



INFORME SOBRE LOS EFECTOS DE LA STCO 61/2018, de 7 de junio,

Que

Declara la inconstitucionalidad y, por lo tanto, nulidad de ciertas disposiciones del RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo

Grupo de Estudios “Pensiones Públicas suficientes, Seguridad Social Universal y Democracia sustantiva”

Fundación Largo Caballero

1. INTRODUCCIÓN: UNA SENTENCIA TRASCENDENTE, MÁS ALLÁ DEL SUBSIDIO DE DESEMPLEO DE MAYORES DE 55 AÑOS

El BOE de 7 de julio de 2018 publicó, y los medios de comunicación han aireado algún aspecto, de la muy importante STC 61/2018, 7 de junio. En ella, el Alto Tribunal da respuesta al recurso de inconstitucionalidad 3688-2013, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista respecto de una de las “normas austeritarias” (autoritarias y de austeridad) más señeras del conflictivo bienio 2012-2013: el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo”. Conviene advertir, de entrada, para huir de valoraciones excesivas, que **el núcleo principal del recurso (la regulación restrictiva de las jubilaciones anticipadas y parciales) hay sido desestimado por la mayoría, contando con un fundado voto particular de 2 Magistrados y 1 Magistrada, que propone, con mejores razones a nuestro juicio, la nulidad total**. Pero no debe minusvalorarse tampoco su **relevancia, no sólo jurídica, sino también política y social**

Primero en un plano más general, por el **varapalo que supone al reconocer que el Gobierno no fundamentó varios aspectos de esta reforma** -aunque sean de alcance menor que aquél núcleo fuerte- y, respecto de otros -algunos de significativa relevancia social-, le reprocha que carecía de razones adecuadas para realizarla por la vía de la técnica “autoritaria” del RDL, haciendo un uso desmedido. Segundo, respecto de **ciertos aspectos concretos, como el subsidio de desempleo para mayores de 55 años**, por la relevancia práctica que tiene el que se declare la inconstitucionalidad de la regla legal que obligaba a un cómputo de las rentas familiares para determinar -impedir en realidad- el acceso al subsidio (art. 215 LGSS en la redacción vigente cuando se aprobó el RDL 5/2013, actualmente art. 275 TRLGSS). En este caso, la nulidad de la norma conllevará una notable mejora protectora de un colectivo social muy vulnerable, **por lo que convendrá realizar la reforma legislativa de forma urgente a tal fin**. Pero si bien este tema ha sido el más difundido mediáticamente, hay otros aspectos concretos relevantes, en la medida en que afecta también a colectivos especialmente desprotegidos, como el colectivo de personas empleadas de hogar, o colectivos especialmente “sensibles” en ciertos territorios, como los mutualistas del Régimen del Mar, respecto de los cuales la nulidad de ciertos preceptos conllevará consecuencias perjudiciales en algunas de sus mejoras dadas en **esa norma unilateral, creando incertidumbre e inseguridad, por lo que también aconsejará tomarse en serio la sentencia y realizar las reformas obligadas**.

En este Informe daremos cuenta, lo más sucintamente posible, de los principales efectos de la sentencia constitucional de referencia, a fin de que se puedan extraer, con cierta claridad, líneas de acción político-sindical en orden al programa de reformas convenientes para afrontar las lagunas, incoherencias e incertidumbres en el sistema que crea las nulidades declaradas por la sentencia. Ciertamente, de haberse seguido el criterio del voto particular la trascendencia de la sentencia sería mucho mayor. Además, algunos aspectos afectados ya fueron derogados por Leyes posteriores, lo que reduce el impacto práctico, no así el interés teórico, y jurídico, como la propia sentencia constitucional indica. Haremos:

- primero una visión de conjunto,
- con una reflexión general,
- para luego repasar los aspectos concretos afectados de mayor interés,
- culminando el informe con una conclusión de síntesis.

Comenzando por el final, el fallo mayoritario de la sentencia, la decisión ha sido ésta

1) **Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo**, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo y con los efectos (limitados) indicados en el fundamento jurídico 11, de:

- a) Las disposiciones adicionales sexta (Actuación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el ámbito de las Comunidades Autónomas), séptima (Informe previo de las entidades, participadas mayoritariamente o apoyadas financieramente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, y de los entes, organismos y entidades del sector público estatal) y octava (**Políticas activas de empleo para mayores de 55 años como colectivo prioritario**).
- b) La disposición transitoria única (**Subsidio por desempleo para mayores de 55 años**) y disposición final primera Uno (subsidio por desempleo mayores de 55 años)
- c) La disposición final primera. Dos (modificación del art. 229 LGSS en relación a las facultades de inspección de la entidad gestora de la prestación por desempleo a fin de evitar el fraude, cargando mayores deberes sobre el perceptor), Tres (nuevo apartado 6 a la disposición adicional octava LGSS sobre escala de edades para el Régimen Especial del Mar) y Cuatro (**se modifica la «Disposición adicional trigésima novena. Requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas a efecto de las prestaciones»**)
- d) La disposición final segunda (Modificación del Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social)
- e) La disposición final cuarta (Modificación del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el RGSS de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la DA 3ª la Ley 27/2011, de 1 de agosto)
- f) La disposición final sexta (Modificación RG sobre procedimientos imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el RD 928/1998, de 14 de mayo)
- g) La disposición final octava (Modificación del RD 1483/2012, de 29 de octubre, procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos)

