el ordenamiento y de las económicas que conlleva el desarrollo de un trabajo remunerado, la iniciativa femenina se refuerza progresivamente en todos estos supuestos; y, por otro lado, no es tampoco ajena a la proliferación de fórmulas alternativas de convivencia al matrimonio tradicional, como pueden ser las uniones de hecho o los matrimonios homosexuales.

Un segundo proceso de interés, en este momento centro de atención por parte de la opinión pública y objeto preferente del debate político, afecta a los movimientos migratorios masivos. Efectivamente, desde una perspectiva económico-financiera, laboral y también humana, aunque esta faceta tienda a olvidarse fácilmente, tal proceso conlleva beneficios muy notables para el sistema de Seguridad Social. Pero la específica implicación que se deriva para la casuística de la pensión de viudedad tiene que ver, naturalmente, con la presencia de nuevas realidades culturales y jurídicas, en especial, las vinculadas al ámbito musulmán. Aquí ha de mencionarse de modo necesario, aunque hoy por hoy continúe siendo un fenómeno minoritario en España, la presencia de matrimonios poligámicos perfectamente legales de acuerdo con los respectivos ordenamientos de los países de origen.

II. EL ACTUAL LUGAR DE LAS PENSIONES DE VIUDEDAD EN ESPAÑA

Desde una perspectiva estadística, los datos existentes a la hora de redactarse estas líneas (octubre de 2007) confirman la relevancia cuantitativa de las pensiones de viudedad dentro del sistema español de Seguridad Social, sólo superadas en este aspecto por las de jubilación. En efecto, de un total de 8.286.000 pensiones contributivas, con un importe medio de 675,18 €, encontramos que 2.228.822 son de viudedad, con un importe medio de 498,95 €. Por Régimenes, en el General se contabilizan 1.343.940 pensiones de viudedad (importe medio: 559,31 €); en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, 274.760 (importe medio: 381,15 €); 206.100 en el Régimen Especial Agrario –cuenta ajena–, siendo su importe medio 398,63 €; en el Régimen Especial Agrario –cuenta propia–, 202.700 (importe medio: 347,32

3. Lo que no puede hacer olvidar que las tasas de actividad y de empleo siguen siendo, comparativamente, bastante superiores en el caso de los varones. En septiembre de 2007, para ellos llegaban al 69,33% y al 65,09%, respectivamente, mientras que, para las mujeres, se cifraban en el 48,78% y en el 43,66%.

€)⁴. En lo que se refiere a los Regímenes dotados de mayores singularidades, el de Trabajadores del Mar contaba con un total de 45.270, cuyo importe medio ascendía a 496,80 €, mientras que el de Empleados de Hogar reflejaba 9.610 pensiones de viudedad, con una cifra de 265,71 € como importe medio. Finalmente, en el Régimen Especial de Minería del carbón se computan 23.850, con un importe medio de 638,17 €. Completan el panorama las específicamente causadas por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (79.590/637,37 €) y, así como las pensiones del SOVI (43.000/281,78 €). Valorando, entonces, los importes, ocupan los primeros lugares las pensiones del régimen de enfermedades profesionales y del Régimen Especial de la Minería del Carbón. En cambio, las más bajas coinciden con el de Empleados de Hogar y SOVI. Por Comunidades Autónomas, las cuantías medias más elevadas corresponden, por este orden, al País Vasco, Madrid, Asturias, Ceuta y Navarra, mientras que las inferiores toman como referencia Galicia, Baleares, Murcia, Extremadura y Valencia.

Por lo que se refiere a la concreta evolución numérica experimentada por las pensiones de viudedad, los datos muestran que, en el período 2000-2006, el incremento medio interanual fue de un 1,55%, pasándose de 2.009.570 beneficiarios en 2000 a 2.196.930 en 2006. Las razones de este incremento, ligeramente superior al experimentado por las pensiones de jubilación, por ejemplo, deben buscarse en las tres siguientes novedades. En primer término, en el reconocimiento de la compatibilidad de las pensiones del SOVI –jubilación e invalidez– con las de viudedad desde 1 de septiembre de 2005, como resultado de la Ley 9/2005, de 6 de junio (RCL 2005, 1145), para compatibilizar las pensiones del SOVI con las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social. En segundo lugar, en la inclusión en el Régimen General de determinados colectivos, entre los que destacan los abogados que mantienen una relación laboral de carácter especial en despachos profesionales (Disp. Adic. 1ª de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre [RCL 2005, 2253], y Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de 30 de diciembre de 2005 [RCL 2006, 12]). Por último, en la modificación del Código Civil (LEG 1889, 27) en materia de derecho a contraer matrimonio operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio (RCL 2005, 1407), que ha ampliado el número de potenciales beneficiarios de la prestación y de los complementos por cónyuge a cargo. El incremento de la cuantía media de la pensión (5,1% en septiembre de 2007), en cambio, se encuentra por debajo del experimentado por el total de pensiones a dicha fecha (5,6%).

Característica adicional es que las cifras disponibles sobre distribución por sexo confirman que nos encontramos ante una prestación fuertemente feminizada. En efecto, a la altura de agosto de 2007 se comprueba que sólo el 6,74% de los beneficiarios de pensiones de viudedad son varones. Por otro lado y en la misma fecha, los datos sobre cuantías medias reflejan también la existencia de un sesgo en función del sexo ya que, si la cuantía media para los beneficiarios varones se sitúa en 396,99 €, para las mujeres asciende a 506,32 €. Ello resulta indicativo del menor nivel de rentas, en general, de las beneficiarias de sexo femenino, pues la razón fundamental de esa diferencia ha de buscarse en una mayor incidencia del número de supuestos con derecho a aplicación del porcentaje del 70% sobre la base reguladora, en lugar del general del 52%, en el momento de determinar la cuantía de la prestación.

4. Con entrada en vigor el 1 de enero de 2008, la reciente Ley 18/2007, de 4 de julio (RCL 2007, 1313), ha procedido a integrar a los trabajadores por cuenta propia del REA en el RETA.

Un rasgo añadido para valorar la repercusión financiera de esta desigual distribución es la mayor esperanza de vida de las mujeres respecto de los varones que, de acuerdo con los últimos datos correspondientes a 2005 proporcionados por el INE, sitúan dicha esperanza en 83,48 años para las mujeres, mientras que, para los varones, la referencia son 76,96 años. En definitiva, la proyección actuarial de este tipo de prestaciones cuenta con el dato de una mayor extensión temporal en el disfrute de la pensión precisamente en los casos en que las cuantías medias son asimismo superiores.

Como ya se apuntó líneas atrás, aunque en relación con otras ramas de protección la cuantía de las pensiones de viudedad es baja, comparativamente con otros países europeos puede afirmarse que el sistema español se halla entre los que menores requisitos exigen para acceder a las mismas. Cobra, así, sentido la afirmación de que «la pensión de viudedad contrapone la facilidad de su devengo con la parquedad de sus importes medios respecto a las pensiones de jubilación y de invalidez, por lo que habría de debatirse la conveniencia de ganar en protección cuantitativa lo que hubiera de perderse en protección cualitativa»⁵. En efecto, sustentada tradicionalmente sobre el alto nivel de dependencia económica de la mujer y diseñada, en consecuencia, como sustitutiva de rentas, la pensión española de viudedad se configura como prestación vitalicia –por supuesto, si no concurre alguna de las causas de extinción previstas en el art. 11 OM de 13 de febrero de 1967 (RCL 1967, 360) (OMS)– y no vinculada a las rentas de la unidad familiar o de los beneficiarios. Ello, también, sin perjuicio de las progresivas modificaciones normativas que han incorporado, en los últimos años, elementos de carácter no contributivo a este esquema básicamente profesional, lo que no ha dejado de ser subrayado por parte de la doctrina⁶. Pues bien, el panorama existente en nuestro entorno demuestra la singularidad del caso español: así, en los países escandinavos, el sistema danés no prevé pensiones de viudedad, mientras que en Suecia posee naturaleza temporal y en Noruega, por ejemplo, está condicionada al nivel de rentas. En cambio, mayores semejanzas presenta el sistema italiano, en especial por lo que se refiere al régimen anterior a 1995.

A partir de aquí, vuelve a cobrar sentido la pregunta acerca del fundamento de esta prestación y de la situación de necesidad que se pretende atender. No puede discutirse ya, en este momento, que la dependencia económica, como elemento definidor de la situación de necesidad protegida a través de la pensión de viudedad en España, se halla en tela de juicio. Si años atrás, y sobre una base normativa en parte diferente, la jurisprudencia cifraba la razón de ser de las prestaciones por muerte y supervivencia, en general, en el mantenimiento del sostén económico de los familiares dependientes del trabajador fallecido, compensándoles de su pérdida (STS 2 de diciembre de 1973 [RJ 1973, 3589]), lo cierto es que, actualmente, las cosas son bien distintas. La relación de dependencia ha perdido su valor definitorio de la situación de necesidad protegida. En este camino es bien conocida la importancia del papel desempeñado por el Tribunal Constitucional, a partir de la inicial STC 103/1983, 22 de noviembre (RTC 1983, 103), y luego continuada por una larga serie en torno al problema del *viudo discriminado*, en la irónica expresión del prof. ALONSO OLEA. De-

5. L. E. DE LA VILLA GIL, *op. cit.*, pg. 1509.

6. *Vid.*, por todos, J. L. TORTUERO PLAZA, «Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres», *Tribuna Social* núm. 154, 2003, pgs. 68 y ss.

jando a un lado las numerosas críticas formuladas en torno a la adopción de un papel de legislador negativo por parte del TC, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional viene reafirmandose, en resoluciones tales como las Sentencias 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184), y 35/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 35), o el Auto 188/2003, de 3 de junio (RTC 2003, 188 AUTO), en el valor secundario de la existencia de un estado de necesidad, puesto que el objetivo básico de la pensión radica en compensar al cónyuge superviviente por el daño que acarrea la pérdida o disminución de rentas generadas por el causante.

III. MATRIMONIO Y PENSIÓN DE VIUDEDAD

En términos generales, el estado civil es una circunstancia que, para la acción protectora y más allá de la fijación general de cuantías mínimas anuales dentro de las prestaciones económicas, sólo posee un interés relevante en el marco de la muerte y supervivencia. En ello radica una de las principales singularidades de la pensión de viudedad, pudiendo detectarse una triple presencia en su dinámica: primero, para configurar los requisitos de acceso; en segundo lugar, para la determinación de su cuantía; finalmente, en la regulación de las condiciones de mantenimiento y extinción del derecho.

En efecto, si la condición de cónyuge –actual o histórico, como después se verá– continua erigiéndose en requisito *sine qua non* para poder convertirse en beneficiario de la pensión, a tenor de la literalidad con que la jurisprudencia constitucional viene interpretando el art. 174.1 LGSS (RCL 1994, 1825), también dicha condición opera, junto al tiempo de convivencia acreditado, para determinar su cuantía en los supuestos de distribución entre varios beneficiarios a causa de divorcio, separación o nulidad matrimonial. Y contraer un nuevo matrimonio por parte del beneficiario constituye, de acuerdo con el art. 11 OMS, causa de pérdida de la pensión⁷. Debe recordarse, no obstante, que este precepto, excepcionalmente, posibilita mantener el derecho en supuestos de celebración de nuevas nupcias siempre y cuando la pensión constituya la principal fuente de ingresos, no superándose el límite establecido para éstos, y el beneficiario sea, bien mayor de sesenta y un años, bien pensionista de incapacidad o minusválido.

Sobre este panorama legislativo, no cabe duda, entonces, de que la proliferación de alternativas a la tradicional relación matrimonial de carácter heterosexual conlleva la necesidad de replantearse determinados problemas e intentar solucionar las nuevas situaciones que, paulatinamente, van adquiriendo un espacio relevante dentro de la sociedad española. Dichas alternativas cabrían ser agrupadas, probablemente, en los siguientes tres apartados: primero, el matrimonio homosexual; en segundo término, las uniones de hecho o *more uxorio*; finalmente, las situaciones de poligamia. Dejando ahora a un lado la problemática relativa a las uniones no matrimoniales, a las que más tarde se aludirá, conviene referirse brevemente a los otros dos casos.

En principio, poco habría de comentarse en relación a los matrimonios homosexuales, una vez admitidos en nuestro ordenamiento, como es bien sabido, tras la modificación introducida en el Código Civil (LEG 1889, 27) por la Ley 13/2005, de

7. Sin embargo, la convivencia extramatrimonial no extingue el derecho a la pensión de viudedad, tal y como el TC ha subrayado en sus Sentencias 140/1992, de 13 de octubre (RTC 1992, 140), 126/1994, de 25 de abril (RTC 1994, 126), y 125/2003, de 19 de junio (RTC 2003, 125).

1 de julio (RCL 2005, 1407), en materia de derecho a contraer matrimonio. La actual redacción del art. 44, párrafo segundo, del Código no ofrece dudas en este sentido («El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo»), siendo la Disp. Adic. 1ª de la Ley la que presenta un mayor interés a los efectos aquí considerados. Buen exponente de las que se han denominado *reformas periféricas* del ordenamiento de Seguridad Social, la mencionada previsión legal establece que «las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes», otorgando carta de naturaleza al matrimonio homosexual a la hora de causar derecho a pensión de viudedad y sin necesidad de modificar la redacción del art. 174.1 LGSS.

Pero el problema que ha comenzado a plantearse tiene que ver con la posibilidad de aplicar de forma analógica las previsiones contenidas en la Disp. Adic. 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio (RCL 1981, 1700), por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Como se recordará, esta norma incorporó, como regla 2ª, una disposición de carácter transitorio dirigida a permitir el acceso a la pensión de viudedad para las personas que no hubieran podido contraer matrimonio –pero hubieran vivido como tal– por impedírselo la legislación anterior. ¿Cabría, entonces, extender dicho régimen transitorio también a los supuestos de parejas homosexuales cuando uno o una de sus integrantes hubiese fallecido antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 (RCL 2005, 1407)? Una respuesta afirmativa había sido ya adelantada por algún Juzgado de lo Social, como el núm. 33 de Madrid, en su sentencia de 14 de noviembre de 2005 (AS 2006, 964)⁸. En esta resolución, el argumento fundamental radicaba en la consideración de la ausencia de una regla de carácter retroactivo dentro de la Ley 13/2005 como una laguna legal y no como una decisión consciente por parte del legislador. A la luz de la práctica identidad entre los supuestos de hecho en juego, la sentencia consideraba razonable la aplicación analógica del régimen jurídico contenido en la Disp. Adic. 10ª a los nuevos casos surgidos con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 13/2005. Similar posición han mantenido otros Juzgados; es el caso de la SJS núm. 3, de Palma de Mallorca, de 26 de enero de 2006 (AS 2006, 581) y de la SJS núm. 1, de Arrecife, de 28 de junio de 2006 (AS 2006, 726).

