

## La reforma de las pensiones



# La reforma de las pensiones

EDICIONES LABORUM, S.L  
*Avda. Gutierrez Mellado, 9-3.º 21*  
*30008 Murcia*  
*Tel.: 968882181*  
*E-mail: paco@laborum.es*

1.ª edición Ediciones Laborum S.L. 2011

Copyright © de la edición, Ediciones Laborum, 2011  
Asociación Española de Salud y de la Seguridad Social, 2011  
Copyright © del texto, sus respectivos autores, 2011

Reservados todos los derechos. De acuerdo con la legislación vigente, y bajo las sanciones en ella previstas, queda totalmente prohibida la reproducción o transmisión parcial o total de este libro, por procedimientos mecánicos o electrónicos, incluyendo fotocopia, grabación magnética, óptica o cualesquiera otros procedimientos que la técnica permita o pueda permitir en el futuro, sin la expresa autorización por escrito de los propietarios del copyright.

Ediciones Laborum, s.l. no comparte necesariamente los criterios manifestados por los autores en el trabajo publicado.

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

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

ISBN: 978-84-92602-37-7

DEPÓSITO LEGAL: MU-745-2011

*Impreso en España - Printed in Spain*

Imprime: NAUSÍCAÀ

Pol. Ind. La Polvorista, C/ Pulpí C 12  
30500 Molina de Segura (Murcia)

# Índice

---

CAPÍTULO 1 (PRIMERA PONENCIA)	
La reforma de las pensiones en Europa . . . . .	9
CAPÍTULO 2	
Jubilación. Soluciones nacionales a un problema europeo . . . .	29
CAPÍTULO 3 (SEGUNDA PONENCIA)	
Perspectivas de la reforma en España: su sostenibilidad . . . . .	39
CAPÍTULO 4	
La sostenibilidad como excusa . . . . .	59
CAPÍTULO 5	
Cuánto mejorará la sostenibilidad del sistema de pensiones de jubilación de la Seguridad Social tras la reforma de 2011. . . . .	69
CAPÍTULO 6	
La sostenibilidad de la Seguridad Social y los sistemas de financiación . . . . .	83
CAPÍTULO 7	
El fondo de capitalización: las líneas generales de una nueva figura complementaria del sistema de pensiones . . . . .	109
CAPÍTULO 8	
Equidad, solidaridad y otras variables socioeconómicas . . . . .	123

CAPÍTULO 9	
La sostenibilidad y la financiación de la Seguridad Social . . . . .	141
CAPÍTULO 10 (TERCERA PONENCIA)	
La reforma de la jubilación y sus condicinantes (Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social). . . . .	153
CAPÍTULO 11	
Pensión de jubilación anticipada de desempleados a partir de los 61 años . . . . .	207
CAPÍTULO 12	
Nuevos tiempos para la pensión contributiva de jubilación: la reforma ¿condición necesaria y suficiente? . . . . .	221
CAPÍTULO 13	
La evolución de la Seguridad Social en Brasil y la jubilación por tiempo de cotización. . . . .	237
CAPÍTULO 14	
La edad de jubilación forzosa del personal licenciado sanitario: a propósito de la modificación del plan de ordenación de recursos humanos del Servicio Andaluz de Salud mediante resolución de 2 de diciembre de 2010 (BOJA 13 de diciembre). . . . .	249
CAPÍTULO 15	
La jubilación parcial anticipada . . . . .	263
CAPÍTULO 16	
Las recomendaciones del pacto de Toledo, la reforma de la pensión de jubilación y las personas discapacitadas . . . . .	271
CAPÍTULO 17	
La prejubilación y el acuerdo social y económico de 2 de febrero de 2011, desde el punto de vista del Derecho Positivo de la Seguridad Social actualmente vigente en España . . . . .	281

CAPÍTULO 18	
La prejubilación y el acuerdo social y económico de 2 de febrero de 2011, desde el punto de vista del derecho comunitario y comparado europeo de la Seguridad Social . . . . .	289
CAPÍTULO 19	
Política institucional de la Unión Europea en materia de jubilación y el método abierto de coordinación . . . . .	295
CAPÍTULO 20	
El sistema chileno de pensiones solidarias: el nuevo rol del estado en el régimen capitalizado. . . . .	311
CAPÍTULO 21 (CUARTA PONENCIA)	
La integración de las clases pasivas en el Régimen General de la Seguridad Social en virtud del Real Decreto 13/2010 de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. . . . .	323
CAPÍTULO 22	
Hacia el fin del sistema decimonónico de Clases Pasivas: los primeros pasos para la desaparición paulatina de los regímenes especiales de los funcionarios públicos. . . . .	345
CAPÍTULO 23	
Sobre la integración de los trabajadores por cuenta ajena del REASS en el Régimen General de la Seguridad Social: pasos previos y campo de aplicación . . . . .	375
QUINTA PONENCIA	
Reflexiones en torno a la doctrina judicial sobre jubilación . . . . .	387
CAPÍTULO 24	
La incapacidad permanente previsible . . . . .	389
CAPÍTULO 25	
La jubilación a edad reducida . . . . .	403

CAPÍTULO 26	
Aproximación gradual entre la pensión mínima de jubilación contributiva y la pensión no contributiva: nuevos ajustes en la futura reforma del complemento por mínimos . . . . .	415
CAPÍTULO 27	
La necesaria delimitación legal del término “cese” del relevista en las jubilaciones parciales anticipadas . . . . .	431
CAPÍTULO 28	
Jubilación parcial anticipada: aproximación a su marco legislativo y última jurisprudencia unificada . . . . .	441
CAPÍTULO 29 (SEXTA PONENCIA)	
La pensión de viudedad, la reforma pendiente . . . . .	457
CAPÍTULO 30	
La futura reformulación de la pensión de viudedad . . . . .	519

# Capítulo 1

## La reforma de las pensiones en Europa

---

### Primera ponencia

MAXIMILIAN FUCHS  
*Catedrático de Derecho del Trabajo  
de la Universidad de Eichstätt-Ingolstadt*

#### I. Introducción

El desarrollo de las sociedades industriales del siglo diecinueve produjo una gran riqueza, sin embargo, al mismo tiempo evidenció los riesgos a los cuales están sujetos los individuos cuando ya no pueden ofrecer su mano de obra en el mercado laboral. El reconocimiento de los hoy en día llamados riesgos sociales condujo a un nuevo modelo de aseguramiento de la supervivencia del ser humano a través de una previsión específica. Entre otros se considera, además de la protección contra accidentes de trabajo, la protección contra el riesgo de invalidez, con cuya incidencia se elimina la posibilidad de asegurar el sustento a través del empleo. Otro riesgo social es la edad, con el cual podemos definir invalidez tipificada al alcanzar cierto límite de edad.