2) **Desestimar el recurso en todo lo demás** (lo más importante es el ya referido régimen de jubilación parcial y anticipada)

2. ASPECTOS GENERALES DE CIERTO INTERÉS PARA LA ACCIÓN SINDICAL EN EL ÁMBITO DE LAS REFORMAS DEL PACTO DE TOLEDO

2.1. El cuerpo normativo del RDL queda avalado por la mayoría constitucional: el régimen de poda de la jubilación parcial y anticipada se valida

Querríamos llamar la atención, brevemente, sobre algún aspecto de tipo general de la sentencia que convendría no pasar desapercibido *-en el análisis mediático se ha obviado por completo-*, en el actual escenario de reformas del sistema de pensiones públicas suficientes orientadas a recuperar su comprensión como uno de los derechos sociales humanos más relevantes. Antes un elemental recordatorio del núcleo básico que contiene el Real Decreto-ley 5/2013. Éste abordaba la reforma unilateral de un amplio catálogo de materias

- El capítulo I (arts. 1 a 4): compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo
- El capítulo II (modificaciones en materia de jubilación en la Seguridad Social): la cuantía de la pensión de jubilación en los supuestos de anticipación en el acceso a la misma (art. 5), la jubilación anticipada (art. 6), la jubilación parcial (art. 7) y normas transitorias en materia de pensión de jubilación (art. 8).
- El capítulo III (art. 9) modificó el contrato a tiempo parcial y el contrato de relevo.
- El capítulo IV (art. 10) contiene medidas para evitar la discriminación de los trabajadores de más edad en los despidos colectivos.

Todos estos preceptos regulan medidas relacionadas entre sí en el ámbito de la jubilación anticipada, la jubilación parcial y la compatibilidad entre vida activa y pensión.

El Real Decreto-ley impugnado se completa con nueve disposiciones adicionales y doce finales, además de una disposición transitoria única y una disposición derogatoria única:

- Las disposiciones adicionales regulan un amplio abanico de cuestiones¹
- Las disposiciones finales modifican diversas normas legales y reglamentarias²

¹ El mantenimiento del empleo durante la percepción de la pensión de jubilación compatible con el trabajo (primera), el nuevo régimen de compatibilidad de la pensión de jubilación (segunda) y su fecha de aplicación (tercera), la colaboración de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con la jubilación anticipada (cuarta), el contenido del informe sobre la recomendación décimo sexta del Pacto de Toledo (quinta), la actuación de la comisión consultiva nacional de convenios colectivos en el ámbito de las Comunidades Autónomas (sexta), el informe previo a cualquier propuesta de despido colectivo o similar de las entidades participadas mayoritariamente o apoyadas financieramente por el fondo de reestructuración ordenada bancaria y de los entes, organismos y entidades del sector público estatal (séptima), normas sobre políticas activas de empleo para mayores de 55 años (octava) y la creación de un comité de expertos para el estudio del factor de sostenibilidad del sistema (novena).

² El entonces vigentes texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (primera); el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de la gestión y protección social en el sistema especial para empleados de hogar y otras medidas de carácter económico y social (segunda); el texto refundido de la Ley sobre infracciones y

Conviene advertir, como hace el TC, que, durante la pendencia del proceso, algunos de los preceptos del Real Decreto-ley 5/2013 fueron derogados. Es lo que ocurrió con:

- a) los artículos 1 a 4 y con las disposiciones adicional primera y final primera, derogadas por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de Seguridad Social
- b) así como con la disposición adicional sexta, derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (TRET)

Aunque dichas derogaciones no hacen perder objeto al recurso, ni siquiera de forma parcial, al plantearse en el mismo la posible conculcación del artículo 86.1 CE [por todas, STC 35/2017, de 1 de marzo, FJ 2 e)], es evidente que sí su importancia práctica.

Pues bien, el Recurso de Inconstitucionalidad se dirigía contra todo su contenido sobre la base de DOS RAZONES de ilegitimidad constitucional. A saber:

- 1) COMPETENCIAL. La ausencia de extraordinaria y urgente necesidad como presupuesto habilitante para la aprobación del Real Decreto-ley 5/2013. Ç
- 2) DE FONDO. La prohibición de afectación de los derechos regulados en el título I de la Constitución. Para los recurrentes, la Constitución reconocería en el artículo 41 CE un **“auténtico derecho a la Seguridad Social”**, tanto por su estrecha conexión con otros preceptos constitucionales de indudable trascendencia (arts. 1.1, 9.2, 10.1), así como por la normativa internacional (art. 9 PIDESC, 12 Carta Social Europea) y supranacional (34 Carta Derechos Fundamentales de la Unión Europea), con arreglo al artículo 10.2 CE. Se argumenta, con buenas razones, que la dignidad de la persona no solo comprende derechos inmateriales, sino también derechos patrimoniales necesarios para hacer efectiva la garantía de una existencia digna (SSTC 113/1989, de 22 de junio, y 19/2012, de 15 de febrero; y **SSTEDH de 22 de octubre de 2009, Apostolakis c. Grecia, y de 7 de julio de 2011, Stummer c. Austria**), y que un presupuesto de la igualdad buscada por el artículo 9.2 CE es la cohesión social.

sanciones en el orden social (tercera); el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el RGSS de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (cuarta); el Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social (quinta); el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo (sexta); el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años (séptima); y el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos (octava).