En realidad, la cuestión ya había sido planteada anteriormente en supuestos en que uno de los integrantes de la pareja era transexual y el fallecimiento se produjo antes de celebrar el matrimonio, faltando la sentencia firme declaratoria del cambio de sexo. El Pleno del TJCE ha reconocido el derecho a pensión en su sentencia de 7 de enero de 2004 (TJCE 2004, 5), Asunto C-117/2001. En el ámbito interno, podría

8. La sentencia, recurrida en suplicación, fue posteriormente revocada por la STSJ de Madrid, de 18 de septiembre de 2006 (AS 2006, 3427), en la que se afirma que «con carácter general no se puede entender que el legislador, en la Ley 13/2005 (RCL 2005, 1407), haya querido amparar las uniones de parejas del mismo sexo en las que un miembro de la misma falleció antes de su promulgación y, en consecuencia la convivencia se encontraba ya extinguida, como tampoco se puede afirmar que esa falta de protección vulnera el art. 14 CE (RCL 1978, 2836), si queremos entender que la sentencia de instancia decide acudir a tal derecho constitucional para justificar la aplicación de las disposiciones adicionales» (FJ 3º).

aludirse a la STSJ de Canarias de 7 de noviembre de 2003 (AS 2003, 3635)⁹, y ya entrada en vigor la Ley 13/2005, el referido JS núm. 3 de Palma de Mallorca, en sentencia de 26 de enero de 2006 (AS 2006, 1256), se ha mostrado favorable a la aplicación analógica de la Disp. Adic. 10^a en un supuesto similar.

No puede ocultarse, sin embargo, que también existen razonables argumentos contrarios a esta solución. Y ello porque la equiparación entre los matrimonios homosexuales y heterosexuales querida por el legislador no parece que haya de extenderse a ciertas previsiones que, estrictamente, no pueden considerarse integradas en el régimen jurídico matrimonial y, además, se articularon de modo transitorio y provisional. A ello habría que añadir el diferente contexto socio-económico que, en 1981, rodeaba al régimen jurídico contenido en la Disp. Adic. 10^a, con una pensión de viudedad configurada, en lo que atañía a los requisitos exigidos a la futura beneficiaria, como una especie de acción positiva a favor de la mujer que luego se difuminaría a raíz de la doctrina constitucional emanada de las SSTC 103 (RTC 1983, 103) y 104/1983, de 22 de noviembre (RTC 1983, 104). De ahí que se haya sostenido que, a la vista de la diferente situación actual de las personas homosexuales respecto de la existente para las mujeres hace veinticinco años, no parece «que exista la justificación necesaria para arbitrar una medida tan excepcional como la de incluir una cláusula de carácter retroactivo que permita el acceso a la pensión de viudedad a los convivientes que no pudieron contraer matrimonio con el sujeto causante por fallecer éste antes de producirse la entrada en vigor de la ley 13/2005»¹⁰.

Esta es la solución que ha seguido la doctrina de suplicación en resoluciones tales como la ya mencionada STSJ de Madrid, de 18 de septiembre de 2006 (AS 2006, 3427), y las posteriores sentencias de la misma Sala de 15 de marzo de 2007 (JUR 2007, 214881), y de 31 de mayo de 2007 (JUR 2007, 252779). Después de pasar revista detalladamente a los objetivos pretendidos por la Ley 13/2005 (RCL 2005, 1407) y a la problemática suscitada por la diferenciación normativa que ocasiona una sucesión de leyes —cuestión ya abordada por la STC 367/2003, de 13 de noviembre (RTC 2003, 367)—, el TSJ rechaza que el legislador, en aras del principio de igualdad, «también haya querido amparar las relaciones de parejas del mismo sexo que ya se encontraban extinguidas antes de su promulgación». Y se recuerda que, por el momento, las uniones de hecho siguen estando descartadas del ámbito protector de la Seguridad Social en lo tocante a la pensión de viudedad. Para la Sala, ello no implica «que se vulnere el art. 14 CE (RCL 1978, 2836) por no afectar la regulación introducida por la Ley 13/2005 a situaciones de hecho anteriores ya finalizadas o extinguidas, ya que para que el derecho a la pensión de viudedad pueda ser reconocido es necesario que las parejas del mismo sexo hayan contraído matrimonio de forma que sin tal requisito no podría serles otorgado el derecho prestacional» (FJ 3º). Por otro lado, la pretensión de traer a colación la Disp. Adic. 10^a al amparo de la Disp. Adic. 1^a de la Ley

9. La resolución es comentada por C. FERREIRO REGUEIRO, «Pensión de viudedad a favor de un transexual que no pudo contraer matrimonio con el fallecido por falta de sentencia firme declaratoria del cambio de sexo», *Aranzadi Social*, V, 2003, pgs. 472 y ss.

10. C. VIQUEIRA PÉREZ, «Pensión de viudedad y matrimonio homosexual», *Actualidad Laboral* núm. 14, 2006, pg. 1718. En la línea afirmativa de la sentencia mencionada se pronuncia, por el contrario, M. GUTIÉRREZ PÉREZ, «Pensión de viudedad y la nueva Ley de matrimonios homosexuales», *Relaciones Laborales* núm. 3, 2006, pgs. 21-23, apuntando la conveniencia de que la Ley 13/2005 (RCL 2005, 1407) hubiera recogido una norma similar a la Disp. Adic. 10^a de la Ley 30/1981 (RCL 1981, 1700), evitando así el recurso a la aplicación analógica para llenar lo que considera una laguna legal inconsistente.

13/2005 es también rechazada por el TSJ. Analizada la naturaleza de ambas normas, vuelve a acudir a la doctrina del TC: sí, conforme a ésta –SSTC 27/1986 (RTC 1986, 27) y 29/1992 (RTC 1992, 29); ATC 457/2004 (JUR 2005, 26953)–, la Disp. Adic. 10ª tenía un carácter provisional o transitorio, al estar prevista para casos concretos y anteriores a la entrada en vigor de la Ley 30/1981 (RCL 1981, 1700), careciendo del propósito de regular situaciones futuras, «es evidente que aquella Disposición no puede entenderse incluida entre las normas a las que se refiere la Disp. Adic. 1ª de la Ley 13/2005» (FJ 4º). Por lo demás y para concluir, el TSJ entiende que la Disp. Adic. 10ª se refería a un supuesto de hecho sin posibilidad de encaje en la situación que se plantea en este momento, no siendo, pues, parangonables (FJ 5º).

El segundo fenómeno que habría de comentarse es la extensión de matrimonios polígamos como consecuencia de una mayor presencia de inmigrantes procedentes de países musulmanes en los cuales esta fórmula resulta plenamente reconocida por el ordenamiento jurídico. Sin que la relevancia cuantitativa de estas situaciones pueda compararse a la existente en otros países europeos con mayor número de inmigrantes musulmanes, lo cierto es que los litigios generados por la pretensión de causar derecho a pensión tras el fallecimiento del varón comienzan a suponer una cifra nada desdeñable en su conjunto.

Ha de apuntarse previamente que, en casos de bigamia y tratándose de un causante español, son varias las resoluciones de Tribunales Superiores de Justicia en las que se ha reconocido como beneficiaria también a la segunda esposa que hubiera actuado de buena fe, aplicando como módulo para el reparto de la pensión el habitual del tiempo de convivencia. Así, las SSTSJ de Madrid, de 15 de marzo de 2001 (AS 2001, 1735), de 26 de diciembre de 2003 (AS 2004, 995) y de 31 de mayo de 2005 (AS 2005, 1525), o de Asturias, de 30 de noviembre de 2001 (AS 2001, 4197). No, en cambio, si la beneficiaria obró de mala fe, conociendo el previo vínculo matrimonial, como ocurre en el caso enjuiciado en la STSJ de Valencia, de 15 de mayo de 2001 (JUR 2001, 277443). El problema es distinto cuando se trata de matrimonios polígamos que se contraen de acuerdo con la ley personal de causantes y beneficiarias y en los que no se está valorando la existencia de mala fe. Descartando la posibilidad de causar dos o más pensiones de viudedad íntegras, las diferentes soluciones hasta ahora barajadas por los Tribunales Superiores de Justicia podrían estructurarse en torno a dos fórmulas¹¹, cuyo juego ha dependido de la nacionalidad de los causantes implicados y, consiguientemente, de los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social aplicables. La primera y más radical ha consistido en la denegación de la prestación a la segunda esposa con base en el art. 12.3 CC (LEG 1889, 27), por considerar contraria al orden público la ley extranjera aplicable. Así, la STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003 (AS 2003, 3049)¹². Una segunda solución sería la de la distribución de la pensión entre las viudas supervivientes, reparto en el que se ha

11. Sigo aquí la exposición elaborada por J. MOLINS GARCÍA-ÁTANCE, «Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual» (BIB 2005, 1590), *Aranzadi Social*, V, 2005, pgs. 1168 y ss. Resulta también interesante el análisis de Mª L. LABACA ZABALA, «La familia polígama y pensión de viudedad», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales* (Aranzadi (BIB 2005, 721)) y la panorámica general que ofrece L. PERICÁS SALAZAR, «El matrimonio polígámico y la pensión de viudedad» (BIB 2007, 1217), *Aranzadi Social* núm. 9, 2007.

12. Aun con matices, para Mª F. DE NO VÁZQUEZ es ésta la resolución judicial «más técnica y ajustada a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico español»: «Poligamia y pensión de viudedad», *Actualidad Laboral* núm. 16, 2004, pg. 1908.

manejado, en ocasiones, el criterio del tiempo de convivencia –STSJ de Madrid, de 29 de julio de 2002 (AS 2002, 3324)– y, en otras, la simple división a partes iguales –SSTSJ de Galicia, de 2 de abril de 2002 (AS 2002, 899) y de Andalucía, de 30 de enero de 2003 (JUR 2003, 96144). Simplificando ahora los términos de un debate que es, desde luego, muy complejo, podría concluirse que la solución más viable pasa por el reconocimiento del derecho a pensión a ambas viudas, repartiendo su cuantía a partes iguales puesto que no nos encontramos en el supuesto del art. 174.2 LGSS (RCL 1994, 1825). Esta opción se sostendría a partir de dos premisas combinadas. En primer lugar, la aceptación de unos efectos atenuados del orden público internacional, de forma que el impedimento existente para inscribir un matrimonio polígamo en el Registro Civil español no suponga privarle de todos los efectos jurídicos, al tratarse de dos planos diferentes¹³. Y, en segundo término, la existencia de varios convenios bilaterales sobre Seguridad Social que ya prevén dicha solución, como el hispano-marroquí de 8 de noviembre de 1979 (RCL 1982, 2695) (art. 23) o el hispano-tunecino de 26 de febrero de 2001 (RCL 2001, 3188 y RCL 2002, 363) (art. 24). Una aplicación analógica de esta solución en los supuestos en que se hallan implicados nacionales de otros países con los que no existe convenio bilateral podría constituir, también, la fórmula más adecuada.

IV. EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Aunque en julio de 2005 se presentó por el Gobierno español ante la Comisión Europea el Informe de Estrategia de España en relación con el futuro del sistema de pensiones¹⁴, el original punto de partida de las propuestas contenidas en esta iniciativa hay que situarlo en el Programa Nacional de Reformas de España, 2005-2008, presentado en octubre de 2005 y fruto de la nueva Estrategia de Lisboa que prevé, entre otros objetivos, la consecución de un enfoque integrado de las Orientaciones generales de política económica y las Directrices de empleo, dentro de un ámbito trienal, con el fin de alcanzar los objetivos económicos y de empleo¹⁵. Así, y dentro del eje 1 (actuaciones destinadas a reforzar la estabilidad macroeconómica y presupuestaria), el Programa postula una reforma de las prestaciones sociales y una racionalización del gasto sanitario con el objetivo de hacer frente a los procesos de envejecimiento demográfico y contribuir a la sostenibilidad financiera del sistema, de acuerdo con las recomendaciones plasmadas en el renovado Pacto de Toledo. Especí-

13. «La imposibilidad de inscribir un matrimonio polígamo en el registro Civil no excluye que, ante la evidencia de la existencia de un matrimonio polígamo válido conforme con el ordenamiento jurídico del país de los contrayentes, se le deban reconocer efectos atenuados, cohonestando la defensa de los valores fundamentales españoles con la protección que merece quien está legítimamente casado»: J. MOLINS GARCÍA-ATANCE (BIB 2005, 1590), *op. cit.*, pg. 1172.
14. Las tres áreas de intervención prioritarias son la adecuación de las pensiones, en primer término; la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, en segundo lugar y, finalmente, la modernización de éste para responder a las necesidades cambiantes de la economía, la sociedad y los individuos. Sobre tales líneas de actuación, aparecen definidos once objetivos más concretos, todos ellos coincidentes con los diseñados en el Pacto de Toledo, revisado y aprobado por el Congreso en 2003.
15. *Directrices integradas para el crecimiento y el empleo (2005-2008)*. COM (2005) 141 final, de 12 de abril de 2005.

ficamente y dentro de la rama de pensiones, el Programa invita a reforzar el carácter sustitutivo de las rentas perdidas en el caso de la pensión de viudedad y a limitar el acceso a la protección en el caso de percibir el beneficiario ingresos elevados¹⁶.

En noviembre de 2005, el MTAS presentó a los agentes sociales un documento en el que se contenían diversas propuestas de reforma del sistema de Seguridad Social con la finalidad de ser discutidas en la Mesa de diálogo social. Al mismo tiempo, el Gobierno procedió a anunciar, utilizando llamativamente el cauce de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre (RCL 2005, 2570 y RCL 2006, 672, 722), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, una reforma sistemática de la pensión de viudedad. En efecto, la Disp. Adic. 54ª de la Ley adelantaba, con enrevesada redacción, la intención del Gobierno de presentar ante el Congreso de los Diputados un proyecto de Ley para modificar con carácter general el régimen jurídico de la prestación, con el fin de que ésta «recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante y posibilite, igualmente, el acceso a la cobertura a las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores comunes, en el momento de fallecimiento del causante».

La reforma anunciada por el precepto pretende articularse sobre las siguientes líneas. Primero, parece que se trata de una reforma global y sistemática, de amplio alcance. En segundo lugar, tiene como objetivos, tanto recobrar su finalidad de sustituir las rentas perdidas como extender la cobertura a familias no matrimoniales si se da una situación de dependencia económica y/o existen hijos menores comunes, en el momento de fallecimiento del causante. Finalmente y por lo que al procedimiento respecta, se busca el acuerdo de los agentes sociales dentro del proceso de diálogo social. Es en este ámbito, entonces, en el que debe ser considerado el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, precedente inmediato y origen del posterior proyecto de Ley presentado por el Gobierno en febrero de 2007 (BOCG de 23 de febrero [LEG 2007, 2005])¹⁷.