Si pasamos revista a los inicios de la legislación social podemos distinguir las enormes dificultades ante la introducción de sistemas públicos de pensiones de jubilación. La determinación de una edad mayor de acceso a la jubilación ha sido un medio probado de lidiar con las dificultades de su financiamiento. En Alemania en 1889, cuando la primera ley de jubilaciones de trabajadores fue aprobada, la edad normal de pensión era 70 años, a pesar de que la esperanza de vida en esta época era de sólo 43.7 años

para hombres y 47.8 años para mujeres<sup>1</sup>. Por tanto, la gran mayoría de los asegurados no tenía la más mínima oportunidad de gozar una pensión de vejez. El siglo veinte permitió un desarrollo en sentido opuesto. Con mayor bienestar fue posible acortar el tiempo de vida laboral y reducir la edad normal de jubilación. En algunos países miembros de la Unión Europea la edad efectiva de jubilación está muy por debajo de los 60 años. Desde hace algún tiempo sabemos, sin embargo, que no es posible continuar por este camino si no queremos destruir nosotros mismos el sistema de pensiones. Por lo tanto, ya no parece de ninguna manera paradójico que, hoy por hoy, se propongan soluciones que impliquen un retorno a la edad normal de jubilación, tal y como fue en el siglo diecinueve. Así, en Alemania el año pasado renombrados y poderosos círculos han solicitado aumentar la edad normal de pensión a 70 años, lo que significaría retornar a la edad de jubilación del año 1889.

## II. Problemas básicos de las pensiones de jubilación

De todos ustedes son conocidos los problemas a los cuales se enfrentan desde hace tiempo los Estados miembros de la Unión Europea en relación con las pensiones de jubilación. Por eso no quisiera ser redundante con temas que ustedes conocen, sin embargo, requiero un cierto trasfondo para facilitar la discusión de las reformas. Por lo tanto, me parece útil hacer una breve recapitulación de un libro que probablemente muchos de ustedes conocen. Me refiero al texto LIBRO VERDE en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros<sup>2</sup>. En este libro verde la Comisión Europea intenta mostrar los problemas del diseño de los sistemas de pensiones y dirigir cuestionamientos a los Estados miembros para iniciar una discusión a nivel europeo. Por consiguiente, creo que el libro verde puede servir como una base introductoria para mi presentación posterior<sup>3</sup>.

---

1 Cfr. Zöllner, Germany, in: Zacher/Köhler (ed.), *The Evolution of Social Insurance 1881-1981*, London 1982, págs. 28 ss.; Fuchs/Preis, *Sozialversicherungsrecht*, 2a edición, Köln 2010, págs. 19 ss.; Haerendel, *Die gesetzliche Rentenversicherung von den Anfängen bis zum wiedervereinigten Deutschland*, in: Eichenhofer/ Rische/ Schmähl, *Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung SGB VI*, Köln 2011, págs. 1 ss.

2 COM(2010) 365 final.

3 Otra fuente muy informativa es el informe de la OECD, *Pensions at a Glance 2011. Retirement-income systems in OECD and G 20 countries*, 4a edición Paris 2011.

En resumen, todos los Estados miembros de la Unión Europea se enfrentan al mismo dilema al reglamentar las pensiones de jubilación. Los sistemas de pensiones tienen como objetivo asegurarles a las personas al concluir su vida laboral activa una prestación económica suficiente. Sin embargo, ya que en la mayoría de los países el importe de la pensión depende de las cotizaciones realizadas, un nivel suficiente no se garantiza en muchos casos. Detrás de este riesgo de la meta de aseguramiento están sobre todo el bajo ingreso y las relaciones laborales inestables. La alusión a relaciones laborales atípicas debe ser suficiente. No obstante, debo recalcar otro aspecto importante: la interrupción de la actividad laboral para atender las necesidades de otras personas: por un lado la educación de los hijos y por el otro el cuidado de personas discapacitadas o en situación de dependencia. Como de manera habitual estas tareas son asumidas en su mayoría por mujeres, ello implica un retiro de la vida laboral; se trata sobre todo de un problema característico de género.

La más reciente crisis financiera y económica también ha puesto en riesgo un nivel de pensiones suficientes. Con todo derecho el libro verde contempla los efectos de estos hechos tan dramáticos, que afectan no sólo a los sistemas de pensiones públicos (y naturalmente también a otras ramas de la seguridad social), sino también a los sistemas de pensiones privados, cuyas carteras de valores sufrieron pérdidas de entre 20 por ciento y 50 por ciento y más. A grandes rasgos eso es lo que se puede afirmar con respecto a los problemas de un adecuado nivel de seguridad de las pensiones.

El segundo gran problema, que incluye el dilema de los sistemas de pensiones actuales, es el proceso de envejecimiento en los países altamente industrializados. Las personas alcanzan cada vez edades mayores. En los Estados miembros de la Unión Europea la esperanza de vida es de 75.74 años para hombres y 81.69 años para mujeres. Esto conlleva a la extensión en el tiempo del pago de pensiones de jubilación e implica una fuerte carga para las cajas de pensiones. El rápido cambio de la llamada tasa de dependencia de las personas mayores empeora aún más la situación. En el Libro Verde se indica que actualmente por cada persona de 65 años hay 4 personas en edad laboral, sin embargo, esta relación hasta el año 2060 cambiará de 1 a 2, con lo que la tasa de dependencia de las personas mayores se duplicará. Estas tendencias afectan gravemente al sistema de pensiones basado en el sistema de reparto. Entretanto, se ha hecho evidente que también los sistemas privados de pensiones basados en el principio de capitalización afrontan dificultades similares.

Qué estrategias y caminos hay que adoptar para afrontar estos tremendos problemas potenciales? El Libro Verde enuncia los siguientes pasos basados en las reformas llevadas a cabo en los países europeos y que a continuación de manera íntegra les quisiera enumerar<sup>4</sup>:

- 1) Animar a que más gente trabaje más y durante más tiempo para obtener derechos similares a los de antes: aumento de las edades de jubilación; recompensa a quien se jubila más tarde y penalización a quien lo hace antes; paso de las prestaciones basadas en las retribuciones de los mejores años a un derecho basado en la media de las retribuciones a lo largo de la carrera laboral; cierre o restricción de las vías de salida temprana; medidas del mercado de trabajo para animar a los trabajadores de más edad a permanecer en él y permitirles hacerlo y para fomentar en él una mayor igualdad entre hombres y mujeres.
- 2) El paso de unos sistemas en gran medida únicos a otros múltiples. Este es el resultado de la tendencia presente en la mayoría de los Estados miembros, aunque no en todos, de reducir la proporción de las pensiones públicas de reparto en la prestación total, dando un papel más importante a los planes privados complementarios precapitalizados, que con frecuencia son de aportación definida.
- 3) Medidas para solventar las deficiencias de adecuación, destinadas por ejemplo a ampliar la cobertura, ayudar a adquirir derechos, facilitar a los grupos vulnerables el acceso a las pensiones y aumentar el apoyo financiero a los pensionistas más pobres.
- 4) Dimensión de género: las mujeres suelen predominar entre quienes tienen contratos atípicos, suelen ganar menos que los hombres y suelen interrumpir su carrera para cuidar a alguien más a menudo que los hombres. En consecuencia, sus pensiones suelen ser más bajas y el riesgo de pobreza tiende a ser más elevado entre las mujeres mayores, también porque viven más. En algunos sistemas de reparto se reconocen los períodos de cuidados, pero no está tan claro en los planes de pensiones de capitalización, ya que se plantea la cuestión de cómo financiar esa solidaridad.