Como se ha anticipado y es conocido la mayoría del TC dará una respuesta negativa a los dos argumentos. En el primero de forma parcial o matizada, pues anulará algunas de las disposiciones “extravagantes” (por estar fuera del cuerpo legislativo impugnado). El segundo de forma rotunda. Si bien aquí nos centraremos en la primera cuestión, creemos útil llamar la atención en la segunda, **por el enorme riesgo de devaluación de la Seguridad Social que supone y que exigiría reacción política y legislativa**, también en el actual escenario de reforma constitucional.

Por lo que hace al cuerpo normativo, ya se ha dicho que la mayoría constitucional, en contra de la minoría, acepta su legitimidad, por lo que todas las reformas de recorte dirigidas a la jubilación parcial y anticipada son avaladas por el TC, que se cree a pie juntillas lo esgrimido por el Gobierno en justificación de las mismas, pese a que es muy discutible. Así zanja

“La reforma se ajusta a los objetivos que la propia exposición de motivos de la norma afirma perseguir –garantizar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, favorecer el alargamiento de la vida activa, aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de los trabajadores mayores–. En efecto, las medidas adoptadas en el Real Decreto-ley impugnado son coherentes con la eventual situación de necesidad consistente en la reforma de numerosos aspectos del régimen de jubilación anticipada y parcial y modifican de modo inmediato la situación jurídica existente” (FJ 7)

Cierto, todo no es negativo en este ámbito, **pues debe llamarse la atención de que reafirma la constitucionalidad de las reformas introducidas en el régimen de aportaciones económicas en los despidos colectivos** (artículo 10 y disposiciones finales tercera y séptima). Por lo tanto, se **refrenda una dirección de política de la seguridad social** -defendida por los sindicatos mayoritarios- **dirigida a disuadir del despido más intensivo, y discriminatorio, de las personas de mayor edad** a través de trasladar a las grandes empresas parte de esos grandes costes para el sistema. Lo justifica así el TC:

“...guarda conexión de sentido con la situación de urgencia. **Persigue compensar el impacto que estos despidos generan sobre el sistema público de protección por desempleo** en un doble sentido. En primer lugar, **incrementando la cuantía recaudada por la obligación de contribuir de las empresas**, y en segundo lugar, entendiendo que **el reforzamiento de la exigibilidad de esta aportación económica opera como incentivo para no despedir a personas mayores de 50 años**, lo que también supone un menor coste de las prestaciones por desempleo”

2.2. La mayoría constitucional devalúa la seguridad social como derecho en contra de la Carta Social Europea: para el TC el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social no tienen contenido esencial protegible frente al Real Decreto Ley

Pero los recurrentes esgrimieron un segundo argumento que merece la pena reafirmar en el actual escenario de reformas del Pacto de Toledo y de lucha por el derecho a un sistema de pensiones públicas suficientes como derecho, no como “concesión política graciable”. En efecto, junto al límite competencial, el art. 86 CE contempla un límite sustancial o de fondo, en virtud del cual **los Reales Decretos Leyes no pueden afectar al “contenido esencial” de los derechos constitucionales**. Así lo hacía valer el recurso, con fundadas razones, apelando a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la Carta Social Europea (art. 12). Pues bien, la mayoría constitucional (sobre este aspecto no se pronuncia el voto particular, pues entendió nulo todo el RDL ya desde el primer límite, por lo que no entendía necesario entrar en el segundo límite), rechaza este argumento.

Y para ello apela a su precedente, y muy conflictiva, doctrina sobre el derecho a la protección de la salud (y la asistencia sanitaria que conlleva). En efecto, en la STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 6, en la que se examinaba una queja relacionada con la infracción de los límites materiales del decreto-ley en relación con el artículo 43 CE (***derecho a la salud***), concluyó que el precepto constitucional se ubica ***entre los principios rectores de la política social y económica***, los cuales, ***formalmente, disfrutan de las garantías previstas en el art. 53.3 CE***. Atendiendo, por tanto, a su ubicación sistemática, el artículo 43 CE se configura como un principio rector, ***«razón por la que carece de contenido constitucionalmente esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia»***. Esas mismas razones son predicables del artículo 41 CE, que ahora se ve afectado por la regulación del Real Decreto-ley 5/2013

“...ya que el precepto impone un mandato a los poderes públicos que, dada su ubicación sistemática en el texto constitucional, no impide su regulación mediante el recurso a la legislación de urgencia” (FJ 10).