Suscrito por el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal, el Acuerdo se enmarca, y es fruto, de la previa Declaración para el Diálogo Social, firmada en julio de 2004. El Acuerdo toma como referente básico las prioridades esbozadas en el Pacto de Toledo, cuya renovación parlamentaria se produjo en 2003 y, en consecuencia, se subraya la necesidad de potenciar los principios de solidaridad financiera y de unidad de caja como garantía de la eficacia del sistema y mejorar los niveles de bienestar de los ciudadanos.

Puede resultar interesante esbozar a continuación un análisis del proyecto de

-
16. En el supuesto de las pensiones de jubilación, las propuestas van en la línea de reforzar la contributividad a lo largo del ciclo vital y simplificar las modalidades de jubilación anticipada.
 17. Para una panorámica general acerca del primero, *vid.* J. A. PANIZO ROBLES, «El Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (Comentario de urgencia) (I)», *Tribuna Social* núm. 190, 2006, pgs. 11 y ss. Como ya se indicó líneas atrás, el proyecto de Ley se encuentra actualmente en el Senado. En el Dictamen de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso (BOCG de 11 de julio de 2007) se incorporaron importantes enmiendas transaccionales al texto original. Diversas modificaciones fruto del debate parlamentario fueron luego recogidas en el texto aprobado por el Pleno en su sesión de 13 de septiembre de 2007 (BOCG de 20 de septiembre [LEG 2007, 2005]).

Ley en el que se indiquen las líneas básicas diseñadas por el Acuerdo tripartito de 2006. Ello permitirá comprobar a qué soluciones concretas ha llegado el legislador en la transposición de aquellos compromisos.

De la lectura del preámbulo del proyecto pueden deducirse las notas fundamentales que caracterizan al texto. Sin duda, parece que el rasgo inicialmente destacable es su origen pactado, como ya se ha subrayado líneas atrás¹⁸. Ser resultado del diálogo social —«de un importante esfuerzo de concertación», empleando las palabras de los firmantes del Acuerdo— invita a un mayor optimismo acerca de la eficacia de los objetivos perseguidos. Debe hacerse notar que, en esta ocasión, han sido las cuatro organizaciones estatales más representativas, sin excepción, las firmantes, a diferencia de lo sucedido en relación a otras recientes reformas del sistema de protección social.

Desde el punto de vista de la política legislativa, la estrategia del consenso con los agentes sociales ha demostrado ser la vía más adecuada a la hora de estructurar las sucesivas modificaciones del sistema de Seguridad Social. Las iniciativas pactadas —total o parcialmente— han contado con una legitimación y aceptación adicionales frente a aquellos cambios más traumáticos que simbolizaron, por ejemplo, las muy discutidas reformas llevadas a término en 1985 en materia de pensiones o en 2002 en el ámbito de la protección por desempleo. A lo cual habría que añadir una correcta administración de los tiempos sobre la base del necesario gradualismo en su articulación¹⁹. Esta aplicación gradual se ve reflejada en varios aspectos: aplicación paulatina del período mínimo de carencia para el acceso a la pensión de jubilación (nueva Disp. Transit. 4ª LGSS [RCL 1994, 1825]), normas transitorias sobre jubilación parcial (nueva Disp. Transit. 16ª), etcétera.

Al lado de esta característica, cuatro son las ideas clave que en el preámbulo se manejan. En primer lugar, una mejora de la acción protectora que, de modo paralelo, se completa con un incremento de la contributividad, en segundo término; favorecer la prolongación voluntaria de la vida laboral es la tercera idea básica, para concluir con el objetivo de modernización del sistema, dando cabida a las nuevas realidades sociales nada o escasamente atendidas por la actual normativa de Seguridad Social. En efecto, tal y como aparecía en la previa Declaración para el Diálogo Social, la invocación de importantes transformaciones sociales constituye una referencia inexcusable a la que debe responder, adaptándose, el ordenamiento de Seguridad Social. Así, vuelven a traerse a colación los conocidos procesos de envejecimiento demográfico, de inmigración o de progresiva incorporación de las mujeres al mer-

18. En su intervención ante el Pleno del Congreso de 11 de septiembre de 2007, el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, subrayando también las ideas de responsabilidad y de solidaridad, señaló que «nunca hubo antes un acuerdo tan amplio con todos los interlocutores sociales para llevar a cabo la reforma de la Seguridad Social» (*Diario de Sesiones* núm. 281, de 13 de septiembre de 2007, pg. 13856). Así, en el preámbulo del texto se indica que la finalidad de la Ley obedece a «la necesidad de dar el adecuado soporte normativo a buena parte de los compromisos relativos a acción protectora incluidos en el referido Acuerdo y que afectan, sustancialmente, a incapacidad temporal, incapacidad permanente, jubilación y supervivencia».

19. Partiendo, entonces, de la necesidad objetiva de reforma de los sistemas de protección, su puesta en práctica será un asunto de estrategia y de oportunidad: «Cuestión de adopción de decisiones, de determinación de los procedimientos para asegurar los apoyos sociales y políticos precisos y de fijación de tiempos para su puesta en práctica (...). Es más, supuesta la coincidencia generalizada en una serie de objetivos para la reforma, este último —el gradualismo o señalamiento de prioridades y fases sucesivas para su puesta en práctica— viene a convertirse en uno de los principales elementos del contenido de la negociación» (B. GONZALO GONZÁLEZ, F. FERRERAS ALONSO y J. I. TEJERINA ALONSO, *Evolución y tendencias de la Seguridad Social durante la crisis económica*, Madrid, MTSS, 1985, pgs. 63-64).

cado de trabajo, a los que se une «la aparición de nuevas realidades y demandas sociales». En la correcta adecuación a tales fenómenos se cifra la consecución de una mayor solidaridad y eficiencia, al mismo tiempo que se garantizan los niveles de cobertura sobre la base del equilibrio financiero y la compatibilidad del sistema con la generación de empleo y riqueza productiva²⁰.

Pero, más allá de estos objetivos expresados con carácter literal, el análisis general del proyecto muestra otros rasgos complementarios que convendría indicar. Desde el punto de vista formal, el texto se estructura en ocho artículos y, además de las lógicas disposiciones finales y transitorias, en nada menos que veintiocho disposiciones adicionales, alguna de ellas con un alcance más que notable como luego se dirá. Nos encontramos además, desde esa perspectiva formal, con una técnica excesivamente *reglamentista* en varios aspectos. Que ello se haya convertido en un hábito legislativo casi permanente no significa que deba ser aceptado sin crítica. Llama, así y por ejemplo, la atención la nueva redacción que el art. 1 del proyecto introduce en el art. 128.1 LGSS, incorporando con extrema minuciosidad un procedimiento de disconformidad con el alta médica en casos de incapacidad temporal. O la dimensión excesiva que va a cobrar el actual art. 166 LGSS en materia de jubilación parcial (art. 4). La complejidad formal se completa con el añadido de algún artículo bis en la vigente LGSS; es el caso de los arts. 161 y 174, de acuerdo con las previsiones de los arts. 3 y 5 del proyecto, respectivamente.

El segundo rasgo llamativo es la profundización en la separación de las contingencias en función de su origen profesional o común. La vieja llamada de la Ley de Bases de 1963 a la conjunta consideración de los riesgos, tantas veces reiterada luego por el legislador, vuelve a olvidarse cuando se introduce una importante novedad en la fórmula de cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común prevista en el art. 140.1 LGSS (art. 2 del proyecto). Como se recordará, el distinto régimen de estas pensiones dependiendo de los riesgos originarios no es nuevo, ni mucho menos, pero se consolidó en la reforma llevada a cabo en su día por la Ley 26/1985, de 31 de julio (RCL 1985, 1907 y RCL 1986, 839). Otro tanto sucede con la prevista modificación del art. 222.1 LGSS (art. 8) en materia de tránsito de las situaciones de incapacidad temporal a desempleo, regulación que, ahora sí, se plantea sobre nuevos esquemas diferenciadores en función del origen de dicha incapacidad.

Finalmente, cabría preguntarse por el alcance de las modificaciones previstas y si estamos, realmente, ante una reforma de carácter global, como la ya citada Disp. Adic. 54ª de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre (RCL 2005, 2570 y RCL 2006, 672, 722), quería y como desde el Gobierno se ha sostenido²¹. Parece difícil afirmar que nos encontremos ante una reforma de tipo sistemático, en los términos en que este

20. Básicamente, se trata de los mismos objetivos apuntados en el Acuerdo: la garantía de la adecuada relación entre ingresos y gastos del sistema; la mejora de la acción protectora no contributiva; diversas medidas que afectan a las prestaciones contributivas; medidas referentes a la edad de jubilación y a la prolongación de la vida laboral y, finalmente, reformas en la estructura del sistema de Seguridad Social.

21. De nuevo habría que referirse aquí a la intervención del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales de 11 de septiembre de 2007 ante el Pleno del Congreso, donde calificó así a la reforma: *Diario de Sesiones* núm. 281, de 13 de septiembre de 2007, pg. 13856.

calificativo puede ser aplicado²². Más bien se trata de una reforma parcial que, eso sí, despliega sus efectos, primero, sobre prestaciones importantes que constituyen el núcleo de la acción protectora del sistema en el ámbito contributivo –incapacidad temporal, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia– y, en segundo lugar, sobre la totalidad de regímenes que lo componen, con ciertos matices (art. 9, que da nueva redacción a la Disp. Adic. 8ª LGSS). Que el propio legislador sea consciente del alcance limitado de la reforma lo viene a demostrar la redacción de la Disp. Adic. 25ª, ya mencionada, donde vuelve a instarse al Gobierno a estudiar la reforma integral de la pensión de viudedad, por ejemplo.

El Acuerdo adelantaba la puesta en marcha de diversas iniciativas. Habrá que analizar, así y en primer lugar, las que afectan a la pensión de viudedad y, en segundo término, algunas propuestas relativas a la pensión de orfandad, por las conexiones que se plantean. De modo específico, el documento hace pivotar la decisión de adoptar estas medidas de la mejora de la situación de las familias dependientes de las rentas del causante, en primera instancia y, en segundo lugar, de la adecuación de la acción protectora a las nuevas realidades sociales. Cinco son las propuestas que se barajaban en el Acuerdo en relación a esta prestación y que pasan a analizarse a continuación.

– Con carácter general, se aboga por la recuperación del carácter de renta de sustitución. Para ello, se apuesta por reservar su concesión para los supuestos en que el causante contribuía de modo efectivo al sostenimiento de los familiares supérstites. Dichos supuestos se concretarían en tres: primero, si existe matrimonio; en segundo lugar, en el caso de las parejas de hecho, pero con el requisito añadido de tener hijos en común con derecho a pensión de orfandad «y/o existiese dependencia económica del sobreviviente del causante de la pensión»; por último, cuando se trate de personas divorciadas beneficiarias de las pensiones previstas en la legislación civil.

No está claro, ahora a la vista de la redacción del art. 5 del proyecto de Ley, que esa recuperación de la pensión de viudedad como renta sustitutiva se haya plasmado con claridad en todos los supuestos. Desde luego, no en el caso de existencia de matrimonio. En cambio, y por lo que se refiere a las parejas de hecho, el nuevo art. 174.3 viene a recoger, de modo prolijo, aquellas previsiones. De modo que se considera beneficiario de la pensión al supérstite dentro de una pareja de hecho cuando, supuestos los requisitos genéricos de alta y cotización por parte del causante, existiera una dependencia económica. La condición de dependencia se articula de manera distinta según existan o no hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. En el primer caso, el beneficiario tendrá que acreditar que sus ingresos correspondientes al año natural anterior no llegaron al 50% «de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período»²³. En el segundo caso, el porcentaje se cifra en el 25%. De cualquier forma, también se reconoce el derecho a pensión si los ingresos del beneficiario resultaran inferiores a la cuantía del SMI vigente en el momento del hecho causante multiplicada por 1,5. El requisito habrá de concurrir, tanto en la fecha del hecho causante como durante el período de su percepción,

22. DE LA VILLA GIL, L. E., «La reforma del derecho de las pensiones», *Revista de Seguridad Social* núm. 25, 1985, pg. 48.

23. Aclara el precepto que se entenderá por ingresos, tanto los rendimientos de trabajo y de capital, como los de carácter patrimonial «en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones».

previéndose un incremento del límite en 0,5 veces la cuantía del SMI vigente por cada hijo común que, conviviendo con el supérstite, ostentara derecho a pensión de orfandad.

Por último, la concesión de la pensión de viudedad cuando se trata de personas divorciadas o separadas judicialmente –nueva redacción del art. 174.2 LGSS– se condiciona a la extinción, por fallecer el causante, de la pensión compensatoria o *pensión de equilibrio económico* de que disfrutaban al amparo del art. 97 CC (LEG 1889, 27). Como es sabido, este último precepto otorga, en efecto, el derecho a una compensación al cónyuge al que la separación o el divorcio ocasione «un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio». La compensación se traduce, bien en una pensión temporal o por tiempo indefinido, bien en una prestación única, de acuerdo con lo previsto en el convenio regulador o en la sentencia.

– La segunda medida implica introducir un requisito añadido para causar derecho a la pensión cuando, tratándose de un matrimonio, el deceso obedeciera a una enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal. En efecto, la redacción propuesta para el art. 174.1 LGSS, en su último párrafo, hace depender el nacimiento del derecho, en estos *supuestos excepcionales* –así aparece en la norma–, bien de la celebración del matrimonio con una antelación mínima de año respecto del momento de la muerte, bien de la existencia de hijos comunes. Pero no será exigible tal duración mínima del vínculo matrimonial si se acreditara, en el momento de celebración de éste, un tiempo de convivencia con el causante –entendido en la forma que luego se dirá– que, sumado al de duración del matrimonio, superara los dos años.

Frente a las mayores exigencias plasmadas en el Acuerdo, donde el período matrimonial previo aparecía fijado en dos años, el proyecto flexibiliza este requisito: lo reduce a la mitad y, en los casos de previa convivencia de hecho, permite el cómputo de este período para sumarlo al posterior de convivencia matrimonial, aunque en este segundo supuesto la duración total de la convivencia se cifre en dos años. Añadidamente, se suprime la exigencia de que, si existieran hijos comunes, éstos hubieran de ostentar derecho a pensión de orfandad.