Considero que las observaciones anteriores han forjado un marco de orientación que puede contribuir a comprender y clasificar reformas concretas a los sistemas de pensiones en países específicos. Voy a concentrarme en la presentación de las reformas de los sistemas de pensión de jubilación de Alemania y Francia.

---

<sup>4</sup> Ver el punto 2.2 del Libro Verde.

### III. Reformas al sistema de pensiones alemán

#### 1. Planteamientos generales

Antes de discutir diferentes aspectos de las reformas quiero presentar unas breves observaciones para el entendimiento de la protección de la vejez en Alemania. En la discusión teórica y sociopolítica se recomienda y defiende desde hace mucho tiempo el modelo de tres pilares, recientemente designado como modelo de tres capas<sup>5</sup>. El derecho a la pensión de jubilación arraigado en el seguro social de vejez público y obligatorio pertenece al primer pilar. El segundo pilar está compuesto de sistemas de pensiones empresariales. Y el tercer pilar está compuesto por diferentes formas de inversiones de capital privado. De la existencia simultánea de estos tres pilares se espera la optimización de la protección de la vejez.

#### 2. Los pasos de reforma de 1992 bis 2007

##### *A) Situación inicial*

Para comprender los motivos y objetivos de las reformas individuales es necesario considerar el panorama jurídico, tal y como era antes de introducir las reformas. Me voy a limitar a información selecta sobre los diferentes tipos de pensiones, la fórmula del cálculo de pensiones y su financiamiento<sup>6</sup>.

##### *B) Tipos de pensiones*

Originalmente teníamos seis pensiones por jubilación, cada una con una edad diferente de salida del mercado de trabajo y tiempos de aseguramiento diferentes que tenían que ser cumplidos.

- Jubilación por edad normal: al cumplir los 65 años de edad y 5 años de cotización
- Jubilación para asegurados a largo plazo: al cumplir los 63 años de edad y 35 años de cotización
- Jubilación para discapacitados graves: al cumplir los 60 años de edad y 35 años de cotización

5 Cfr. Fuchs/Preis, op. cit., pág. 709.

6 Al respecto de la estructura básica del sistema de pensiones, Ruland, Recht, Organisation und Verwaltung der gesetzlichen Rentenversicherung, in: Eichenhofer/Rische/Schmähl, op. cit., págs. 341 ss.; López Lerma/Roig Pozuelo, El seguro de pensiones en Alemania, Consejería de Trabajo e Inmigración, Berlin 2009.

- Jubilación por desempleo: al cumplir los 60 años de edad y 15 años de cotización
- Jubilación para mujeres: al cumplir los 60 años y 15 años de cotización
- Jubilación para mineros al cumplir los 60 años y 25 años de cotización

*C) Fórmula de cálculo de la pensión*

El importe de la pensión se compone de tres elementos:

- a) Puntos de valor personales bajo consideración del factor de entrada
- b) Factor del tipo de pensión
- c) Valor actual de la pensión

Con respecto al inciso a): es importante para comprender estos tres elementos el conocimiento de los principios básicos del derecho de pensión, por el cual se determina el importe de una pensión, sobre todo en base a la cuantía de los ingresos económico-profesionales a través de cotizaciones durante la vida activa profesional. Técnicamente este principio se aplica de tal forma que por cada año de cotización los ingresos laborales se recalculan en puntos de valor. Un salario que corresponde a la cuantía del salario promedio de todos los empleados en un año natural es igual a un punto de valor. Si el ingreso es menor, por ejemplo en un 20 por ciento entonces es igual a 0.8 puntos de valor y si es el ingreso mayor en este mismo por ciento es igual en este ejemplo a 1.2 puntos de valor.

El factor de entrada considera para definir los puntos de valor las diferentes duraciones de percepción de la jubilación. Al iniciar una jubilación prematura o viceversa al retrasar la jubilación por edad, se compensan las ventajas y desventajas de una percepción prematura o tardía de la jubilación. Para dar un ejemplo: quien decide percibir la jubilación un año antes de alcanzar la edad normal de pensión tiene que tolerar una reducción en su pensión mensual un 0.3 por ciento, que corresponde a un 3.6 por ciento anual. Quien sin embargo retrasa su jubilación por un año después de los 65 años de edad cumplidos recibe un 0.5 por ciento mensual más, o sea la pensión anual aumenta un 6 por ciento.

Con respecto al inciso b): el factor de tipo de pensión es un valor matemático de seguros, que varía de acuerdo a cada tipo de pensión para alcanzar diferentes niveles de seguridad. Para la edad de jubilación el factor vale 1 y por lo tanto no merece mayor explicación.

Con respecto al inciso c): el valor actual de la pensión implica que las pensiones no se paguen con base al ingreso de hace 20 o 30 años, sino considerando la situación actual del ingreso y de las cotizaciones. Por lo tanto,

el valor actual de la pensión corresponde a una pensión de jubilación mensual, si para un año natural las cotizaciones se pagaron con base al salario promedio. Para el año 2011 el valor de la pensión es de 27.20 € (para la zona de la antigua Alemania del Este corresponde a 24.13 €).

La multiplicación de los tres componentes anteriormente mencionados es igual a la mensualidad de la pensión tal y como se indicó. Un ejemplo sencillo sería de la siguiente forma: suponiendo que un asegurado trabajó 45 años y que por cada año de ingreso percibía exactamente el ingreso promedio de todos los trabajadores. Si él inicia su jubilación con 65 años el factor de entrada sería 1 y el factor de pensión también corresponde a 1. Por tanto queda finalmente una multiplicación de 27.20 € por 45 que da igual a una pensión de 1.224 €.

La financiación de la jubilación procede de las cotizaciones de los asegurados, aunque los empleados y empleadores contribuyen cada cual con la mitad. La contribución actualmente asciende a 19.9 por ciento, o sea para cada parte le corresponden 9.95 por ciento. El desarrollo de los seguros de pensión es actualmente muy positivo debido al crecimiento económico. Por lo tanto se calcula que la contribución se puede reducir en el año 2013 a 19.3 por ciento.