Aunque ha sido menos comentado en prensa, nos parece clave esta doctrina del TC para presionar en orden a una reforma profunda, incluso constitucional, no ya sólo legislativa, que impida afirmaciones de este tipo constitucionales. No sólo contradicen la doctrina del TEDH sino que devalúa hasta el extremo la garantía constitucional de un derecho a pensiones públicas suficientes.

En este sentido, **de poco serviría una reforma legislativa orientada a la sostenibilidad de pensiones suficientes si un RDL puede afectar todo el contenido de estos derechos sociales sin más**, porque nuestro TC, ha decidido que “no tiene contenido constitucional esencial” que haya que preservar de reformas unilaterales y “autoritarias”. Entendemos que es no sólo conveniente sino oportuno reaccionar político-institucionalmente frente a este tipo de afirmaciones, **porque contiene una Espada de Damocles peligrosa contrata la garantía ex art. 41 CE de suficiencia de las pensiones**, por lo que tiene una trascendencia superior al aspecto que aquí se analiza. El TC ya ha venido devaluando esa garantía en otros pronunciamientos (como la STC 49/2015 relativa a la libertad legislativa de revalorización de las pensiones). Pero ahora va más allá, nos parece, porque deja a los pies de los caballos del Real Decreto Ley, no ya de la Ley de Presupuestos, el derecho.

3. REVISIÓN DE LOS ASPECTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONALES Y NULOS

3.1. Materias respecto de las que el Gobierno ni siquiera intentó justificación alguna.

El TC pone de manifiesto, respecto de determinadas disposiciones incluidas en el Real Decreto-ley 5/2013, que no se justifica la urgencia en su adopción, pues respecto de ellas nada dicen ni la exposición de motivos, ni el debate de convalidación ni la memoria de impacto normativo, ni, en fin, el propio Abogado del Estado en su contestación a la demanda. Eso es lo que ocurre con

- a) la disposición adicional sexta (derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre)
- b) la disposición adicional séptima y
- c) las disposiciones finales primera. Dos (igualmente derogada por el citado Real Decreto Legislativo) y octava³

Puesto que la causa justificativa del Decreto-ley –la situación de extraordinaria y urgente necesidad– ha de ser explicitada por el propio Gobierno» (STC 125/2016, de 7 de julio, FJ 2), su carencia determina que no concurra presupuesto habilitante, pues el Gobierno no lo acredita y el TC no puede presumirlo. Por tanto declara su inconstitucionalidad y nulidad.

³ Disposición final octava. Modificación del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. *Se suprime la disposición adicional primera del Reglamento* de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre

Dado que ya fueron derogadas, la única declaración relevante en la práctica en este ámbito es la relativa a la disposición adicional séptima, relativa, en relación a los despidos colectivos en el sector público estatal, al *“Informe previo de las entidades, participadas mayoritariamente o apoyadas financieramente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), y de los entes, organismos y entidades del sector público estatal”*⁴. Creemos que en este bloque no hay, pues, aspectos especialmente relevante en el plano práctico.

3.2.El subsidio por desempleo para mayores de 55 años y la nulidad de las reglas de cómputo de la renta familiar: el núcleo duro del revés constitucional al Gobierno PP

Después, se centrará en el análisis de las disposiciones relativas al subsidio por desempleo para mayores de 55 años y, en relación con ellas, las vinculadas a las políticas activas de empleo para mayores de esa edad (**disposiciones adicional octava, transitoria única y final primera.1**). Sin duda es el aspecto más llamativo -aunque no el único-, y así se ha puesto de relieve en los medios de comunicación. Para el TC, la finalidad de la reforma era **“homogeneizar la regulación del subsidio para mayores de 55 años en relación con el resto de prestaciones del sistema y reforzar las políticas activas de empleo destinadas a este colectivo»” (FJ 9)**. Como es muy bien conocido, pese a la falta de medidas para corregirlo, el resultado ha sido un claro perjuicio en la protección de este colectivo, cada vez más numeroso entres “las filas de los parados”, esto es, personas no sólo sin trabajo sino también protección social

El TC concluye por unanimidad (el voto particular discrepante trata de otra cuestión), que no se cumplen los requisitos requeridos por el art. 86.1 CE, ya que

“ni en la exposición de motivos de la norma ni en el debate parlamentario de convalidación ni en la memoria de impacto normativo se indica que tales modificaciones traten de dar respuesta a una situación de naturaleza excepcional o constituyan una necesidad urgente...”.

⁴ Disponía que: “1. Las entidades participadas mayoritariamente o apoyadas financieramente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria así como los entes, organismos y entidades que formen parte del sector público estatal y no tengan la consideración de Administración Pública conforme a lo previsto en el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, **deberán informar a una comisión técnica integrada por representantes de los Ministerios de Empleo y Seguridad Social, Economía y Competitividad y Hacienda y Administraciones Públicas, con carácter previo, tanto del inicio de cualquier procedimiento de despido colectivo como de cualquier propuesta de acuerdo a presentar a la representación de los trabajadores durante el desarrollo del periodo de consultas.**

2. Mediante disposición reglamentaria se creará y regulará el funcionamiento de la comisión técnica prevista en el apartado anterior sin que su creación suponga incremento del gasto público”.