Nótese que, como se indicó más arriba, la propuesta implica ahondar en la tantas veces criticada diferenciación entre riesgos comunes y riesgos profesionales. Asimismo, supone, por vez primera, introducir una prestación temporal de viudedad en el nuevo art. 174 bis²⁴, a semejanza de ciertas prestaciones en favor de familiares y en la línea de algunas propuestas de reforma hace tiempo desechadas (1985) o de algunos ordenamientos comparados. En efecto, se trata ésta de una fórmula con la que se pretende evitar los matrimonios de conveniencia. Países como Suecia, Finlandia, Suiza, Noruega o Hungría exigen cinco años de matrimonio o de convivencia; Dinamarca, dos y uno Alemania, Bélgica, Portugal y Luxemburgo.

Esta nueva *prestación temporal de viudedad* –subsidio, por tanto–, se incorpora al listado del art. 171.1 y se define en el citado art. 174 bis. Si bien en el Acuerdo se hablaba de una duración equivalente al período acreditado de convivencia matrimo-

24. En el Acuerdo se hablaba, de forma no muy correcta, de *pensión temporal*, cuando técnicamente se trata de un subsidio.

nial, la redacción del proyecto de Ley resulta más generosa. En definitiva, si la muerte del causante obedece a enfermedad común preexistente al vínculo matrimonial y no se acredita, bien la duración mínima del matrimonio –en los términos comentados–, bien la existencia de hijos en común, podrá causarse derecho a esta prestación, cuya cuantía será igual a la de la hipotética pensión de viudedad que no se generó y su duración, dos años. Adviértase que, en todo caso, no se concederá este subsidio en el ámbito de la convivencia *more uxorio* no seguida de matrimonio.

– Aprovechando, pues, esta referencia, ha de indicarse que la tercera propuesta supone ampliar el círculo de posibles beneficiarios de prestaciones por muerte también a los miembros de las parejas de hecho, si bien de una forma limitada, a la vista de los requisitos que luego se detallarán. A estos efectos, el art. 174.3 considera como tales a las constituidas, «con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona», acreditando una convivencia estable y notoria.

El proyecto abre la puerta, no sólo al acceso a la pensión de viudedad, sino también al auxilio por defunción²⁵ –nueva redacción del art. 173– y a las indemnizaciones por fallecimiento derivado de riesgos profesionales –art. 177.1–, aunque con la mencionada restricción respecto de la prestación temporal de viudedad. Se trata de una medida a largo tiempo reclamada desde diversas instancias, organizaciones sindicales incluidas²⁶. Así, éste sería uno de los puntos singulares en que la adaptación del sistema de protección social a la realidad resulta clave para su legitimación, entendiéndose que no resulta aceptable socialmente mantener exclusivamente la tutela para cónyuges y ex-cónyuges, con independencia de su nivel de rentas, mientras se desprotege a nuevas realidades familiares cuantitativamente importantes además, ya que vendrían a constituir cerca del 6% de las parejas. Como es de sobra sabido, en el momento actual el art. 174.1 y 2 LGSS reserva la condición de beneficiarios al *cónyuge* superviviente y, añadidamente, si medió separación o divorcio, también al que fue *cónyuge* legítimo (*cónyuge* histórico), con el requisito añadido de no haber contraído nuevas nupcias. En este segundo caso, al que aparecen equiparados, asimismo, los supuestos de nulidad matrimonial sin mala fe del beneficiario, la prestación se otorga «en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio».

Valga apuntar ahora de manera incidental que la falta de inscripción del matrimonio religioso en el Registro Civil no constituye obstáculo para causar derecho a la pensión de viudedad, a la vista de la falta de efectos constitutivos de dicha inscripción en el ordenamiento español, como se desprende del art. 61.2 CC (STC 199/2004, de 15 de noviembre [RTC 2004, 199]). En palabras del Tribunal Supremo, habría que distinguir entre la producción de plenos efectos civiles –cosa que no sucede en los

25. Cuya cuantía, por cierto, congelada desde los años 70, se busca incrementar úmidamente en la Disp. Adic. 10ª del proyecto (LEG 2007, 2005), en una progresiva mejora global del 50% en un lapso de 5 años, actualizándose a partir de entonces anualmente conforme al IPC. Pero el debate sobre la conveniencia de mantener o no esta prestación, en primer lugar, y sobre su suficiencia, en segundo término, parece que no va a poder ser alterado por el hecho de pasar dicha cuantía de 30 a 45 euros en el horizonte de un lustro.

26. Un excelente análisis es el que brinda J. A. PANIZO ROBLES, «La convivencia de hecho y su incidencia en las prestaciones de la Seguridad Social: una deuda de cobertura pendiente», *Justicia Laboral* núm. 24, 2005, pgs. 11 y ss.

supuestos de matrimonios no inscritos– y la generación de efectos *prestacionales* frente al INSS, como se reconoce en la STS de 15 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 2170), en el caso de un matrimonio celebrado por el rito de la Iglesia Evangélica de Filadelfia. Problema distinto es el de los matrimonios que se celebran de acuerdo con otros ritos étnicos o religiosos no reconocidos legalmente, como puede ser el caso del rito gitano. A tenor de lo dispuesto por el art. 49 CC, la denegación de la pensión de viudedad por parte de la Entidad Gestora ha sido reiteradamente confirmada por distintos órganos judiciales (SSTSJ de Cataluña de 7 de octubre de 1999 [AS 1999, 4205] y de 12 de diciembre de 2002 [AS 2003, 422]; SSTSJ de Madrid de 14 de mayo de 2000 [AS 2002, 3376], de 7 de noviembre de 2002 [AS 2002, 3376] y de 10 de octubre de 2003, Rec. 860/2003). La reciente STC 69/2007, de 16 de abril [RTC 2007, 69], viene a reforzar esta línea interpretativa de la doctrina de suplicación, considerando que no vulnera el derecho de no discriminación por razón de raza o condición social la denegación de la pensión de viudedad a una mujer casada con el causante sólo de acuerdo con los usos o costumbres gitanos²⁷. Ahora bien, no puede ser ocultada la potencial utilización fraudulenta de ciertas modalidades de matrimonio canónico a efectos de lucrar la pensión. Las figuras del matrimonio *in articulo mortis* y de conveniencia, así como el reconocimiento de efectos civiles a la declaración de nulidad matrimonial efectuada por parte de tribunales eclesiásticos y basada en causas no contenidas en la legislación civil –STS, 1ª, de 23 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8433)–, se incluirían en dicho grupo²⁸. Conviene recordar que el TS no ha puesto pegas a alguna de dichas situaciones a la hora de causar derecho a la pensión de viudedad: es el caso de las SSTS de 28 de julio de 2000 (RJ 2000, 8332) y de 29 de mayo de 2001 (RJ 2001, 5456).

En llamativo contraste, y con la excepción que supuso en su momento la regla 2ª de la Disp. Adic. 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio (RCL 1981, 1700), –norma de derecho transitorio, tal y como se razona en la STS 25 de enero de 2000 (RJ 2000, 1311), y cuya virtualidad fue examinada páginas atrás–, la interpretación jurisprudencial del actual art. 174 LGSS se ha mantenido inflexiblemente ceñida a un entendimiento literal del precepto, rechazando sistemáticamente toda pretensión esgrimida por supervivientes de uniones *more uxorio* para causar derecho a la pensión. En concreto, el TC viene señalando en numerosas resoluciones, entre las que cabría destacar las Sentencias 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184), 29/1992, de 9 de marzo (RTC 1992, 29), 39/1998, de 17 de febrero (RTC 1998, 39), y el Auto 188/2003, de 3 de junio (RTC 2003, 188 AUTO), que, a la luz del texto constitucional, no pueden considerarse como realidades equivalentes al matrimonio y a la convivencia extramatrimonial²⁹. Por ello, que el régimen legal rector de la pensión de viudedad conceda un trato diferente a los cónyuges y a los convivientes de hecho sin existir impedimento alguno para contraer matrimonio, no resulta arbitrario ni carente de fundamento, con independencia de que el tiempo de convivencia acreditado fuera

27. Comenta esta resolución A. ARIAS DOMÍNGUEZ, «Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad» (BIB 2007, 1233), *Aranzadi Social* núm. 10, 2007, prestando especial atención al único voto particular formulado frente a la posición mayoritaria del Tribunal.

28. *Vid.* A. SEOANE GARCÍA, «Pensión de viudedad y matrimonios irregulares», *Revista de Derecho Social* núm. 27, 2004, pgs. 143-144.

29. Lo que no debe ocultar la existencia de razonables objeciones a la argumentación utilizada por el TC. Así, y desde el ámbito judicial, resultan muy interesantes las críticas a esta doctrina expuestas por A. SEOANE GARCÍA, *op. cit.*, pgs. 125 y ss.

muy notable –SSTSJ de Madrid, de 23 de marzo de 2006 (JUR 2006, 148502) y de Castilla-La Mancha, de 1 de junio de 2006 (JUR 2006, 211791)– o de que el propósito de contraer matrimonio resultara evidente, al haberse tramitado ya el expediente matrimonial –STSJ de Castilla y León, de 6 de marzo de 2006 (AS 2006, 1256)–³⁰. Obviamente, las pretensiones esgrimidas ante los tribunales por parte de parejas homosexuales no casadas también han resultado rechazadas. Las SSTSJ de Cataluña, de 27 de septiembre de 1999 (AS 1999, 3732); de 3 de junio de 2005 (JUR 2006, 233866); de 6 de junio de 2005 (AS 2005, 1896); de Asturias, de 8 de octubre de 2004 (AS 2005, 666); y de Castilla y León, de 18 de enero de 2000 (AS 2000, 577), constituyen buen ejemplo de ello.

Esta previsión ampliadora ya contenida en el Acuerdo, sin embargo, se encuentra supeditada a una serie de requisitos que procede a concretar el proyecto de Ley en la nueva redacción prevista para el art. 174.3, fundamentalmente. Además de exigirse la demostración de una situación de dependencia económica de la persona superviviente respecto del causante en los términos que ya se indicaron anteriormente, para empezar será necesario acreditar que la convivencia fue mutua, estable y notoria a lo largo de un *período amplio*, noción indeterminada que el proyecto cifra en una duración mínima de cinco años ininterrumpidos inmediatamente antes del deceso.

La certificación de la inscripción cursada por el correspondiente registro de parejas de hecho, bien autonómico, bien municipal, será el instrumento habitual para dicha acreditación, admitiéndose también el documento público en que conste la constitución de dicha pareja. Añadidamente, se exige que la inscripción o, en su caso, la formalización de dicho documento público se hayan producido «con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante». El precepto establece, por último, que en aquellas Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio la existencia de la pareja se acredite de acuerdo con lo previsto en su legislación específica.

Paralelamente, la redacción del art. 174.4 incorpora también como causa de extinción de la pensión el constituir una pareja de hecho. Se recordará que el debate en torno a la consideración de la convivencia de hecho como causa extintiva de la pensión comenzó por la práctica administrativa del INSS, asimilando tal situación a la matrimonial, ésta sí expresamente incluida dentro del art. 11 OMS de 13 de febrero de 1967 (RCL 1967, 360). La jurisprudencia impidió acertadamente esta interpretación restrictiva –SSTC 140/1992, de 13 de octubre (RTC 1992, 140) y 126/1994, de 25 de abril (RTC 1994, 126); STS de 14 de abril de 1994 (RJ 1994, 3238)– y ahora, de modo coherente con la asimilación parcial al matrimonio que permite el nacimiento del derecho, pasa a considerarse también una causa de extinción del mismo la convivencia *more uxorio*.

Por último, el art. 6.8 del proyecto (LEG 2007, 2005) añade un párrafo final en el apartado 4 del art. 179 LGSS (RCL 1994, 1825). Como es sabido, la redacción actual es fruto de la Ley 62/2003 (RCL 2003, 3093 y RCL 2004, 5, 892), previéndose

30. Aunque debe tenerse en cuenta que la STSJ de Cataluña, de 29 de noviembre de 2005 (JUR 2006, 86360), postula una solución distinta a partir de una adecuada y justa flexibilidad de criterio y en aras de una real humanización de aplicación singularizada y concreta a una determinada persona. Esta resolución toma en cuenta, como elemento decisivo, que el expediente matrimonial ante el Registro Civil hubiera sido instruido y autorizado, aunque el causante falleciera tres días antes de la efectiva celebración de la boda en el Juzgado.

que la suma de las cuantías de las pensiones por muerte y supervivencia causadas por una misma persona no podrá superar el límite que supone el importe de la base reguladora. La limitación opera en la determinación inicial de dichas cuantías, aunque no afectará a las revalorizaciones periódicas procedentes en lo sucesivo. Por otro lado, y a efectos de aplicar la limitación, el precepto señala que las pensiones de orfandad gozarán de preferencia sobre las pensiones a favor de otros familiares. En caso de sobrepasarse el límite, dicho orden determinará también la reducción proporcional aplicable a las pensiones no preferentes.

Pues bien, la novedad que ahora se busca incorporar radica en la introducción de una excepción a la regla limitativa y, así, será posible rebasar ese límite en los supuestos de concurrencia de pensiones de orfandad y viudedad «cuando el porcentaje a aplicar a la correspondiente base reguladora para el cálculo de esta última sea del 70%, si bien, en ningún caso, la suma de las pensiones de orfandad podrá superar el 48% de la base reguladora que corresponda».

En todo caso, resulta interesante destacar el contenido de la Disp. Adic. 3ª del proyecto, por medio de la cual se otorgan efectos retroactivos limitados a esta ampliación subjetiva del círculo de posibles beneficiarios de la pensión de viudedad a las parejas de hecho. Corrigiendo, así, situaciones verdaderamente preocupantes y, con seguridad, injustas, fruto de la rígida aplicación jurisprudencial del requisito del vínculo conyugal para el acceso a la pensión de viudedad, la norma permitirá, «con carácter excepcional», el reconocimiento del derecho aunque el fallecimiento del causante hubiera tenido lugar antes de la entrada en vigor de la reforma prevista. Para ello, los requisitos exigidos son los siguientes: partiendo de la acreditación de las genéricas condiciones de alta y cotización y de la imposibilidad de haber podido, en su día, causar derecho a pensión –ha de entenderse que por la falta del vínculo conyugal, precisamente–, será necesario acreditar, primero, una convivencia ininterrumpida de la pareja³¹ durante, al menos, los seis años anteriores a la muerte del causante; además, se requerirá haber tenido hijos comunes –aunque hayan fallecido, también habrá que entender– y que el beneficiario no tenga derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social; finalmente, se introduce una importante previsión en materia de plazos para la tramitación de las solicitudes, que deberán presentarse «en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley». Entre otras cosas, se trata de evitar problemas similares a los que, en su día, generó la citada regla 2ª de la Disp. Adic. 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio (RCL 1981, 1700), al no concretar dichos extremos.