### 3. Reformas de las pensiones

#### *A) Aumento de las edades del acceso a la pensión de jubilación*

Un elemento básico de las reformas al sistema de pensiones en el período indicado fue el aumento a las edades para percibir la pensión de jubilación. El cese en el trabajo debería ser retrasado y por lo tanto el plazo de la percepción de pensión sería acortado. No voy a dar todos los detalles del aumento de las edades de jubilación, sólo comentaré lo siguiente:

La edad normal de jubilación de 60 años para las mujeres nacidas después del 31.12.1939 será aumentada en intervalos mensuales hasta la edad de 65 años. A partir de 1 de enero del 2005 se alcanzó la edad normal de 65 años y para los nacidos a partir del año 1952 esta pensión de jubilación ya no se otorga. Algo similar ocurre con las pensiones por desempleo. La edad normal de 60 años para asegurados nacidos después del 31.12.1936 ha sido aumentada desde 1997 en intervalos mensuales a la edad de 65 años. Para el año de nacimiento de 1941 se alcanzará en diciembre 2011 la edad normal de 65 años y a partir del comienzo del año 2012 no existe más esta pensión. Con esta reforma se logra desahogar fuertemente a los

seguros de pensiones. La pregunta sobre si esta reforma es adecuada, es otra cuestión. Personalmente calificué la decisión tomada por las autoridades de aumentar la edad de pensión por desempleo con un visto bueno jurídico en 1996, como una destrucción única de la confianza dentro de la historia del sistema de pensiones alemán<sup>7</sup>. Trabajadores que en 1997 estaban próximos a percibir su pensión, introducida durante la crisis de 1929 por desempleo, al cumplir 60 años estaban gravemente decepcionados. Fui defensor de algunos trabajadores de este caso ante la Corte Constitucional Federal, aunque sin éxito. En los tipos de pensiones restantes hubo parcialmente también aumentos significativos, tal es el caso de la pensión de trabajadores de largo plazo, donde la edad de jubilación fue aumentada de 62 a 67 años.

Lo más polémico es el aumento de la edad normal de inicio de la jubilación regular de 65 a 67 años acordado en la reforma del año 2007<sup>8</sup>. La ley fue aprobada durante el tiempo de la gran coalición de los demócratas-cristianos y de los social-demócratas. El aumento se inicia a partir del 1 de enero del 2012 y debe realizarse por lo pronto aumentando un mes por año hasta el tener 66 años cumplidos y a partir del año 2024 (año de nacimiento 1959) a dos meses hasta cumplir los 67 años. Las autoridades decidieron de manera consciente esta alza para que las personas puedan adaptarse a la nueva situación.

De hecho, la reforma es muy controvertida. El partido social-demócrata desde que está en la oposición ha reconocido que, por fuertes presiones de grupos de miembros, no quiere continuar con su apoyo a esta reforma. Se argumenta que para diferentes grupos de profesión u oficios la vida laboral hasta los 67 años es inadmisibile. Este argumento es válido especialmente para ramas en las cuales se utiliza mucho la fuerza corporal. Igualmente grave es el argumento de la falta de posibilidades de empleo. Muchos trabajadores aunque tengan la voluntad de hacerlo no podrán encontrar trabajo en esta etapa de su vida. A pesar de algunos logros en las políticas del mercado laboral, la cantidad y el porcentaje de empleo de trabajadores mayores es muy modesta. La situación de ocupación para el año 2009 se ve de la siguiente forma:

7 Fuchs/Köhler, Verfassungswidrigkeit der vorgezogenen Anhebung der Altersgrenzen bei der Rente wegen Arbeitslosigkeit, Die Sozialgerichtsbarkeit, 2002, págs. 645 ss.

8 Sobre esta reforma y todos los problemas anudados, Informe del Gobierno, Beschäftigungssituation Älterer, ihre wirtschaftliche und soziale Lage und die Rente ab 67, Bundestagsdrucksache 17/169. Vid. también Ministerio de Trabajo e inmigración, Revista de Actualidad No 101, 2007, donde se discute sobre el aumento de la edad de jubilación.

EDAD (EN AÑOS)	TRABAJADORES CON OBLIGACIÓN A ESTAR EN LA SEGURIDAD SOCIAL (EN MILLONES)	PORCENTAJE DEL TOTAL DE LOS TRABAJADORES
50-55	3.3	12.2
55-60	2.6	9.5
60-65	0.995	3.6
65 Y MAYORES	0.134	0.5

Por lo tanto, de acuerdo al argumento, el alza de la edad normal de jubilación es de hecho para muchos trabajadores una reducción en su pensión. También dentro de los demócratas-cristianos que se encuentran en el poder hay voces en contra de la nueva regulación por razones políticas del mercado laboral.

Las autoridades mismas han puesto de manifiesto su inseguridad con base a la aceptación y la admisibilidad de la regulación legal en un reglamento especial en la Ley de pensiones. Allí se determina que el gobierno federal debe informar a las autoridades legislativas a partir del año 2010 cada 4 años sobre el desarrollo del empleo de los trabajadores mayores y evaluar si el aumento de la edad mínima normal parece justificable y si la regulación adoptada pueden continuar en efecto, considerando el desarrollo de la situación del mercado de trabajo y de la situación económica y laboral de los trabajadores mayores.

### *B) Factor de sostenibilidad*

Con el llamado factor de sostenibilidad se ha abordado una de las reformas más significativas del derecho de pensiones. Ya en el año 1997 se introdujo un factor demográfico en la Ley de pensiones. La determinación del factor se realiza dependiendo del desarrollo de la esperanza de vida. Si aumenta la esperanza de vida y con ello la duración de los pagos de pensión, se garantiza frenar ese aumento a través de un factor.

Las autoridades adoptaron en el año 2004 una ley que lleva por título Ley de la Sostenibilidad de las Pensiones. Uno de los elementos básicos de esta ley fue la introducción de un factor de sostenibilidad<sup>9</sup>. Para comprenderlo mejor hay que aclarar lo siguiente. De acuerdo al sistema alemán de pensiones, las pensiones se ajustan cada año el 1 de julio. Las pensiones se pueden aumentar o congelar pero una reducción está excluida por ley. El ajuste se

9 Una análisis actuarial de este factor ofrece Schmähl, Von der Ergänzung der gesetzlichen Rentenversicherung zu deren partiellem Ersatz: Ziele, Entscheidungen sowie sozial- und verteilungspolitische Wirkungen – Zur Entwicklung von der Mitte der 1990er Jahre bis 2009, in: Eichenhofer/Rische/Schmähl, op. cit., págs. 220 ss.

realiza a través del valor actual de pensión anteriormente explicado. Cada 1 de julio se determina un nuevo valor. En el pasado, el cálculo del valor actual de las pensiones se realizaba considerando los factores de cambio de los salarios brutos por cada trabajador y la tasa de cotización al seguro general de jubilaciones. El factor de cambio de los salarios brutos por cada trabajador se calcula al dividir el valor del año natural anterior entre el valor del año natural antepasado. Este tipo de cálculo es claro, ya que el seguro de pensiones funciona bajo el sistema de reparto, y con ello en dependencia con el desarrollo de los salarios, el valor actual de pensión debe ser calculado dependiendo del desarrollo de los salarios brutos. Igualmente, el factor de cambio de la tasa de cotización al seguro general de pensión debe ser calculado. La fórmula correspondiente es muy complicada por lo cual no voy a exponerla.