Distingue el TC entre la existencia de razón, que sí se advierte en el texto y en su defensa en sede parlamentaria, y “razón urgente”, que no existiría, al faltar “una explicación de por qué esta reforma sea urgente en los términos exigidos por la doctrina constitucional para entender cumplida la exigencia del presupuesto habilitante derivado del artículo 86.1 CE”. **Conviene tener esto en cuenta en la futura reforma necesaria de esta prestación.** En la medida en que el TC abre una vía de justificación de reformas restrictivas en esta prestación, siempre que se haga por vía legal.

Sin embargo, **es evidente que lo que estos colectivos de personas necesitan no son reformas restrictivas sino de garantías.** Precisamente, cabe recordar que en este momento se tramita en el Parlamento una Proposición de Ley sobre protección por desempleo (BOCG 6 abril de 2018⁵), en la que se incluye, entre otras medidas, recuperar el subsidio por desempleo de menores de 52 años, a la que el Grupo Socialista dio su apoyo (sesión plenaria del Congreso de 29 de mayo de 2018⁶).

En este sentido, en la obligada reforma de esta prestación convendría recordar las palabras usadas en ese apoyo:

“Vamos a apoyar esta iniciativa porque desde mi grupo estamos seguros de que **nos va a dar la posibilidad de acometer una reforma integral y un reforzamiento del conjunto de las prestaciones.** Y vamos a apoyar esta iniciativa desde mi grupo porque nosotros ya hemos trabajado en la recuperación de la protección por desempleo; de hecho, **presentamos una enmienda a los Presupuestos Generales del Estado para reformar en su integridad la prestación asistencial y el subsidio para mayores de cincuenta y dos años,** y estamos seguros de que nuestro grupo va a hacer grandes aportaciones en la ponencia que se constituya para tratar esta reforma...”.

3.3. **Regla de equiparación del mutualismo del Régimen Especial del Mar con el del RGSS**

Aunque sorprenda, la norma cuestionada contenía algunas medidas protectoras para ciertos colectivos de beneficiarios del sistema que, ahora, con la nulidad, quedan en el aire y que, en consecuencia, también exigen una respuesta inmediata de reforma a fin de evitar que una decisión positiva -la inconstitucionalidad de una norma autoritaria- se convierta en perjuicios para ciertas personas y grupos. De ahí la utilidad de evidenciarlas.

⁵ http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-244-1.PDF

⁶ http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-124.PDF

Así, en lo que concierne al **apartado TERCERO, de la DF Primera**⁷, para el TC la **exposición de motivos hace referencia al contenido de la reforma, que tiene un carácter de norma de excepción respecto de reglas generales previstas sobre coeficientes reductores y la escala de edades de jubilación, sin que haya mención alguna en el debate de convalidación.** Recuerda igualmente que la Memoria que acompaña a la reforma añade que la razón de la reforma es:

«...ofrecer al colectivo de mutualistas del Régimen Especial del Mar el mismo trato que el dispensado a los mutualistas del Régimen General de la Seguridad Social».

Pues bien, de nuevo, el TC distingue entre la existencia de “razón jurídica acreditada” por el Gobierno para justificar una medida de reforma y “razón jurídica de urgente necesidad” para justificar que la medida se adopte por Real Decreto ley. Precisamente, comprendiendo la primera considera que no se da la segunda:

“el Gobierno, si bien argumenta la razón de su adopción, no ha justificado la extraordinaria y urgente necesidad de esta medida que permitiría su regulación por decreto-ley. Eso determina su inconstitucionalidad y nulidad por infracción del artículo 86.1 CE”.

Esta es una materia ya profundamente modificada, dado que el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar fue objeto de regulación posterior a esa norma: la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero. No obstante, el régimen es complejo, atendiendo a sus disposiciones de desarrollo, así como al juego con las normas de general aplicación en el sistema de la Seguridad Social -Disposición Adicional Primera 2 y 3 TRLGSS/2015-. La cuestión anulada por el TC se ha mantenido en el nuevo TRLSS⁸. **Por lo tanto, la cuestión relativa al mutualismo del régimen especial en su equiparación con los del RGSS quedaría, así, un tanto sombría o en el aire, y, por lo tanto, sería conveniente una reforma legislativa que garantizara que no se produce ningún agravio en la tutela**

⁷ Tres. **Se incorpora un nuevo apartado, el 6, en la disposición adicional octava, en los siguientes términos:** «6. No obstante lo indicado en los apartados precedentes, lo dispuesto en el artículo 166.3 y la escala de edades incluida en el artículo 166.2 a) **no será de aplicación a los trabajadores a que se refiere la norma 2.ª de la disposición transitoria tercera** del Decreto 1867/1970, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.»