– La cuarta de las medidas se centra en el problema de la distribución de la pensión en los supuestos de existencia de dos o más beneficiarios por concurrir un divorcio previo. En el Acuerdo se propugna garantizar el 50% de la misma al cónyuge sobreviviente cuando cumpla los requisitos para acceder a ella. Debe hacerse notar que dicho texto no se refiere, sin embargo, a los casos de separación o de nulidad matrimoniales.

Actualmente y de acuerdo con el art. 31 del Reglamento General de Prestaciones, aprobado por Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (RCL 1966, 2394), también es conocido, la pensión se calcula aplicando a la base reguladora correspondiente un porcentaje del 52% o, excepcionalmente, del 70% si se reúnen tres

31. En los términos ya descritos que incorpora la nueva redacción del art. 174.3 en su párr. 4º.

requisitos añadidos, como son que la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos del pensionista, primero; que dichos ingresos, en segundo lugar, no superen la cuantía resultante de añadir al límite previsto en cada ejercicio económico para el reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas el importe anual establecido para la pensión mínima de viudedad, de acuerdo con la edad del pensionista y, por último, que existan cargas familiares, debiendo tenerse en cuenta, además, que la suma de la cuantía anual de la pensión más los rendimientos anuales percibidos por el interesado no puede superar el límite de ingresos mencionado.

La regulación vigente en este momento para la distribución de la pensión de viudedad entre el cónyuge y el ex-cónyuge sobrevivientes en los supuestos de nulidad, separación o divorcio se concreta en el art. 174.2 LGSS, que utiliza como módulo distributivo proporcional el tiempo de convivencia con el causante. La jurisprudencia ha perfilado, no sin polémica, la aplicación del precepto en un buen número de resoluciones que arrancan de la STS 21 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2171), y entre las que cabría destacar las SSTS 10 de abril de 1995 (RJ 1995, 3032), 26 de abril de 1995 (RJ 1995, 3733) y 14 de julio de 1999 (RJ 1999, 6803). En estos casos de concurrencia de beneficiarios, el TS viene utilizando un criterio atributivo en el prorrateo que implica otorgar la pensión al cónyuge viudo, pero reduciendo su cuantía en el porcentaje correspondiente al tiempo de convivencia matrimonial con el causante de los cónyuges anteriores, quienes tendrán derecho al porcentaje restante. La misma operación habrá de efectuarse en los supuestos de inexistencia de cónyuge viudo actual –y presencia de un solo ex-cónyuge beneficiario– o en los casos en que la convivencia es reanudada por reconciliación tras la separación, tal y como se recoge en la STS 20 de enero de 2004 (RJ 2004, 1935). En este último caso, la jurisprudencia viene insistiendo, sobre la base de la necesaria publicidad y seguridad jurídica, en la ineficacia frente a la entidad gestora de posteriores reconciliaciones no comunicadas al juzgado (SSTS 23 de febrero de 2005 [RJ 2005, 2364] y 28 de febrero de 2006 [RJ 2006, 595], entre otras).

De este modo, la cuantía correspondiente al beneficiario divorciado será la parte proporcional al tiempo de convivencia matrimonial con el causante, constituyendo el período temporal de referencia –STS 25 de enero de 2000 (RJ 2000, 1311)– el comprendido entre el inicio del matrimonio que luego se disolvió por el divorcio y el fallecimiento del causante. Para la jurisprudencia, el derecho a la pensión de viudedad que ostenta el cónyuge supérstite es un derecho pleno, con independencia de que concurra con el divorciado. Ahora bien, la cuantía de la pensión del primero sufre la merma de la cantidad proporcional asignada al ex-cónyuge. En esta distribución, y a efectos de concretar la parte de pensión que corresponde al cónyuge supérstite, la STS 27 de enero de 2004 (RJ 2004, 849), no considera una circunstancia relevante la convivencia de hecho anterior al matrimonio. Por último, conviene apuntar que este criterio de distribución proporcional afecta igualmente al complemento por mínimos –SSTS 20 de mayo de 2002 (RJ 2002, 6797); 22 de octubre de 2002 (RJ 2002, 1905); y 19 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 2350)–, pues aparece ligado a la totalidad de la prestación, con independencia del número de beneficiarios.

Este criterio de reparto en función del tiempo de convivencia y sin tomar en consideración el nivel de renta de los beneficiarios ha sido reiteradamente criticado. Si es cierto que la pérdida de ingresos provocada por el fallecimiento del causante

sólo afecta al cónyuge actual, parece razonable abogar por una limitada posibilidad de acceso a la pensión de viudedad por parte de los cónyuges históricos. Por ejemplo, cuando existan obligaciones asumidas por el causante, como sucede con las pensiones alimenticias establecidas en convenio regulador, situación prevista en los ordenamientos de Austria, Italia, Luxemburgo, Suiza, Portugal, Dinamarca y Suecia, entre otros.

Pues bien, la nueva redacción que propone el art. 5.3 del proyecto (LEG 2007, 2005) para el art. 174.2 LGSS (RCL 1994, 1825) distingue entre los casos de divorcio y nulidad. La concurrencia de varios beneficiarios con derecho a pensión, en el primer caso, continua resolviéndose con el criterio de distribución proporcional de la cuantía de aquélla al tiempo de convivencia de cada uno con el causante. Pero se garantiza, en todo caso, el 40% –ya no el 50%, como en el Acuerdo– al cónyuge o conviviente de hecho actuales. Por lo que se refiere a los supuestos de nulidad matrimonial, el derecho a pensión de viudedad se hace depender del reconocimiento del derecho a la indemnización regulada por el art. 98 CC (LEG 1889, 27)³² y siempre que no se hubiera celebrado un nuevo matrimonio o constituido una pareja de hecho. Sin perjuicio de la aplicación de la regla distributiva que acaba de describirse cuando se produzca una concurrencia de beneficiarios, la cuantía de la pensión en caso de nulidad será proporcional al tiempo de convivencia con el causante.

– Finalmente, ha de subrayarse que el Acuerdo proponía incorporar un interesante elemento de edad, aunque no se concretaba la orientación de la reformulación propugnada. En efecto, en el texto se planteaba una modificación en el régimen jurídico de la pensión para los nacidos con posterioridad a 1 de enero de 1967 pero, cuidadosamente, se anunciaba la elaboración de un estudio previo «en el marco de la Comisión no Permanente de valoración de los resultados del Pacto de Toledo» y una negociación de las nuevas reglas en el marco del diálogo social. El texto del proyecto no contiene referencia alguna al respecto más allá de la ya comentada previsión de futuro contenida en la Disp. Adic. 25^a.

Como se desprende de la redacción de esta iniciativa, que incorpora las cautelas mencionadas, nos encontramos ante una modificación normativa que, de llevarse a cabo, podría implicar un cambio muy relevante en la tradicional configuración de la protección de la viudedad en nuestro sistema de Seguridad Social. Establecer dicha referencia de edad apunta al diseño de un régimen jurídico diferenciado para los beneficiarios mayores de 40 años, por un lado, y los menores de esa edad, por otro. En la línea de propuestas de política legislativa hace tiempo formuladas en España y de las experiencias jurídicas de otros países de nuestro entorno, los cambios postulados podrán construirse en torno a dos aspectos no excluyentes entre sí. Primero, introduciendo prestaciones diferenciadas para ambos segmentos de edad: el actual diseño de la pensión de carácter vitalicio se mantendría en lo fundamental, o con modificaciones no estructurales, para los beneficiarios mayores de 40 años mientras que, el resto, podrá acceder a prestaciones temporales (subsidios) como cobertura de la situación de necesidad. En segundo lugar, estableciendo requisitos de acceso

32. «El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97». Dichas circunstancias son, entre otras, los acuerdos entre los cónyuges, la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo o la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

distintos dependiendo de esa edad y que serían más gravosos para los beneficiarios más jóvenes. El grado de dependencia económica respecto del causante, las dificultades objetivas de inserción o de reincorporación, en su caso, al mercado de trabajo y las cargas familiares, entre otros, podrían ser criterios valorables a la hora de modular dichos requisitos en función de la edad.

Desde luego, la propuesta adelantada en el Acuerdo resulta muy polémica por su propia naturaleza restrictiva y por la alteración que introduce en los esquemas tan largo tiempo arrastrados en la protección de la viudedad en España. Pero posee su lógica coherencia cuando se trata de valorar la adaptación del sistema de Seguridad Social a una situación sociológica y familiar muy diferente de la existente en los años sesenta. Las recomendaciones contenidas en el renovado Pacto de Toledo de octubre de 2003 ya apuntaban en dicha dirección.

Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto

DANIEL TOSCANI JIMÉNEZ

Dr. En Derecho. Profesor Titular de la Universitat de València

MANUEL ALEGRE NUENO

*Dr. en Derecho. Magistrado Suplente del TSJ de la Comunidad Valenciana.
Prof. de la Universitat de València*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 32/2006 Y DEL RD 1109/2007
 3. EL NUEVO RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN–3.1. *Requisitos para que las empresas puedan intervenir como contratistas o subcontratistas*–3.1.1. Porcentaje de trabajadores contratados con carácter indefinido–3.1.2. Formación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales–3.1.3. Inscripción en el registro de empresas acreditadas–3.2. *Limitación de la subcontratación*–3.2.1. El libro de subcontratación
 4. DERECHOS DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES
 5. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES
-

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los factores que contribuyen a elevar los índices de siniestralidad en el sector de la construcción viene constituido por las cadenas de subcontratación, forma de organización productiva muy arraigada en el sector que conlleva la presencia de trabajadores de distintas empresas que concurren en un mismo centro de trabajo, lo que exige una correcta coordinación entre aquéllas, que en la práctica se hace harto difícil, debido a la participación, en muchas ocasiones, de empresas que carecen de una verdadera estructura organizativa.

Con el objetivo de mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores, en particular, se promulgó la Ley 32/2006, de 18 de octubre (RCL 2006, 1894), reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, norma que para su plena aplicación requería de un desarrollo reglamentario que es el que ahora se ha producido con la entrada en vigor del RD 1109/2007, de 24 de agosto (RCL 2007, 1631, 1682).

La Ley 32/2006 se enmarca dentro del conjunto de medidas previstas en La Declaración para el Diálogo Social «Competitividad, empleo estable y cohesión social», suscrita el 8 de julio de 2004 por el Gobierno, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores, y persigue, como expresa su Exposición de Motivos, una mejor ordenación del régimen de subcontratación que garantiza que la descentralización aporta una mayor eficiencia y especialización a la producción, eliminando aquellas subcontrataciones que son improductivas desde el punto de vista económico y, sobre todo, perjudiciales para la seguridad y salud de los trabajadores, obligando a las empresas a tener una organización productiva con medios propios, así como fomentar la estabilidad de las plantillas de trabajadores, su adecuada formación y especialización.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 32/2006 Y DEL RD 1109/2007

De acuerdo con lo previsto en la Ley 32/2006 y en el RD 1109/2007, la nueva regulación es de obligado cumplimiento en cualquier obra –pública o privada– en la que se efectúen, en régimen de subcontratación, alguno de los siguientes trabajos: excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento¹. En nuestra opinión, la relación de actividades transcrita no tiene carácter taxativo, sino más bien ejemplificativo. En este sentido, algún sector de la doctrina² y el propio INSHT ha propuesto recurrir al elenco de activida-

1. Artículo 2 y Disp. Adic. 2ª de la Ley 32/2006 (RCL 2006, 1894); artículo 2 del RD 1109/2007 (RCL 2007, 1631, 1682).

2. CALVO GALLEGO, J., «La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción», TL, núm. 87, 2006, pgs. 11 y 12.

des del CNAE 45 o a la guía técnica del grupo de trabajo sobre construcción. De este modo, para acotar todavía más el ámbito de aplicación de la nueva regulación, sería necesario o al menos útil, traer a colación el Convenio Colectivo Nacional de la Construcción (RCL 2002, 2016)³, cuyo artículo 12, con remisión expresa a su Anexo II, ofrece una enumeración de actividades mucho más detallada. En cualquier caso, como también destaca la doctrina⁴ la Ley 32/2006 y, por ende, su norma de desarrollo que ahora examinamos, no debe aplicarse a todos los trabajadores de las actividades enunciadas, sino únicamente al personal que preste sus servicios en las obras de construcción⁵.

3. EL NUEVO RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN

La subcontratación no es una forma de organización productiva que *per se* incrementa los índices de siniestralidad laboral en la construcción, sino que, más bien al contrario, es una opción que favorece la especialización y una mejor cualificación de los trabajadores. Sin embargo, estos beneficios no se están manifestando debido a la proliferación de pequeñas empresas que, con el auge que ha experimentado el sector en los últimos años, no cumplen con las normas sobre seguridad y salud laboral, careciendo de los medios materiales necesarios. Además, los trabajadores de estas pequeñas empresas no reciben la formación necesaria para la actividad que desarrollan ni la específica sobre los riesgos a los que están expuestos.

Con la finalidad de lograr la mejora de las condiciones de trabajo del sector y de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores, la Ley 32/2006 introduce dos importantes novedades sobre las que descansa todo el nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: 1) la exigencia de una solvencia –material y personal– a aquellas empresas que pretendan actuar como contratistas y subcontratistas, que será controlada por la autoridad laboral a través de la necesaria inscripción de aquéllas en un registro público; 2) la limitación de los niveles de subcontratación.

3.1. Requisitos para que las empresas puedan intervenir como contratistas o subcontratistas

Con la entrada en vigor de la regulación que se examina, para que una empresa pueda intervenir en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción, como contratista o subcontratista, deberá (artículo 4 de la Ley 32/2006 [RCL 2006, 1894]):

- a) Poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada.

3. BOE de 10 de agosto de 2002.

4. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «El derecho de las contratas. Entre la licitud y la prevención», Revista de Derecho Social, núm. 36, 2007, pg. 45.

5. En este sentido se puede ver a GARCÍA BLASCO, J., «El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: El ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 (RCL 2006, 1894) y los requisitos exigibles a los contratistas», en La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre (BIB 2007, 611), Thomson/Aranzadi, 2007, pgs. 23 y ss. y SEMPERE NAVARRO, A. V., «Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción», en La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Thomson/Aranzadi, 2007, pgs. 58 y 57.

- b) Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial.
- c) Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra y, en el caso de los trabajadores autónomos, ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado.
- d) Acreditar que disponen de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995 (RCL 1995, 3053), de Prevención de Riesgos Laborales.
- e) Estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas.