Mientras que, de acuerdo al derecho anterior, el valor actual resultaba de la multiplicación del valor actual de la pensión por los factores de cambio de los salarios brutos y la tasa de cotización al seguro general de pensiones, con el factor de sostenibilidad se introduce un nuevo multiplicador. Con el factor de sostenibilidad se incluye la tasa de dependencia de las personas mayores. Esa tasa debe afectar al ajuste de las pensiones. El factor de sostenibilidad refleja, además del desarrollo demográfico, también la situación en el mercado de trabajo y el número de jubilados nuevos. El ajuste será en el futuro más bajo entre más desfavorable sea la tasa de dependencia de las personas mayores o entre más alta sea la esperanza de vida.

El factor de sostenibilidad se calcula al multiplicar un parámetro  $\alpha$  por el cambio de cociente de jubilados en el año natural pasado con respecto al año antepasado menos el valor 1 y finalmente a este resultado se le agrega 1. El parámetro  $\alpha$  asciende a 0.25. Para quien como yo no es matemático de seguros no podrá entender los detalles del proceder matemático de esta complicada fórmula. Sin embargo, el mecanismo y el modo de acción se pueden comprender. El Ministerio de Trabajo responsable instaló la llamada comisión de sostenibilidad que tenía como tarea desarrollar un modelo para determinar el factor de sostenibilidad. El modelo de cálculo recién presentado y el parámetro  $\alpha$  con el valor 0.25 es el resultado del trabajo de esa comisión. En el 2004 se concluyó que, al tomar como base el método de cálculo anterior del factor de sostenibilidad, el ajuste de las pensiones reducirá las pensiones hasta el 2010 en un 0.9 por ciento y hasta el 2030 en un 7 por ciento. Se espera que la tasa de cotización del seguro de las pensiones para el año 2020 no sea mayor al 20 por ciento y para el año 2030 no mayor al 22 por ciento.

*C) Los subsidios federales*

En los seguros de pensiones siempre ha existido participación financiera por parte del Estado federal para asegurar la estabilidad de los seguros de pensiones. A través de dos reformas en los años 1992 y 1998 los subsidios federales fueron precisados sobre una nueva base. De manera similar como se ajusta el valor actual de la pensión, se ajusta también el subsidio en la relación en la cual los salarios brutos por trabajador en el año anterior natural son comparados con el salario bruto correspondiente del año antepasado. Al modificarse la tasa de cotización, se ajusta el subsidio federal adicionalmente con base en la relación en la cual la tasa de cotización del año para la cual se determina ha variado, comparada con la cotización del año previo.

Adicionalmente al subsidio general, cuyo desarrollo está marcado por una fórmula de cálculo clara, existe desde el año 1998 un subsidio federal. Este subsidio sirve – de acuerdo con la ley – para compensaciones globales de prestaciones no cubiertas por cotizaciones. En Alemania existe desde hace mucho tiempo una discusión sobre las llamadas prestaciones ajenas a los seguros. Con ello se denominan prestaciones que no son cubiertas por el llamado principio contributivo, es decir que la equivalencia de cotizaciones y prestaciones están cubiertas. Aquí se incluyen especialmente las prestaciones de la llamada compensación social. Los asegurados reciben, por ejemplo, por causas sociales por un tiempo definido en el cual no hicieron cotizaciones al seguro de pensión, algún valor bonificado como sería en algunos casos definidos de desempleo. Otro problema complejo y significativo es el de la compensación de las cargas familiares. El seguro de pensiones debe proveer, en discrepancia del principio contributivo, ventajas por razones familiares. El subsidio federal no cubre todos los gastos de estas prestaciones completamente, más bien se otorga una compensación global. La ley prevé un cambio en el subsidio global dependiendo del cambio en el impuesto sobre el valor añadido y los ingresos por la llamada reforma fiscal ecológica (empresas que requieren mucha energía pagan un impuesto ecológico). Para darles una idea el subsidio general ascendió a 38.1 miles de millones de euros y el subsidio federal adicional a 18 mil millones de euros, en total 56 mil millones de euros, lo que corresponde a un 24.3 por ciento de los ingresos totales de los seguros de pensión.

#### 4. El seguro básico en la vejez

En el año 2001 el legislador introdujo el así llamado seguro básico en la vejez<sup>10</sup>. La decisión fue una reacción al hecho de que muchas personas mayores de 65 años vivían en la pobreza, pero no podían acceder a la asistencia social porque la asistencia podía recurrir a los recursos de los hijos. La regulación legal prevé que personas con 65 años cumplidos tienen derecho a prestaciones si no pueden sufragar sus costos de vida con sus bienes o derechos que deriven tanto del trabajo como del capital, o cualquier otra fuente sustitutiva de aquellos. Las prestaciones equivalen a la tasa estándar tal y como se determinan en la asistencia social, 364 € por persona y además el equivalente a gastos adecuados efectivos para casa habitación y calefacción. Otras prestaciones también son previstas para situaciones especiales de ayuda. Recurrir a los recursos de los hijos está excluido si su ingreso no es mayor a los 100 mil euros anuales. Una estadística de 2008 indica que 410,000 personas de 65 o mayores percibieron este tipo de apoyo. Esto corresponde a una tasa de 2.5 por ciento de las personas en este grupo de edad.