⁸ Disposición Adicional Primera, punto 3: “No obstante lo indicado en los apartados anteriores, lo dispuesto en el artículo 210.3, en lo que se refiere a la reducción del 0,50 por 100 prevista en su segundo inciso, así como el requisito de edad previsto en el artículo 215.2.a) y la escala de edades incluida en la disposición transitoria décima, no será de aplicación a los trabajadores a que se refiere la disposición transitoria primera de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero”

3.4. Simplificación de las gestiones para acreditar el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas a efectos de prestaciones por trabajadores responsables del ingreso de la cuota (como los autónomos, empleadas de hogar)

En lo que concierne a la **disposición final primera.4 (Cuarto)**, se introduce un cambio en la **disposición adicional trigésima novena del TRLGSS**. Según la EM la razón de la misma fue la de simplificar la labor de los solicitantes de prestaciones en el cumplimiento de la farragosa documentación exigida en relación a «...la constatación del requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas a efecto de las prestaciones en el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de las cotizaciones».

En este sentido, junto al clásico mecanismo de invitación al pago, se introducirá una **novedosa presunción de estar al corriente de pago** respecto de las cuotas correspondientes al mes del hecho causante de la pensión y a los dos meses previos a aquél, “cuyo ingreso aún no conste como tal en los sistemas de información de la Seguridad Social”, que “se presumirán ingresadas sin necesidad de que el interesado lo tenga que acreditar documentalmente”. Será la entidad gestora la que, periódicamente, deba revisar la situación real del perceptor⁹.

Por su parte, los motivos que justificarían la extraordinaria y urgente necesidad de la medida serían, según la EM y la Memoria Justificativa que acompañó la reforma:

«...la eliminación de requisitos a los interesados para que puedan acreditar estar al corriente en el pago de las cuotas a efecto de las prestaciones, para no demorar los beneficiosos efectos que esta medida depara, al conseguirse una mayor celeridad y agilidad en los procedimientos de reconocimiento de prestaciones».

Pues bien, una vez más, el TC diferencia entre la existencia de razones justificadas para tales medidas (**“Aun reconociendo los efectos beneficiosos que la simplificación de trámites implica...”**), y la razón de necesidad urgente de reforma en tal sentido, que, de nuevo, entiende no concurre. Además, criticará la abstracción de la justificación gubernamental:

⁹ “3. A efectos del reconocimiento del derecho a una pensión, las cotizaciones correspondientes al mes del hecho causante de la pensión y a los dos meses previos a aquél, cuyo ingreso aún no conste como tal en los sistemas de información de la Seguridad Social, se presumirán ingresadas sin necesidad de que el interesado lo tenga que acreditar documentalmente. En estos supuestos, la entidad gestora revisará, con periodicidad anual, todas las pensiones reconocidas durante el ejercicio inmediato anterior bajo la presunción de situación de estar al corriente para verificar el ingreso puntual y efectivo de esas cotizaciones. En caso contrario, se procederá inmediatamente a la suspensión del pago de la pensión, aplicándose las mensualidades retenidas a la amortización de las cuotas adeudadas hasta su total extinción, rehabilitándose el pago de la pensión a partir de ese momento.

Lo previsto en el párrafo anterior será de aplicación siempre que el trabajador acredite el periodo mínimo de cotización exigible, sin computar a estos efectos el periodo de tres meses referido en el mismo.»

“...No se han aducido efectos beneficiosos para unos colectivos concretos, sino unos imprecisos efectos beneficiosos para el sistema en su conjunto, fruto de la inmediata entrada en vigor de la norma impugnada. Por tanto, debemos concluir que la invocación genérica y abstracta de los efectos beneficiosos que puede acarrear la inmediata entrada en vigor de la regulación contenida en un decreto-ley no puede considerarse una situación caracterizada de la excepcionalidad, gravedad, relevancia e imprevisibilidad que determinen la necesidad de una acción normativa inmediata en un plazo más breve”.

De nuevo, pues, efectos altamente beneficiosos para la agilidad de funcionamiento del sistema, con efectos de mejora de la protección, quedan en entredicho por la nulidad, con lo que se exige una reforma legislativa que ponga orden en esta cuestión.

3.5.Sistema especial para personas empleadas de hogar (Disposición final segunda)

La disposición final segunda modificó el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para empleados de hogar y otras medidas de carácter económico y social en varios aspectos relacionados:

- a) con la necesidad de adecuar su artículo 6.2 relativo a los complementos por mínimos a lo dispuesto en el TRLGSS y en la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, LPGE/2013
- b) y con la necesidad de subsanar *la omisión relativa al cómputo de las pensiones reconocidas por otro Estado para determinar la concurrencia o no de la dependencia económica a efectos del reconocimiento del complemento por mínimos con cónyuge a cargo del titular de la pensión.*

La EM justifica la urgencia de estas reformas afirmando que «...la propia previsión de la norma por la que retrotrae la fecha de efectos de estas modificaciones al día 1 de enero de 2013 justifican [sic] en modo adecuado las razones de extraordinaria y urgente necesidad para su regulación mediante este real Decreto-ley».

Nada se dice en el debate de convalidación, mientras que la Memoria insistía en que el hecho de que, dada la inmediatez de la entrada en vigor del incremento de las pensiones y determinación del importe y condiciones de los complementos por mínimos (1 de enero de 2013) era suficiente causa para dispensar de más aclaración sobre la necesidad de recurrir a la fórmula del real Decreto-ley, «sin que exista alguna otra alternativa a esta medida». No piensa lo mismo el TC, que rechaza justificar la extraordinaria y urgente necesidad requerida como presupuesto habilitante por la mera conveniencia de no demorar los efectos beneficiosos que proporciona la norma.