Con los tres primeros requisitos enumerados, el legislador no hace más que trasladar al sector de la construcción las previsiones recogidas en el artículo 43.2 del ET (RCL 1995, 997), con la finalidad de evitar una práctica bastante extendida en este sector como es la cesión ilegal de trabajadores, que se manifiesta en la subcontratación con empresas cuya única participación en la ejecución de la obra consiste en aportar la mano de obra sin comprometer una verdadera organización productiva.

En consecuencia, cabe recordar que, no bastará con el simple dato formal de que la empresa esté válidamente constituido, alta fiscal y de Seguridad Social, constitución de sociedades laborales o comunidades de bienes, facturas de compra de materiales y maquinarias, etc., sino que disponga de la maquinaria e instrumentos de trabajo necesarios para llevar a cabo la actividad⁶. En este sentido, cabe destacar asimismo, que tratándose de actividades que lleven implícitas la utilización de las nuevas tecnologías, este punto o condicionamiento debe interpretarse desde la perspectiva de la propiedad del «know how», esto es de la mayor o menor dependencia tecnológica del trabajador respecto a la empresa⁷. Si éste pertenece al trabajador será expresión de independencia, mientras que quien opera sobre «know how» ajeno lo hará mediante su integración en la unidad productiva del titular⁸. Asimismo, como destaca la doctrina, además de la existencia de infraestructura propia, ésta debe utilizarse no sólo de manera general, sino en relación con cada trabajador concreto⁹. El problema surge, evidentemente, cuando para llevar a cabo la actividad no haga falta más maquinaria o herramientas y, en definitiva, infraestructura que los propios conocimientos del trabajador, supuesto de trabajos intelectuales o la propia fuerza del trabajo. En estos supuestos, aun cuando en ocasiones en sede de contratas se ha admitido que estos supuestos constituyan una contrata legal, simplemente porque no se puede exigir infraestructura al no ser necesario (por ejemplo, traductores), creemos que conforme a la jurisprudencia del TS debe entenderse que el trabajador está sometido al ámbito organizativo y organicista de la empresa y a la ajenidad en los riesgos y en los frutos cuando sólo aporta su trabajo personal¹⁰. Incluso, mantendría-

6. TS 17-2 (RJ 1993, 1177), 17-7 (RJ 1993, 5688), 11-10 (RJ 1993, 7586) y 15-11-1993 (RJ 1993, 8693) y 18-3-1994 (RJ 1994, 2548).

7. PÉREZ DE LOS COBOS, F., «Nuevas tecnologías y relación de trabajo», Valencia, 1990, pgs. 40 y ss.

8. Véase TS de 22-4-1996 (RJ 1996, 3334).

9. SEMPERE NAVARRO, A. V., «Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción», en *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre* (RCL 2006, 1894), (BIB 2007, 611) Thomson/Aranzadi, 2007, pgs. 64 y 65.

10. TS 27-5-1992 (RJ 1992, 3678).

mos nosotros aun cuando física o tecnológicamente la realización de la actividad no requiera de infraestructura, así, por ejemplo, monitores deportivos que realizan en las instalaciones del club la actividad sin ninguna infraestructura propia y sin abonar cantidad alguna¹¹, profesores de academias¹² o de una mínima que se trate más bien de herramientas de trabajo. Así, por ejemplo la máquina de fotos de un fotógrafo de prensa¹³, soldador o alicatador que no exigen de una organización empresarial para que pueda llevarse a cabo de forma autónoma¹⁴, ATS que pese a utilizar instrumental y materiales propios, que no exigen gran infraestructura, se le obligaba a atender a los pacientes en su domicilio, previo aviso de la empresa y sin poder elegir. En estos casos, el supuesto autónomo realizaría el mismo trabajo que el trabajador por cuenta ajena y su autonomía no iría más allá de la aportación de ciertos útiles e instrumentos de trabajo o conocimientos y habilidades profesionales, que no le otorgarían una verdadera autonomía ni suficiente organización empresarial ni capacidad contractual¹⁵. Por lo tanto, pensamos que se podrá contratar a estos trabajadores a través de ETTs, como trabajadores por cuenta ajena de esta última, pero nunca a través de contrata directas con el propio trabajador o bajo el régimen de trabajo autónomo¹⁶. Además, es imprescindible que quede demostrado que el riesgo de la explotación recaiga sobre la empresa. Como se ha dicho debe obtener un lucro de las ganancias empresariales y soportar, asimismo, las pérdidas o lo que es lo mismo, no debe tener una contraprestación fija o garantizado, independiente o insensible a la actividad empresarial principal. De este modo, debe verse afectado directa o inmediatamente por la variación de los precios, averías, posibilidades de venta y resultados, etcétera¹⁷.

3.1.1. *Porcentaje de trabajadores contratados con carácter indefinido*

Las empresas que sean contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar con un número mínimo de trabajadores contratados con carácter indefinido. A estos efectos, se entiende que una empresa contratista o subcontratista es contratada o subcontratada habitualmente para el desarrollo de trabajos en las obras de construcción cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. Que se dedique a actividades del sector de la construcción. Si se tratara de empresas de nueva creación, y salvo que se trate de una transmisión de empresas, deberán cumplir con el porcentaje indicado una vez transcurrido el sexto mes natural completo del inicio de su actividad.
2. Que durante los doce meses anteriores haya ejecutado uno o más contratos, cuya duración acumulada no sea inferior a los seis meses.

11. TS 2-5-1995 (RJ 1995, 4172).

12. TS 24-5-1996 (RJ 1996, 4493).

13. TS 31-3-1997 (RJ 1997, 3578).

14. TS 3-3-1997 (RJ 1997, 2089).

15. LÓPEZ GANDÍA, J., «Contrato de trabajo y figuras afines», Valencia, 1999, pg. 86.

16. Para un estudio pormenorizado y exhaustivo de los requisitos del art. 43 del ET (RCL 1995, 997) aplicables a los requisitos del art. 4 de la Ley 32/2006 (RCL 2006, 1894), véase SEMPERE NAVARRO, A. V., «Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción», en La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre (BIB 2007, 611), Thomson/Aranzadi, 2007, pgs. 70 a 82.

17. GARCÍA BLASCO, J., «El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: El ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 (RCL 2006, 1894) y los requisitos exigibles a los contratistas», en La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre (BIB 2007, 611), Thomson/Aranzadi, 2007, pgs. 29 a 32.

El porcentaje mínimo de trabajadores con contrato indefinido se exigirá de acuerdo con la siguiente escala (disposición transitoria segunda del RD 1109/2007 [RCL 2007, 1631, 1682]):

- a) El 10% desde el 26 de agosto de 2007 hasta el 19 de octubre de 2008.
- b) El 20% desde el 20 de octubre de 2008 hasta el 19 de abril de 2010.
- c) El 30% a partir de 20 de abril de 2010.

Para determinar este porcentaje de trabajadores contratados con carácter indefinido se aplicarán las siguientes reglas (artículo 11.3 del RD 1109/2007):

1^a Se tomarán como período de referencia los doce meses naturales completos anteriores al momento del cálculo. No obstante, en el supuesto de empresas de nueva creación, se tomarán como período de referencia los meses naturales completos transcurridos desde el inicio de su actividad hasta el momento del cálculo, aplicando las reglas siguientes en función del número de días que comprenda el período de referencia.

2^a La plantilla de la empresa se calculará por el cociente que resulte de dividir por trescientos sesenta y cinco el número de días trabajados por todos los trabajadores por cuenta ajena de la empresa.

3^a El número de trabajadores contratados con carácter indefinido se calculará por el cociente que resulte de dividir por trescientos sesenta y cinco el número de días trabajados por trabajadores contratados con tal carácter, incluidos los fijos discontinuos.

4^a Los trabajadores a tiempo parcial se computarán en la misma proporción que represente la duración de su jornada de trabajo respecto de la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.

5^a A efectos del cómputo de los días trabajados, se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los permisos retribuidos y días festivos, las vacaciones anuales y, en general, los períodos en que se mantenga la obligación de cotizar.

Esta exigencia suscita varios interrogantes no resueltos. El primero de ellos versa sobre el ámbito en el que debe realizarse el cómputo, si debe abarcar toda la empresa o sólo a aquellos los trabajadores adscritos a cada obra concreta. Aún cuando no lo diga expresamente la norma, el legislador parece haberse decantado por la primera interpretación, al hacer referencia siempre a la plantilla de la empresa.

En segundo lugar, el legislador no se ha limitado, como cabría pensar, a circunscribir el momento temporal en que debe reunirse el porcentaje de trabajadores indefinidos, a la vigencia de una determinada contrata o subcontrata, sino que el requisito debe mantenerse habitualmente. De este modo pese, a que las necesidades de personal pueden fluctuar conforme a las obras que la empresa vaya contratando, no obstante ésta deberá mantener la proporción trabajadores temporales-fijos, aun en los períodos en que no tenga contratada o subcontratada una obra. En este sentido, el artículo 6 del RD 1109/2007 recuerda que la inscripción no exime a la empresa inscrita de la obligación de justificar en cualquier momento, cuando sea requerida para ello por la autoridad laboral, el mantenimiento de los citados requisitos. Pero, además, como veremos más adelante, la inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas debe renovarse cada tres años, de tal forma que, en dicho momento, para poder llevar a efecto la renovación será necesario seguir reuniendo el requisito de

porcentaje mínimo correspondiente de trabajadores indefinidos. En nuestra opinión, la exigencia del mantenimiento del porcentaje de trabajadores estables podría, si no poner fin, si al menos incidir en la jurisprudencia relativa al contrato de obra y su vigencia condicionada a la duración de la contrata, de tal forma que llegada la finalización de la contrata para la cual se contrató al trabajador se extingue el contrato de obra o servicio, aun cuando la empresa tenga otras contratas que ejecutar. Con el nuevo régimen jurídico que analizamos, la empresa sólo podrá seguir aplicando esta tesis jurisprudencial si cumple con el porcentaje mínimo de trabajadores indefinidos en plantilla; de lo contrario, estos trabajadores con contratos de obra vinculados a una contrata, deberán pasar también a ser indefinidos al finalizar esta última.

Por último, creemos que a estos efectos, no pueden computar como trabajadores indefinidos, los mal denominados fijos de obra. Figura prevista en la negociación colectiva y que permite a un trabajador participar sucesivamente en varias obras durante un período máximo de tres años, o incluso más si la última obra se inicia antes de la finalización del citado plazo, prolongándose éste hasta la terminación de la última obra emprendida. Así pues, pese a su denominación, no se trata de trabajadores indefinidos y, por lo tanto, sólo pueden sumarse en la plantilla global de la empresa como trabajadores temporales. Por el contrario, sí deberán computar como trabajadores indefinidos aquellos que, de acuerdo con el nuevo apartado cinco del artículo 15 del ET (RCL 1995, 997), adquieran tal condición *ope legis*, por haber prestado servicios para la misma empresa y en el mismo puesto de trabajo, con dos o más contratos temporales (salvo los contratos formativos, de relevo y de interinidad) durante más de 24 meses, sin solución de continuidad, en un periodo de referencia de 30 meses¹⁸. Todo ello sin perjuicio de aquellos otros trabajadores contratados temporalmente en fraude de ley que, salvo reconocimiento voluntario por parte de la empresa, deberá instar judicialmente el reconocimiento del vínculo laboral indefinido, pero que ello no obstante, a efectos estadísticos de plantilla, creemos que deberán computar como trabajadores indefinidos.

3.1.2. Formación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales

Como se ha indicado, las empresas que pretendan actuar en el sector de la construcción como contratistas o subcontratistas, deberán acreditar que sus trabajadores, tanto del nivel directivo como del productivo, cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales. A tal efecto, la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal podrá establecer un sistema de acreditación de la formación recibida por el trabajador en materia de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho sistema sea único y tenga validez en el conjunto del sector y del territorio nacional. En defecto de la regulación en convenio colectivo, se entenderá cumplido este requisito cuando concurren las siguientes condiciones (artículo 11.3 y 4 del RD 1109/2007):

- a) Que la organización preventiva del empresario expida certificación sobre la formación específica impartida a todos los trabajadores de la empresa que presten servicios en obras de construcción.
- b) Que se acredite que la empresa cuenta con personas que, conforme al

18. SEMPERE NAVARRO, A. V., «Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción», en La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre (RCL 2006, 1894), (BIB 2007, 611) Thomson/Aranzadi, 2007, pgs. 120 a 125.

plan de prevención de aquélla, ejercen funciones de dirección y han recibido la formación necesaria para integrar la prevención de riesgos laborales en el conjunto de sus actividades y decisiones.

El vigente convenio general del sector de la construcción regula en el capítulo IV de su Libro II un sistema de acreditación de la formación en materia de seguridad y salud laboral (tarjeta profesional de la construcción), haciendo uso, de este modo, de la posibilidad brindada por el artículo 10.3 de la Ley 32/2006 (RCL 2006, 1894).

En cuanto a la formación del personal directivo para integrar la prevención de riesgos laborales en el conjunto de sus actividades y decisiones, el RD 1109/2007 exige que sea impartida por una entidad autorizada por la autoridad laboral o educativa para impartir formación en materia de prevención de riesgos laborales; que tenga una duración no inferior a diez horas e incluya, al menos, los siguientes contenidos:

- 1º Riesgos laborales y medidas de prevención y protección en el Sector de la Construcción.
- 2º Organización de la prevención e integración en la gestión de la empresa.
- 3º Obligaciones y responsabilidades.
- 4º Costes de la siniestralidad y rentabilidad de la prevención.
- 5º Legislación y normativa básica en prevención.

En todo caso, esta formación no suple la que el personal directivo, como trabajador, debe recibir sobre los riesgos genéricos existentes en la empresa y los específicos de su puesto de trabajo (artículo 19 de la LPRL [RCL 1995, 3053]).

3.1.3. *Inscripción en el registro de empresas acreditadas*

El último de los requisitos exigidos para que una empresa pueda actuar como contratista o subcontratista en el sector de la construcción consiste en que, con carácter previo al inicio de su intervención en el proceso de subcontratación, solicite su inscripción en el nuevo Registro de Empresas Acreditadas dependiente de la autoridad laboral. El objetivo perseguido con este requisito es doble: por un lado, instaurar un control público de la solvencia de las empresas que operen en el sector de la construcción; por otro, servir de instrumento a través del cual la empresa comitente (contratista o subcontratista) pueda cumplir con el nuevo deber de vigilancia que la Ley 32/2006 le ha impuesto (artículo 7).

3.1.3.1. *Procedimiento de inscripción*

El procedimiento de inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas viene regulado en el artículo 5 del RD 1109/2007 (RCL 2007, 1631, 1682), siendo los aspectos reseñables los siguientes: la solicitud de inscripción –que puede presentarse en cualquiera de los lugares previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común– deberá dirigirse al Registro de Empresas Acreditadas dependiente de la autoridad laboral competente de la Comunidad Autónoma donde radique su domicilio social.