### IV. El plan privado de pensiones

#### 1. Requisitos legales de acceso y sujetos beneficiarios

En el año 2001 entró en vigor la Ley de Reforma de los Sistemas de Pensión Públicos y el Fomento de un Patrimonio de Previsión de Vejez Capitalizado. El título de la ley tiene un gran valor ilustrativo. Con esta ley se adoptaron una serie de medidas para estabilizar los sistemas de pensiones públicas. En vista de las dificultades de los sistemas de pensiones que se agudizaron con la reunificación alemana, las autoridades afrontaron el problema. Podrían haber conservado el nivel de pensiones lo que hubiera significado un aumento de las cotizaciones y con ello al mismo tiempo una carga considerable de la economía alemana, a través de los costos relacionados al salario. En esta situación, los legisladores para proteger la competitividad de la economía alemana, se vieron forzados a reducir los niveles de jubilaciones. Mientras el hasta ahora llamado pensionista ideal, o sea el que contribuyó por 45 años al sistema de pensiones, obtenía como

---

10 Vid. Blomeyer, Die „Riester-Rente“ nach dem Altersvermögensgesetz, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2001, págs. 913 ss.

pensión de jubilación el 70 por ciento del salario, se le fue reducida al 67 por ciento. La brecha que se creó de este modo debería ser cerrada a través de sistemas privados de pensiones. Los sistemas públicos de pensiones de reparto deberían ser complementados con un sistema de pensiones capitalizado privado, que para los individuos no debe ser obligatorio sino basado en una decisión voluntaria. No obstante, para incentivar este tipo de sistema de pensión se creó al mismo tiempo un sistema de promoción pública. Ahora quiero presentarles los elementos más importantes del nuevo sistema de pensiones, conocido como pensión Riester, porque fue desarrollada por el entonces ministro de trabajo Walter Riester, quien fue anteriormente vice-presidente del Sindicato de los obreros metalúrgicos.

El modelo está basado en la firma de un así llamado contrato de previsión de vejez. Este contrato puede ser firmado por cualquier persona que esté asegurada en el sistema público de pensiones. A los funcionarios del Estado se les da el mismo trato, para los autónomos existe una alternativa especial también promocionada con medios tributarios. La otra parte del contrato pueden ser empresas de seguros de vida, institutos de crédito, cajas de ahorros para la construcción y empresas de administración de capitales.

Para asegurar los intereses de los asegurados, la Ley determina gran parte de los sujetos del contrato y los contenidos de las prestaciones en el contrato de previsión de vejez. La ley de la certificación de las pensiones<sup>11</sup> realizada con este fin prevé, tal y como lo indica el título de la ley, asegurarse de que los asegurados se incorporen a un sólido sistema de pensiones. Parcialmente también ha sido criticado porque las especificaciones legales son demasiadas complicadas y burocráticas. Pero por otro lado, debemos reconocer que los intereses elementales de los afectados están en juego, por lo que un marco estricto y obligatorio parece justificado.

Las prestaciones del contrato de previsión de vejez deben prever una pensión vitalicia e independiente del sexo que no se puede pagar antes de cumplir los 60 años (aunque es otro el caso cuando un seguro facultativo de reducción de la capacidad laboral fue acordado). Una parte facultativa del acuerdo puede ser prestaciones a supervivientes.

Algunas características principales del contrato de pensión Riester son:

- La entidad aseguradora debe comprometerse que al inicio de la fase de pago al menos las cotizaciones realizadas deben estar disponibles.

---

11 Sobre los productos certificados, [www.driv-bund.de](http://www.driv-bund.de) y [www.bafin.de](http://www.bafin.de).

- Las prestaciones mensuales deben realizarse en una pensión vitalicia o pago en abonos en el marco de un plan de pago.
- Una regulación especial es válida para la vivienda propia utilizada por sí mismo.
- Los costos de venta y adquisición deben ser repartidos en los primeros cinco años del contrato si es que no son restados como porcentaje de las cotizaciones al sistema de pensiones.
- El contrato de jubilación solo puede ser utilizado por la entidad aseguradora si antes es aprobado por la oficina de certificación que le corresponde.

## 2. Requisitos para acceder a la promoción (subvención) pública

Cuando el contrato de previsión de vejez cumple los requisitos antes mencionados existen dos posibilidades de subvenciones públicas<sup>12</sup>:

### *a) Subsidio*

Requisito para que se otorgue completamente el subsidio es que el asegurado pague como mínimo el 4 por ciento de sus ingresos sujetos a contribución del año natural anterior, que sirven como base para calcular las cotizaciones del seguro de pensiones. El máximo de contribución anual asciende a 2100 €.

Si el asegurado paga la cotización mínima, recibe una ayuda estatal de 154 € anuales. Esta cantidad aumenta a 200 € si el asegurado no ha cumplido los 25 años. Se quería así generar un incentivo específico para personas jóvenes para que se formaran tempranamente una pensión de este tipo. Los asegurados que reciben un subsidio familiar por hijos reciben adicionalmente por cada hijo una ayuda anual de 185 € que aumenta para niños nacidos después del 31 de diciembre de 2007 a 300 € anualmente.

### *b) Deducción fiscal*

El derecho fiscal alemán prevé que las cuotas de seguros privados y públicos se puedan deducir hasta cierto punto. Esta regulación fue ampliada también a las cotizaciones a la Pensión Riester. Si se otorga un subsidio o una deducción fiscal se determina dependiendo en qué forma la subvención es más provechosa para el asegurado. La decisión sobre cual forma aplicar la toma la Administración Tributaria correspondiente.

---

12 Sobre los elementos tributarios de la legislación vid. Lindberg, Die steuerliche Förderung der privaten kapitalgedeckten Altersvorsorge durch das Altersvermögensgesetz, Deutsches Steuerrecht, 2001, págs. 2054 ss.; págs. 2099 ss.

La aceptación de la Pensión Riester ha aumentado continuamente. En el año 2001, en el cual se introdujo la Pensión Riester, se suscribieron 1.4 millones de contratos de previsión de vejez. En el 2006 eran ya 8 millones y al finalizar el año 2010 ascendían a 13.8 millones de contratos. Sin embargo se constata que muchos asegurados aún no han solicitado los subsidios, por lo que se puede concluir que los mecanismos de apoyo fiscal deben ser formulados de manera sencilla y no sólo para expertos fiscales para que puedan ser aprovechados por amplios estratos sociales.

## V. Reforma a las pensiones en Francia

El hecho de que Francia haya adoptado dos significativas reformas en la primer década del tercer milenio es conocido por muchos de ustedes. Todos recordamos las tempestuosas protestas que se asocian a la reforma del 2003 y las imágenes de los enojados manifestantes en el año 2010. Mi tarea no es evaluar la justificación o falta de ella de estas manifestaciones. La razón por la cual las reformas en el sistema de pensiones franceses han sido acompañadas de protestas masivas depende probablemente de que no se intentó alcanzar un consenso más allá de los partidos sobre la necesidad y el contenido de las reformas.

Comencemos con la reforma del año 2003 y la famosa Loi Fillon<sup>13</sup>. Me voy a concentrar en el sistema general de jubilaciones. Como ustedes saben, Francia tiene un sistema de jubilaciones muy fragmentado manejado por diferentes cajas. Una meta de las reformas tanto del 2003 como la del 2010 era introducir una cierta armonización de los diferentes sistemas. Sin embargo, yo no me ocuparé de este tipo de problemas.