En la STC 68/2007, de 28 de marzo, ya se rechazó identificar **la mera conveniencia de que el acceso a la protección de colectivos hasta entonces desprotegidos se realizara de manera inmediata con situación extraordinaria y de urgente necesidad.**

Por lo tanto, aunque se trate de medidas legislativas que amplían la cobertura del sistema de protección social, incluyendo en su ámbito de aplicación a sujetos hasta entonces desprotegidos, o mejorando la protección de los ya incluidos, no serían, por sí mismas, razones que justifiquen el recurso a la “legislación de urgencia”, si no se acredita expresamente que la exigencia de entrada inmediata en vigor de la medida constituye, en sí misma, una necesidad extraordinaria y urgente. Lo contrario “supondría excluir per se del procedimiento legislativo ordinario toda aquella medida de mejora del sistema de protección social susceptible de beneficiar a un determinado colectivo, y más aún, con carácter general, toda aquella decisión que comporte un beneficio para sus destinatarios, lo que obviamente no se corresponde con nuestro modelo constitucional. Por lo demás, es preciso tener en cuenta que la anticipación de los efectos beneficiosos de una medida de ampliación de la cobertura del sistema de protección social puede, en principio, lograrse, sin afectar al procedimiento legislativo, mediante el recurso a técnicas de ordenación inter-temporal de la norma, por lo que, en este caso no está justificada la extraordinaria y urgente necesidad para lograr el pretendido beneficio en el colectivo destinatario de la medida» (FJ 8).

En suma, ***la retroacción de efectos forma parte del propio contenido de la medida, luego no puede servir para justificar su extraordinaria y urgente necesidad***, pues por ese efecto retroactivo ningún inconveniente habría para permitir su tramitación por vía legislativa ordinaria, sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir o por la necesidad de inmediatez de la medida (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 6). Por tanto se produciría la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 5/2013.

3.6. Condiciones de inclusión en el RGSS de personas que participen en programas de formación (disposición final cuarta)¹⁰

¹⁰ Disposición final cuarta. Modificación del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

Las reglas 2.ª y 4.ª del apartado 1 de la disposición adicional primera del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera

La disposición final cuarta modificó el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, **ampliando el plazo para la presentación de solicitud de suscripción de convenio especial hasta el 31 de diciembre de 2014 y el número máximo de mensualidades en que se puede efectuar el pago fraccionado del convenio especial**. EM y Memoria justifican tal medida por el fin de aumentar la

«...flexibilidad, dada la actual situación económica, a las condiciones de suscripción del convenio especial previsto en su disposición adicional primera para las personas que, con anterioridad a la entrada en vigor del citado real decreto, hubieran participado en programas de formación, cuyo plazo de solicitud ha expirado el 31 de diciembre de 2012. (...)».

Por enésima vez, el TC no duda de las bondades de estas previsiones legislativas y, por lo tanto, de la justificación de medidas de este tipo, cuya oportunidad político-social, así como calidad técnico-jurídica, no le incumbiría enjuiciar. Lo que sí insiste es en no confundir causa justificativa con necesidad urgente de realización por vía de una norma como el RDL, a fin de no convertir en regla general lo que debería ser excepcional, coyuntural.

3.7.Modificaciones técnicas sobre procedimientos sancionatorios por infracciones respecto de las prestaciones

Por su parte, las disposiciones finales quinta¹¹ y sexta¹² establecen **diversas modificaciones técnicas** del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, y del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, quedan redactadas en los siguientes términos:

«2.ª La solicitud de suscripción del convenio especial podrá formularse hasta el 31 de diciembre de 2014. En los casos en que se acredite la imposibilidad de aportar la justificación necesaria para su suscripción dentro del plazo señalado, se podrá conceder, excepcionalmente, un plazo de seis meses para su aportación, a contar desde la fecha en la que se hubiese presentado la respectiva solicitud.»

«4.ª Una vez calculado por la Tesorería General de la Seguridad Social el importe total de la cotización a ingresar por este convenio especial, su abono se podrá realizar mediante un pago único o mediante un pago fraccionado en un número máximo de mensualidades igual al triple de aquellas por las que se formalice el convenio.»

¹¹ **Disposición final quinta. Modificación del Real Decreto 1716/2012**, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social

¹² **Disposición final sexta. Modificación del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social** y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

Si respecto de la primera se asume que hay causa justificativa, no se hace lo propio con la segunda. En el debate de convalidación nada se dijo acerca de esta norma. La memoria de impacto normativo alude a que la norma responde a la necesidad de atribuir, en el ámbito provincial, la competencia para sancionar determinadas infracciones graves, señalando posteriormente que parece conveniente incorporar al texto del real Decreto-ley la modificación de esta norma procedimental, a fin de solventar la indefinición competencial indicada, máxime cuando en el mismo se introducen algunas modificaciones en la propia LISOS incorporándose dos nuevos tipos de infracciones.