Si se trata de una empresa de nacionalidad no española que traslada trabajadores a España, la inscripción deberá realizarla en el Registro radicado en el lugar donde desarrolle su primera prestación de servicios. No será, sin embargo, necesario la ins-

cripción cuando la duración del desplazamiento no exceda de ocho días (disposición adicional primera del RD 1109/2007). En cualquier caso, la solicitud así formulada permitirá provisionalmente a la empresa intervenir en el proceso de subcontratación hasta la fecha de la inscripción o denegación. Así pues, resultan de mejor condición las empresas que se trasladan a trabajar en nuestro territorio, respecto de las que ya se encuentran aquí trabajando, pues a las primeras se les permite contratar o subcontratar provisionalmente mientras se resuelva la solicitud de inscripción o ni siquiera se requiere si el trabajo va a durar menos de ocho días, mientras que las empresas nacionales no pueden iniciar su actividad hasta que se haya procedido a realizar la inscripción de forma expresa.

La solicitud de inscripción deberá contener los datos enumerados en el artículo 4 del RD 1109/2007, ajustándose al modelo que figura como anexo I.A del citado reglamento, debiendo acompañarse de dos documentos:

1. La declaración suscrita por el empresario o su representante legal relativa a los siguientes extremos (artículo 4.1 Ley 32/2006):

- a) Que posee una organización productiva propia que cuenta con los medios materiales y personales necesarios, y los utiliza para el desarrollo de la actividad que vaya a ser contratada.
- b) Que asume los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial.
- c) Que ejerce directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra.

En relación con estos aspectos, es necesario recordar que no bastará con el simple dato formal de que la empresa esté válidamente constituida, sino que será necesario que disponga de la maquinaria e instrumentos de trabajo necesarios para llevar a cabo la actividad que constituya su objeto social¹⁹.

En el caso de tratarse de trabajadores autónomos, la declaración consistirá en manifestar que ejecuta el trabajo con autonomía y responsabilidad propia, y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado. Por consiguiente, los trabajadores autónomos no podrán realizar idénticos trabajos que los desarrollados por los trabajadores pertenecientes a las empresas contratistas y subcontratistas. Esto en realidad es una consecuencia de la exigencia de poseer y utilizar una infraestructura propia para realizar la correspondiente actividad. De este modo, la empresa contratante debería limitarse a determinar las características de la obra o servicio que deba llevarse a cabo, reservándose la aprobación o no del trabajo, así como las fechas de entrega, etc. El trabajador autónomo, por su lado, deberá cumplir fielmente el encargo aceptado, pero con absoluta libertad para organizar su trabajo, sin que la empresa disponga de un poder permanente de especificación del objeto del contrato, esto es, no podrá determinar constantemente la forma en que la fuerza de trabajo se ha de convertir en actividad laboral efectiva, según los objetivos empresariales²⁰ y en ningún caso la actividad debe llevarse a cabo bajo la vigilancia, dirección y órdenes de la empresa y con sujeción a la jornada y horarios habituales

19. STS 17-2 (RJ 1993, 1177), 17-7 (RJ 1993, 5688), 11-10 (RJ 1993, 7586), 15-11-1993 (RJ 1993, 8693) y 18-3-1994 (RJ 1994, 2548).

20. Vid. ALARCÓN CARACUEL, M. R., «La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo», REDT, 1986, núm. 28, pg. 524.

en la actividad, sin perjuicio, en su caso, de la facultad de supervisión general de la empresa²¹. Más importante todavía, si cabe, entendemos que es la exigencia de que el trabajador no esté sometido al poder disciplinario de la empresa. De lo contrario, no habría ninguna diferencia con el trabajo por cuenta ajena. En cualquier caso, se nos antoja extremadamente difícil en este punto, poder determinar el grado de libertad para poder autoorganizarse el propio trabajo, que delimitará la diferencia entre trabajo autónomo y por cuenta ajena, ya que, como es sabido, la integración del trabajador en el ciclo productivo de la empresa ya no se interpreta en el sentido tradicional de inserción en un ámbito controlado íntegramente por el empresario, sino más bien como facultad de coordinación que ya no precisa del sometimiento a un horario o la realización de la actividad en locales propios de la empresa, sino incluyendo asimismo aquéllas realizadas de una forma externa, descentralizada o fuera de la organización empresarial, cuando el objeto de la prestación de servicios constituye o forma parte de la actividad productiva de la empresa. Así, existen numerosas sentencias que pese a la flexibilidad y libertad de horario o jornada, declaran la relación en cuestión como laboral, por darse, aun cuando sea de forma atenuada, la inserción en la organización empresarial (a título de ejemplo, véase STS de 5-12-1985 [RJ 1985, 6054]), en un supuesto de aparejador que debía acudir a los locales de la empresa pero con flexibilidad de horarios y jornada. Es más, cabe recordar ahora que el reciente Estatuto del Trabajo Autónomo [Ley 22/2007 (sic), de 11 de julio (RCL 2007, 1354)] ha creado la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE), lo cual probablemente obligará a volver a una interpretación funcional de la independencia, en los criterios de actividad y tiempo, jornada, horario, itinerario, etc., en lugar de acudir a los más actualizados que harían imposible trazar en este punto la línea divisoria. De tal forma que como destaca la doctrina²², se adoptaría un criterio mercantil de independencia que se da en otras relaciones como comisionistas y cobradores, etc., según la cual la independencia no se pierde porque el principal fije los aspectos fundamentales de la prestación como el precio, la zona o en general instrucciones imprescindibles, puesto que sigue desempeñando su actividad profesional de forma organizada y autónoma. Lo cual parece un retroceso criticable en la evolución que se había llevado a cabo por la jurisprudencia en esta nota. En cualquier caso, en los supuestos del ejercicio de profesiones liberales, por regla general, la jurisprudencia siempre ha mantenido estos criterios o argumentos proclives a mantener el carácter liberal de la profesión²³.

En cualquier caso entendemos que es imprescindible que quede demostrado que el riesgo de la explotación recaiga sobre el trabajador autónomo que debe obtener un lucro de las ganancias empresariales y soportar, asimismo, las pérdidas o lo que es lo mismo, no debe tener un salario fijo garantizado, independiente o insensible a la actividad empresarial principal. De este modo, debe verse afectado directa o inmediatamente por la variación de los precios, averías, posibilidades de venta y resultados, etc. De lo contrario, resulta evidente, a nuestro juicio, que estaríamos ante un trabajador por cuenta ajena.

Por último, llama la atención y resulta criticable que la declaración sobre los

21. TS de 31-1-1995 (RJ 1995, 532).

22. LÓPEZ GANDÍA, J., «Contrato de trabajo y figuras afines», Valencia, 1999, pg. 43.

23. Colaboradores de estudio de arquitecto, STS de 27-1-1984 (RJ 1984, 104), 11-4-1990 (RJ 1990, 3460), 3-4-1992 (RJ 1992, 2593).

extremos indicados no se presente en un documento público independiente, sino que la norma se limita a exigir una rúbrica del solicitante, pues el texto de la declaración figura en la propia solicitud de inscripción, como puede comprobarse en el modelo que figura en el anexo I.A del RD 1109/2007 (RCL 2007, 1631, 1682). Esta exigencia formal dará lugar a una simple declaración formal, sin aportar verdaderas garantías, desde el momento en que la prueba del cumplimiento de los requisitos consiste en una declaración suscrita por el representante de la empresa.

2. La documentación acreditativa de que la empresa dispone de una organización preventiva adecuada a la LPRL, y de que dispone de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales. Esta documentación es la siguiente: contrato suscrito con el servicio de prevención ajeno, acta de constitución del servicio de prevención propio, acta de designación de trabajadores, o acta de adhesión al servicio de prevención mancomunado.

En cuanto a la acreditación de la formación en materia de prevención, la norma se refiere de manera muy genérica a la «formación necesaria» lo que, sin duda, generará problemas pues, como se dirá más adelante, la inscripción en el Registro público se realizará una única vez y, en cambio, la formación necesaria para el personal productivo puede variar para cada actividad contratada y debe actualizarse, extremo este no contemplado por la norma recién promulgada.

Si la solicitud de inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas reúne los requisitos y va acompañada de los documentos indicados, se procederá a efectuar la inscripción de la empresa contratista o subcontratista. En tal caso, la autoridad laboral asignará una clave individualizada de identificación registral, que será única para cada empresa y con validez para todo el territorio nacional. De faltar alguno de esos datos o documentos, se requerirá al solicitante para que en el plazo de diez días –que hay que entender hábiles (artículo 48.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre [RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246], de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; en adelante, LRJ-PAC)– proceda a la oportuna subsanación, advirtiéndole de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución dictada al efecto.

Sólo podrá denegarse la inscripción en el Registro si la solicitud o la declaración aneja no reunieran los datos o no acompañaran los documentos indicados. En estos casos, la autoridad laboral dictará resolución denegatoria de la inscripción en el plazo de quince días –hábiles– desde la entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación, notificándolo en los diez días siguientes. No prevé la norma, sin embargo, el sentido del silencio administrativo en caso que la autoridad laboral competente no se pronuncie en el citado plazo, limitándose el artículo 5.5 a contener una remisión genérica a la LRJ-PAC. Atendiendo a esta última norma, concretamente su artículo 43.3, resulta que el silencio administrativo tendrá sentido positivo, de modo que si transcurridos los quince días desde que se presenta la solicitud de inscripción, la empresa no recibe resolución expresa en contra deberá entender estimada la misma.

La inscripción tendrá un período de vigencia de tres años, renovables por períodos iguales. Por ello, las empresas inscritas deberán solicitar la renovación de su

inscripción dentro de los seis meses anteriores a la expiración de su validez; transcurrido el período de validez de la inscripción sin que se solicite en plazo su renovación, se entenderá automáticamente cancelada la misma en el Registro.

En todo caso, cualquier variación que afecte a los datos identificativos de la empresa deberán comunicarse a la autoridad laboral competente dentro del mes siguiente al hecho que las motiva, con arreglo al modelo establecido en el anexo I.B del RD 1107/2007.

Por último, si la empresa inscrita en el Registro cesa en la actividad que dió lugar a su inscripción en el mismo o deja de cumplir los requisitos exigidos legalmente para la inscripción deberá solicitar la cancelación de la misma. En todo caso, la autoridad laboral competente podrá cancelar de oficio la inscripción de cualquier empresa inscritas en su Registro cuando, por los datos obrantes en su poder, como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o por cualquier otro procedimiento, tenga conocimiento de que la empresa se encuentra en alguna de las dos situaciones indicadas. En este último caso, el acuerdo de la autoridad laboral será notificado a la empresa afectada que dispondrá de un plazo de quince días desde la fecha de la notificación para aportar cuantas alegaciones, documentos o informaciones estime convenientes. Tampoco prevé nada el RD 1109/2007 respecto a la posibilidad de recurrir en vía administrativa la decisión de cancelar la inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas, pero por mor de la remisión que efectúa la citada norma a la LRJ-PAC podemos afirmar que contra dicha resolución caben los recursos de alzada y potestativo de reposición (artículos 114 y 116 de la LRJ-PAC). Asimismo, el RD 1109/2007 no prevé la posibilidad de que la empresa cuya inscripción en el Registro sea cancelada, solicite la suspensión de dicho acuerdo de la autoridad laboral. Empero, al amparo del artículo 111.2, a) de la LRJ-PAC, resulta evidente que la mercantil perjudicada por la decisión administrativa de cancelar su inscripción en el registro, podrá solicitar la suspensión cautelar de dicha medida en atención a los perjuicios de imposible o difícil reparación que le pueden causar.

Cabe recordar, finalmente, que el artículo 6 de la Ley 32/2006 (RCL 2006, 1894) prevé que los datos que figuren en el Registro serán de acceso público con la salvedad de los referentes a la intimidad de las personas. En relación con este extremo, es necesario traer a colación el concepto de datos referentes a la intimidad personal²⁴. Al respecto, el artículo 3, a) de la LOPDP (RCL 1999, 3058) los describe de una forma genérica como cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. En el mismo sentido, el artículo 1.4 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio (RCL 1994, 1707), por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992 (RCL 1992, 2347) –que continúa en vigor de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria tercera de la LOPD–, considera datos de carácter personal «toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión concerniente a una persona física identificada o identificable». En consecuencia, el titular del derecho fundamental a la protección de datos es la persona física, quedando excluidos de las garantías que conforman su contenido

24. Al respecto véase, GOÑI SEIN, J. L., «Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos de comunicación y archivos de datos», en Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Albacete, 2004, pgs. 57 y 58.

esencial, los datos relativos a las personas jurídicas. Así lo confirma el artículo 1 de la LOPD, al indicar que su objeto es «garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar». Por consiguiente, cuando el artículo 10 del RD 1109/2007 (RCL 2007, 1631, 1682) prevé la publicación y el registro de los datos enumerados en el artículo 4 de esta norma, relativos a las personas jurídicas, no atenta contra el derecho fundamental a la protección de datos.

Por consiguiente, el problema se circunscribe a la publicación y registro de los datos concernientes a las personas físicas. Para analizar este tema es necesario traer a colación los criterios emitidos por la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) en relación con la aplicación de la LOPD a las personas físicas que desarrollen alguna actividad empresarial²⁵. Al respecto, la AEPD ha reiterado que tanto «los profesionales como los comerciantes individuales quedarán bajo el ámbito de aplicación de la LOPD y, por tanto, amparados por ella cuando los primeros no tuvieran organizada su actividad profesional bajo la forma de empresa, no ostentando, en consecuencia, la condición de comerciante, y los segundos cuando no fuera posible diferenciar, clara y terminantemente, su actividad mercantil del propio entorno de su privacidad como persona física. En estos dos casos deberán aplicarse siempre las garantías y principios reconocidos en la LOPD dada la naturaleza fundamental del derecho a proteger»²⁶. Por tanto, no son titulares del derecho a la protección de datos los profesionales que tengan organizada su actividad bajo la forma de empresa, ni las personas físicas que ostenten la condición de comerciante, salvo cuando no resulte posible diferenciar su actividad mercantil de su propia actividad privada. Así pues, para la determinación de la aplicabilidad de la LOPD en relación con la información relativa a un empresario individual, es preciso determinar, con carácter previo, si la actuación de que se trate afecta a su vida privada o, por el contrario, incide tan sólo en la esfera de la actividad profesional o empresarial. En caso de duda, ha de prevalecer siempre la solución a favor de la protección de los derechos individuales²⁷.