La meta central de la Loi Fillon era la estabilización del sistema de pensiones de jubilación. El medio elegido para lograr este objetivo consistió en esfuerzos para prolongar el tiempo de vida de trabajo, a través de extender el periodo de seguro para alcanzar una pensión completa. La edad de acceso a la pensión de jubilación no fue modificada. Para alcanzar esta meta simultáneamente se prohibió que las empresas pudieran obligar a un trabajador menor de 70 años a solicitar una pensión anticipada. Tanto para la reforma del 2003 como para la del 2010 es necesario tener presente la fórmula de pensión por jubilación de acuerdo al derecho francés:

---

13 Dupeyroux/Borgetto/Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, 16a edición, Paris 2008, págs. 243 ss.

$$P = (\text{Cuota de cálculo de pensión}) \times (\text{salario promedio}) \times (\text{tiempo del seguro})$$

Cuota de cálculo de pensión: si el número completo de trimestres asegurados requeridos por la legislación es alcanzado, la cuota alcanza el 50 por ciento. El salario promedio se calcula de acuerdo al ingreso anual promedio de los mejores años determinados por la Ley. A través de la Loi Fillon se definió el aumento paulatino de los mejores 10 años a los mejores 25 años. La cifra 25 se alcanzó para el año de nacimiento 1948 en el año 2008. En concordancia con la meta de prolongar el tiempo de vida laboral la Loi Fillon aumentó paulatinamente el periodo de cotizaciones al seguro para obtener una pensión completa. Si hasta ese momento se requerían 150 trimestres, a partir del año 2004 se aumentaron 2 trimestres, para alguien nacido en 1944 serían 152 trimestres y así sucesivamente, hasta finalmente alcanzar en el año 2008 un total de 160 trimestres para alguien nacido en el año 1948. La Loi Fillon ya prescribió un siguiente aumento para el período entre 2009 y 2012. Para un asegurado nacido en el año 1949 a partir del 2009 se requieren 161 trimestres y a partir del 2012 para alguien nacido en el año 1952 deben ser 164 trimestres. También antes de alcanzar la edad general de inicio de jubilación de 60 años las personas pueden obtener una pensión completa, si iniciaron su actividad laboral con 14, 15 o 16 años y pueden comprobar 168 trimestres de aportaciones al seguro de pensiones.

También se modificaron el porcentaje reductor y el porcentaje adicional al percibir de manera prematura o retrasada la pensión. El porcentaje reductor se redujo de 1.25 por ciento por trimestre en el año 2004 a 0.625 por ciento en el año 2012. Los porcentajes adicionales están definidos en un 0.75 por ciento desde el primero hasta el cuarto trimestre hasta el año 2008, un por ciento para los trimestres adicionales y 1.25 por ciento después de los 65 años de edad cumplidos. A partir del 2009 cada trimestre adicional se compensará de manera uniforme con un 1.25 por ciento adicional.

Con la reforma Fillon el gobierno se ha impuesto al mismo tiempo una obligación a sí mismo: que es garantizar a todos los pensionistas una pensión mínima equivalente al 85 por ciento del salario mínimo oficial.

Ahora continuemos con la segunda gran etapa de reformas del año 2010 promovidas por la ley del 10 de noviembre del 2010<sup>14</sup>. La reforma

---

14 Vid. Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé, Loi no 2010-1330 du 9 novembre 2010: Réforme des retraites, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do>.

del sistema de pensiones debe ser considerada desde el siguiente aspecto: en el año 2010 los gastos por 16 millones de pensionistas con una pensión promedio de 1.400 € (para aprox. el 60 por ciento de los pensionistas ascendía a 1700 € por un tiempo de vida laboral completa) ascendían a 279 miles de millones de euros, lo cual corresponde a un 14.4 por ciento del producto interno bruto. El déficit del sistema global de pensiones fue de 32 mil millones de euros, que equivale a 1.6 por ciento del PIB. Especialmente negativo es el cociente de jubilados: a un jubilado corresponden 1.8 contribuyentes. Para el año 2050 se espera reducirlo a 1.2 contribuyentes por jubilado. La esperanza de vida de una mujer actualmente consiste de 27 años más, el de un hombre 24.5 años adicionales. Mientras en Europa la edad promedio de inicio de jubilación corresponde a 61.2 años el promedio en Francia es de 59.4 años.

Mientras la reforma de la Loi Fillon puso énfasis en la prolongación de la vida laboral y con ello la duración del seguro, la ley de noviembre 2010 se concentró en aumentar la edad de acceso a la pensión<sup>15</sup>. La edad hasta entonces de 60 años para los nacidos a partir de 1 de julio de 1951 será aumentada cuatro meses por año a partir de 1 de julio del 2011. La edad prevista de 62 años se alcanza para los nacidos en el año 1956. Igualmente se aumentó la edad requerida para percibir una pensión completa: la edad normal se aumenta a los 67 años para las personas nacidas después de 1 de julio de 1956. Para los nacidos anteriormente esta cuestionable edad se va a aumentar paulatinamente cuatro meses por año. Eso quiere decir que para personas nacidas a partir de 1 de julio de 1951 la edad normal consiste en 65 años y cuatro meses, para personas nacidas un año después, 65 años y ocho meses y así sucesivamente. Al mismo tiempo, el periodo de cotización para obtener la pensión completa fue elevado. Para los nacidos en el año 1953 y 1954 es de 41 años y un trimestre.

Mientras las medidas bosquejadas sirvieron para estabilizar los seguros de pensiones y se realizaron a costa de los asegurados, al mismo tiempo, la reforma adoptó medidas en favor de los asegurados. Se trata de cambios favorables para los asegurados que, debido a una actividad de naturaleza penosa, han visto mermada su capacidad laboral. La idea de una compensación para trabajos de riesgo es común en diferentes ordenamientos jurídicos. También en la Ley española este concepto está presente en la ejecución de trabajos de riesgo (penosos, peligrosos o tóxicos), que implica

---

15 La revista *Droit social* ha dedicado el número 697 (marzo 2011) a la reforma de los pensiones en Francia. Ver los contributos de varios autores.

cambios en la edad normal de jubilación. Las autoridades legislativas francesas estructuraron las ventajas de tal forma que dependen del ejercicio de trabajos de riesgo determinados por Ley o Decreto y que deben ser llevadas a cabo por un cierto período de tiempo. Además, las ventajas de jubilación dependen también de que la capacidad laboral sea reducida en al menos 20 por ciento y deben ser imputadas a un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. El mismo trato se le da al caso en que se de sólo una reducción de la capacidad de trabajo permanente del 10 por ciento, donde el asegurado estuvo expuesto a riesgos particulares en un tiempo determinado por el Código del Trabajo y que se pueda comprobar que la reducción de la capacidad laboral está en relación directa con la exposición a estos riesgos laborales. Si todos los requisitos son cumplidos de manera acumulativa entonces el afectado puede solicitar una pensión con 60 años y tiene el derecho de una pensión completa aun y cuando no haya cumplido todos los requisitos requeridos por la ley de duración de cotizaciones.