De nuevo, el TC concluye que nada hay que indique que la regulación introducida trate de dar respuesta a una situación de naturaleza excepcional o constituya una necesidad urgente, hasta el punto de que su efectividad no pueda demorarse durante el tiempo necesario para permitir su tramitación por el procedimiento legislativo ordinario sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir o por la necesidad de inmediatez de la medida. Tampoco en momento alguno se ha justificado, ni a ellos se ha aludido siquiera, cuáles podrían ser los perjuicios u obstáculos que para la consecución de los objetivos perseguidos se seguirían de la tramitación de la modificación normativa que lleva a cabo el precepto recurrido por el procedimiento legislativo parlamentario (STC 137/2011, FJ 7). En consecuencia, no son las medidas adoptadas, sino que la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, habilitante de la legislación de urgencia, haya sido efectivamente acreditada no se habría cumplido. Por tanto, también el requisito constitucional de la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad ex art. 86.1 CE faltaría respecto de las disposiciones finales cuarta y sexta del Real Decreto-ley 5/2013 son inconstitucionales y nulas.

Valoración. Esta materia es más técnica y de procedimiento, por lo que tiene una carga social menos relevante. Si bien, en el actual contexto de lucha contra el fraude adquiere interés.

4. ALCANCE TEMPORALMENTE LIMITADO DE LA SENTENCIA: MIRA HACIA EL FUTURO

Consciente el TC de las repercusiones prácticas que tendrá su sentencia, ha querido limitar sus efectos, estableciendo una medida de eficacia temporal restrictiva de la nulidad. Si bien no es habitual, tampoco es inusual en el TC, aunque el TJUE tiende a criticarlo. Es importante señalar, pues, que la NULIDAD que sigue a la inconstitucionalidad se matiza de forma significativa en este caso.

El TCO ha decidido limitar los efectos de las anteriores declaraciones de inconstitucionalidad y nulidad de parte de los preceptos del Real Decreto-ley 5/2013, en el sentido de que NO AFECTARÁ A LAS SITUACIONES JURÍDICAS CONSOLIDADAS. Entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran:

- a) no sólo aquellas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, sino también, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)
- b) las establecidas mediante ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS FIRMES

Indirectamente tiene su relevancia, porque:

- 1) **Significa que la sentencia tiene alcance político-social y jurídico-práctico**, pues, en otro caso, no se hubiesen limitado los efectos. De ahí la necesidad de reformas inmediatas, y coherentes.
- 2) **Implica igualmente que han quedado algunos perjudicados por el camino** -respecto de las medidas restrictivas- y convendría contemplar algunas acciones compensatorias en las reformas inmediatas a introducir.

5. CONCLUSIONES

En las consideraciones anteriores se ha procurado ser muy directo en el análisis, identificando la materia anulada y evidenciando el valor práctico que tiene, a fin de indicar por dónde podría ir la reforma, incluso poniéndose énfasis en las prioridades. No obstante, siempre es oportuno establecer una sinopsis de las valoraciones más relevantes que se han hecho en las páginas anteriores. A saber:

1) La mayoría constitucional acepta la legitimidad del cuerpo normativo básico del RDL 5/2013 (jubilación parcial, anticipada y compatibilidad pensión y trabajo), entendiendo que no sólo hay causa justificativa sino que sería urgente. **El voto particular contradice esta opinión.**

2) La mayoría constitucional acepta igualmente abrir de par en par los derechos sociales a la acción del Real Decreto Ley, negándoles un contenido esencial defendible frente a él. La jurisprudencia del TEDH y la Carta Social Europea están en contra de esta doctrina, **por lo que bien se haría en buscar una fórmula jurídica -las hay- que impida consolidar tan peligrosa doctrina constitucional**

3) **Pese a estas limitaciones del alcance de esta decisión, el TC ha declarado un cierto número de preceptos del RDL 5/2013 inconstitucionales y, por tanto, nulos, que no deben minusvalorarse ni agotarse**, con ser el más relevante en la práctica, sin duda, **en el subsidio de desempleo de mayores de 55 años** (inconstitucionalidad de tomar como referencia para el acceso la renta familiar).

4) **Desde esta perspectiva, aunque resulte sorprendente, el RDL 5/2013 contenía en esa “parte extravagante”** (fuera del cuerpo normativo, restrictivo) algunos beneficios para ciertos colectivos (mutualistas del régimen especial del mar, personas empleadas de hogar, autónomos -agilización prueba de estar al corriente para acceder a prestaciones liberándolo de cargas-), **que ahora quedan en el aire**. Por lo que, paradójicamente, de no actuarse inmediatamente y con coherente, lo más restrictivo del RDL se consolida, salvo la restricción del acceso de mayores de 55 años al subsidio de desempleo, y buen número de los pequeños beneficios que contenía, se perderían.

Jaén-Madrid, 17 de julio de 2018

Cristóbal Molina Navarrete

**Coordinador Grupo de Estudios “Pensiones Públicas suficientes...”. Fundación Largo
Caballero**