Pues bien, atendiendo a los criterios emitidos por la AEPD, los trabajadores autónomos que no ostenten la titularidad de una empresa, ni estén sujetos al estatuto jurídico de comerciante, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio (LEG 1885, 21), si son titulares del derecho fundamental a la protección de datos y, por tanto, de un poder de disposición y control sobre el uso y destino de sus datos personales, de modo que será necesario arbitrar los mecanismos que permitan al trabajador autónomo ejercer los derechos de acceso y cancelación que la LOPD le reconocen.

3.2. Limitación de la subcontratación

La segunda gran medida que introduce en el sector de la construcción la Ley 32/2006 (RCL 2006, 1894), es la limitación de los niveles de subcontratación, entendidos éstos como cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de sub-

25. Puede consultarse una exposición sistematizada de estos criterios en: ÁLVAREZ RIGAUDÍAS, C. y COCINA ARRIETA, B.: «¿Son datos «personales» los datos del empresario individual?» Madrid: Diario LA LEY; número 6705, 2007.

26. Resolución de la AEPD R/00497/2005.

27. Resolución de la AEPD R/00556/2005.

contratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor (artículo 3, i de la Ley 32/2006). En efecto, desde abril de 2006 en las obras de construcción –salvo en aquellas que estén en ejecución desde antes de esa fecha– no podrán existir más de tres empresas subcontratistas o trabajadores autónomos, por cada contratista, ejecutando toda o parte de la obra contratada por el promotor. En todo caso, no podrán subcontratar, con otras empresas subcontratistas ni con trabajadores autónomos, los trabajos que hayan contratado: **a)** aquellas empresas subcontratistas, cuya actividad en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal *«la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas, de la obra»* (artículo 5 de la Ley 32/2006); **b)** los trabajadores autónomos.

Excepcionalmente, en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor, se podrá extender la subcontratación en un nivel adicional –el cuarto–, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y la causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación. En estos supuestos, la empresa contratista deberá poner en conocimiento de la autoridad laboral competente la indicada subcontratación excepcional mediante la remisión, en el plazo de los cinco días hábiles siguientes a su aprobación por la dirección facultativa, de un informe en el que se indiquen las circunstancias de su necesidad y de una copia de la anotación efectuada en el Libro de Subcontratación. Asimismo, la subcontratación excepcional se pondrá en conocimiento del coordinador de seguridad y salud (artículo 5.3 y 4 de la Ley 32/2006).

Esta ampliación excepcional de la subcontratación tampoco la podrán utilizar los trabajadores autónomos para ejecutar los trabajos que se le hayan encomendado ni las empresas subcontratistas cuya actividad en la obra se limite a aportar mano de obra, salvo que la circunstancia que motive la necesidad de ampliar la subcontratación sea la de fuerza mayor²⁸

3.2.1. *El libro de subcontratación*

El otro instrumento que como novedad se introduce con la finalidad de facilitar el control de la subcontratación en el sector de la construcción por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es el Libro de Subcontratación. La finalidad primordial de esta documentación es la de poder facilitar la identificación del responsable o responsables de cada uno de los trabajos que se lleven a cabo en cada parte, tramo o fase de la obra, en caso de irregularidades, incumplimientos y muy especialmente accidentes.

Cada contratista, con carácter previo a la subcontratación con un subcontratista o trabajador autónomo de parte de la obra que tenga contratada, deberá obtener un Libro de Subcontratación que se ajuste al modelo que figura en el anexo III del RD

28. ÁLVAREZ ALCOLEA, M., «La consideración del trabajador autónomo y su intervención en el sector de la construcción. A propósito del futuro estatuto del trabajador autónomo», en *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006*, de 18 de octubre (RCL 2006, 1894), (BIB 2007, 611) Thomson/Aranzadi, 2007, pgs. 174 a 175.

1109/2007 (RCL 2007, 1631, 1682). El Libro, que deberá ser habilitado por la autoridad laboral correspondiente al territorio en que se ejecute la obra, tendrá que conservarse durante los cinco años posteriores a la finalización de la participación en la obra de la empresa contratista.

En dicho libro, que deberá permanecer en todo momento en la obra hasta la completa terminación del encargo recibido del promotor, se deberán reflejar, por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos, todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en una determinada obra con empresas subcontratistas y trabajadores autónomos, su nivel de subcontratación y empresa comitente, el objeto de su contrato, la identificación de la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada subcontratista y, en su caso, de los representantes legales de los trabajadores de la misma, las respectivas fechas de entrega de la parte del plan de seguridad y salud que afecte a cada empresa subcontratista y trabajador autónomo, así como las instrucciones elaboradas por el coordinador de seguridad y salud para marcar la dinámica y desarrollo del procedimiento de coordinación establecido, y las anotaciones efectuadas por la dirección facultativa sobre su aprobación de cada subcontratación excepcional de las previstas en el artículo 5.3 de la Ley 32/2006²⁹.

En todo caso, las empresas contratistas podrán seguir utilizando el sistema de documentación previsto en la disposición transitoria segunda de la Ley 32/2006 hasta octubre de 2007, mediante la cumplimentación de la ficha que se inserta como Anexo de aquella Ley.

4. DERECHOS DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Con el objetivo declarado de introducir mecanismos de transparencia en las obras de construcción, la Ley 32/2006 (RCL 2006, 1894) refuerza los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas que intervengan en este sector económico. Así, además de los derechos de información que ya tienen reconocidos los representantes de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas por los artículos 42.4 y 64.1, 1º del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), la norma que se analiza les concede los siguientes derechos:

1. Ser informados por la empresa contratista de que se lleva a cabo una subcontratación excepcional.
2. Acceso al Libro de Subcontratación de cada contratista que intervengan en la ejecución de la obra.
3. Por convenio colectivo sectorial de ámbito estatal podrán establecerse sistemas o procedimientos de representación de los trabajadores a través de representantes sindicales o de carácter bipartito entre organizaciones empresariales y sindicales, con el fin de promover el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en las obras de construcción del correspondiente territorio. Esta previsión ya está incorporada en el vigente convenio general del sector de la construcción que es de ámbito nacional.

29. SEMPERE NAVARRO, A. V., «Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción», en La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre (RCL 2006, 1894), (BIB 2007, 611) Thomson/Aranzadi, 2007, pgs. 101 a 106 y GONZÁLEZ LABRADA, M., «La prevención de los riesgos laborales en la construcción y la incidencia de la Ley 32/2006», en La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Thomson/Aranzadi, 2007, pgs. 189 a 196.

Cuando la norma habla de representantes de los trabajadores, se refiere a ellos en términos generales, de tal forma que deben entenderse incluidos en esa expresión los delegados de prevención, cuando éstos no sean los delegados de personal.

5. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES

Para garantizar el cumplimiento de las nuevas obligaciones expuestas, la Ley 32/2006 opta, no por crear un régimen de responsabilidades propio sino por incorporar nuevos ilícitos administrativos a los ya tipificados en materia de seguridad y salud laboral en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (RCL 2000, 1804, 2136) (en adelante, LISOS) (artículos 11 a 13). Esta opción legislativa resulta criticable, pues la mayoría de las nuevas infracciones no guardan relación con la seguridad y salud laboral, y, sin embargo, quedan sometidos al régimen de sanciones en esta materia que además de prever cuantías más elevadas que las fijadas para las infracciones en materia laboral o de empleo (artículo 40 de la LISOS), además conllevan otras sanciones accesorias como la prevista en el RD 597/2007 (RCL 2007, 881), sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales. Sólo el incumplimiento sobre el porcentaje mínimo de trabajadores con contrato indefinido se tipifica como infracción grave en materia laboral (artículo 8.16 de la LISOS).

El resumen de las nuevas infracciones se muestra en el cuadro siguiente:

SUJETO RESPONSABLE	INFRACCIONES LEVES	INFRACCIONES GRAVES	INFRACCIONES MUY GRAVES
PROMOTOR			1. Permitir, a través de la actuación de la dirección facultativa, la aprobación de la ampliación excepcional de la cadena de subcontratación cuando manifiestamente no concurren las causas motivadoras de la misma previstas en dicha Ley, cuando se trate de trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para las obras de construcción.
CONTRATISTA	1. No disponer en la obra de construcción del Libro de Subcontratación.	1. No llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación, o no hacerlo en los térmi-	1. Permitir que, en el ámbito de ejecución de su contrato, inter- vengan subcontra-

SUJETO RESPONSABLE	INFRACCIONES LEVES	INFRACCIONES GRAVES	INFRACCIONES MUY GRAVES
	<p>2. No disponer en la obra de construcción de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza, y de cuanta documentación sea exigida por las disposiciones legales vigentes</p>	<p>nos establecidos legalmente.</p> <p>2. Permitir que, en el ámbito de ejecución de su contrato, intervengan empresas subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa.</p> <p>3. El incumplimiento del deber de acreditar, en la forma establecida legalmente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en PRL, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate.</p> <p>4. La vulneración de los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre las contrataciones y subcontrataciones que se realicen en la obra, y de acceso al Libro de Subcontratación.</p>	<p>tistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin que se disponga de la expresa aprobación de la dirección facultativa, cuando se trate de trabajos con riesgos especiales.</p> <p>2. El incumplimiento del deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate, cuando se trate de trabajos con riesgos especiales.</p> <p>3. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido.</p>

SUJETO RESPONSABLE	INFRACCIONES LEVES	INFRACCIONES GRAVES	INFRACCIONES MUY GRAVES
SUBCONTRATISTA	<p>1. No disponer en la obra de construcción de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza, y de cuanta documentación sea exigida por las disposiciones legales vigentes</p>	<p>1. El incumplimiento del deber de acreditar que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en PRL, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate.</p> <p>2. No comunicar los datos que permitan al contratista llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación.</p> <p>3. Proceder a subcontratar con otro u otros subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos, sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa, o permitir que en el ámbito de ejecución de su subcontrato otros subcontratistas o trabajadores autónomos incurran en el supuesto anterior.</p>	<p>1. El incumplimiento del deber de acreditar, en la forma establecida legalmente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate, cuando se trate de trabajos con riesgos especiales.</p> <p>2. Proceder a subcontratar con otro u otros subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos, sin que disponga de la expresa aprobación de la dirección facultativa, o permitir que en el ámbito de ejecución de su subcontrato otros subcontratistas o trabajadores autónomos incurran en el supuesto anterior, cuando se trate de trabajos con riesgos especiales.</p>

SUJETO RESPONSABLE	INFRACCIONES LEVES	INFRACCIONES GRAVES	INFRACCIONES MUY GRAVES
			<p>3. El falseamiento en los datos comunicados al contratista o a su subcontratista comitente, que dé lugar al ejercicio de actividades de construcción incumpliendo el régimen de la subcontratación o los requisitos legalmente establecidos.</p> <p>4. El incumplimiento de la normativa sobre limitación de la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido.</p>

A parte de estas responsabilidades administrativas, las empresas contratistas y subcontratistas que intervengan en la construcción también incurrirán en responsabilidad laboral y de seguridad social. Así, el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro o del régimen de subcontratación, determinará la responsabilidad solidaria de la empresa comitente y de la subcontratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas (artículo 7.2 de la Ley 32/2006 [RCL 2006, 1894]). Esta previsión contiene una importante novedad en materia de responsabilidad laboral, frente a la previsión contenida en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) (en lo sucesivo, ET) pues este último precepto habla de responsabilidad solidaria en materia salarial mientras que la Ley 32/2006 prevé la responsabilidad solidaria «respecto de las obligaciones laborales» es decir, de todas con lo que para las empresas contratistas y subcontratistas que intervengan en el sector de la construcción se amplía el ámbito de su responsabilidad laboral frente a aquellas que desarrollen su actividad en otros sectores económicos, medida que carece de toda justificación y equidad.

Pero además de lo anterior, a las empresas que contraten o subcontraten con otras partes de una obra de construcción, les será exigible la responsabilidad establecida en el artículo 43 del ET cuando se dé el supuesto previsto en dicho precepto³⁰. Pese a que el objetivo de esta previsión es bien recibido, su traslación práctica resulta criticable, habida cuenta que a las empresas subcontratistas se les exige para que

30. SEMPERE NAVARRO, A. V., «Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción», en *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre* (RCL 2006, 1894), (BIB 2007, 611) Thomson/Aranzadi, 2007, pgs. 111 a 113.

puedan inscribirse en el nuevo Registro de Empresas Acreditadas, declarar que reúnen los requisitos enumerados en el artículo 4.1 de la Ley 32/2006, esto es, que poseen una organización productiva propia con los medios materiales y personales necesarios para ejecutar la obra que se le encarga, pudiendo la autoridad laboral titular del Registro puede, como hemos visto, rechazar o cancelar dicha inscripción si no reúne esos requisitos. Además, se impone también a la empresa comitente el deber de vigilar que la contratista con la que acuerde la ejecución de una parte de la obra reúne los requisitos del artículo 4.1 y 2 de la Ley 32/2006. Este deber de vigilancia se entiende cumplido cuando la empresa comitente obtenga del Registro de Empresas Acreditadas un certificado relativo a la inscripción de la empresa subcontratista con la que pretenda contratar. Este certificado debe solicitarse dentro del mes anterior al inicio de la ejecución del contrato, debiendo ser emitida por el órgano competente en el plazo máximo de diez días naturales desde la recepción de la solicitud (artículo 6.4 del RD 1109/2007 [RCL 2007, 1631, 1682]). No prevé la norma el sentido que hemos de atribuir al silencio administrativo que no puede ser otro que el previsto en el apartado tercero del artículo 6 del RD 1109/2007: exoneración del solicitante de la responsabilidad prevista en el artículo 7.2 de la Ley 32/2006.

Por contra, la obtención de dicho certificado no exonera a la empresa comitente de las responsabilidades que se puedan derivar del artículo 43 del ET (artículos 7.3 de la Ley 32/2006 y 6.3 del RD 1109/2007) pese a que aquel documento acredita que la empresa inscrita cuenta con una verdadera estructura productiva, ejerce directamente las facultades de organización y dirección sobre sus trabajadores y asume las obligaciones y responsabilidades que se deriven de la actividad empresarial, y, además, su eficacia se mantiene con independencia de la situación registral posterior de la empresa inscrita. En consecuencia, la obtención de la certificación, en realidad, no suple la obligación del comitente de vigilar que la empresa con la que subcontrate no es una mera prestadora de mano de obra, pese a que, como hemos señalado, de este cometido debe encargarse la autoridad laboral titular del Registro de Empresas Acreditadas³¹.

31. DE VAL TENA, A. L., «La subcontratación en el sector de la construcción y la extensión de las responsabilidades empresariales: viejos y nuevos supuestos de responsabilidad», en *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006*, de 18 de octubre (RCL 2006, 1894), (BIB 2007, 611) Thomson/Aranzadi, 2007, pgs. 207 a 246.