## VI. El segundo pilar: la previsión de la vejez empresarial

Quisiera hacer algunas aclaraciones breves sobre el llamado segundo pilar, previsión de la vejez empresarial. En Francia existe desde hace tiempo un sistema obligatorio de pensiones adicionales, que funciona bajo el sistema de reparto<sup>16</sup>. Las cuotas se restan directamente del salario y su monto se define de acuerdo al nivel salarial: 7.5 por ciento para bajos salarios (4.5 por ciento financiados por el trabajador y 3 por ciento por el empleador) y 20 por ciento para ingresos superiores (12 por ciento trabajador, 8 por ciento empleador). La pensión adicional constituye aproximadamente un tercio del total de la jubilación de un trabajador.

En Alemania existen desde hace tiempo formas de previsión de la vejez empresarial, cuya adopción depende de la voluntad del empleador<sup>17</sup>. En relación a la ley de la Pensión Riester, las autoridades legislativas les otorgaron a los trabajadores un derecho de conversión de parte del salario para crear una previsión de la vejez empresarial. Cada trabajador puede exigir que el 4 por ciento del límite de cálculo de la contribución al seguro ge-

---

16 Cfr. Droit de la Sécurité sociale en France: Loi Fillon, Agirc et Arrco, Contribution pour le remboursement de la dette sociale, Paris 2000.

17 Cfr. para una información comprimida Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6a edición, München 2008, § 29.

neral de pensiones (= 220 € mensuales) sean restados de sus salario y por ejemplo utilizados para un fondo de pensión. Este componente salarial está libre de gravamen fiscal.

## VII. Observaciones finales

Si queremos, para finalizar, hacer un breve resumen derivado de la consideración de las reformas de pensiones en Alemania y Francia y de los conceptos del Libro Verde podemos hacer la siguiente afirmación. El aumento a la edad de acceso a la jubilación y la extensión del periodo de cotizaciones para percibir la pensión de jubilación son elementos decisivos para garantizar la estabilidad de los sistemas de pensiones, sometidos a fuertes presiones. Otra perspectiva de reforma es igualmente indispensable. La previsión de la vejez debe estar sustentada por varios pilares para alcanzar un nivel de pensión suficiente: de reparto y capitalizado. Cuál método de financiamiento y qué incentivos se establezcan debe ser una decisión unilateral de cada país.

Sin embargo, no se debe pasar por alto que la sostenibilidad no debe ser el único objetivo de las reformas. Pensiones de jubilación adecuadas deben ser una meta de igual prioridad. Leemos en el Libro Verde<sup>18</sup>: “la adecuación y la sostenibilidad son las dos caras de una misma moneda. Si existe el riesgo de inadecuación, puede haber una presión para que se produzcan incrementos ad hoc de las pensiones o una mayor demanda de otras prestaciones, lo cual pone en peligro la sostenibilidad. Del mismo modo, si un sistema de pensiones es insostenible, resultará inadecuado a largo plazo cuando sean necesarias correcciones repentinas. Por tanto, las cuestiones de la adecuación y la sostenibilidad de las pensiones deben analizarse conjuntamente.”.

Por eso quisiera seleccionar dos aspectos. El primero concierne el problema que en Francia fue discutido y resuelto bajo el término *penibilité*, un problema también conocido en el derecho de pensión español. No es posible aumentar la edad de jubilación sin considerar a las personas que realizaron una actividad que daña la salud a largo plazo. A ellos se les debe permitir una jubilación anticipada. En Alemania existen igualmente voces en este sentido. Desgraciadamente, las autoridades legislativas no han reconocido la legitimación de esta demanda.

---

18 Ver al punto 3.1. del Libro Verde.

El segundo aspecto problemático concierne la cuestión sobre la ocupación de trabajadores mayores. Quiero por eso concluir con una observación crítica de un autor francés sobre la reforma del sistema de pensiones en su país. El escribió que el problema de las edades mínimas de jubilación es sólo la punta del Iceberg pero su masa principal esta en otro lado, de hecho, principalmente en la mejora de las condiciones de trabajo y ocupación, en especial de los empleados mayores<sup>19</sup>. Se debe evitar que requisitos exagerados para obtener una jubilación se traduzcan en una reducción de la pensión de jubilación, si los trabajadores deben terminar su vida laboral en contra de su voluntad porque no encuentran trabajo. La política de empleo debe ser, por lo tanto, un componente importante de las reformas a los sistemas de pensiones en Europa.

La consideración de estos dos aspectos es indispensable si consideramos en serio la observación que la adecuación y la sostenibilidad son las dos caras de una misma moneda.

---

<sup>19</sup> Verkindt, *La réforme des retraites*, Droit social, 2011, pág. 256 (257).

## Capítulo 2

# Jubilación. Soluciones nacionales a un problema europeo

---

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA

*Grito en el silencio,  
callo en la algarada,  
Jose Luis Zúñiga Molleda (Autorretrato)*

- 1) El derecho comunitario se basa y fundamenta, esencialmente, en la cesión voluntaria de una parte de la soberanía de los Estados Miembros a la Unión Europea. Esta, en consecuencia, solamente puede legislar si, con anterioridad, la materia de que se trate se encuentra entre aquellas competencias que los Estados han decidido transferir a la Unión en régimen exclusivo o compartido. Los artículos de los Tratados, por tanto, pueden ser considerados como las cláusulas de un contrato Estados-Unión Europea que vincula a las dos partes signatarias.
- 2) En un trabajo de campo realizado por la Comisión en la década de los noventa, se consultó al ciudadano europeo sobre qué materias deberían quedar integradas en el ámbito competencial comunitario. La contestación sorprendió a los organizadores de la encuesta. En el último lugar, muy por debajo de cooperación, transporte, cultura o defensa, figuraban, con apenas un 20% de votos favorables, las áreas de sanidad y de seguridad social. El ciudadano europeo, con esta respuesta, dejó claro que estos campos deberían seguir siendo competencia nacional y que, en principio, la Unión debería abstenerse de buscar su uniformización o armonización. De hecho, si bien se ha avanzado en la coordinación

con los Reglamentos 1408/71 y su sucesor el Reglamento 883/04, la armonización de los regímenes de seguridad social es cuasi inexistente y solamente puede detectarse algún atisbo, cuando, indirectamente y de manera colateral, se ha legislado sobre seguridad e higiene en el trabajo (directiva de maternidad<sup>1</sup>) o sobre igualdad de trato hombre y mujer (directivas de igualdad de trato en la seguridad social<sup>2</sup>).

- 3) La realidad europea no es precisamente proclive a ensayos armonizadores en el ámbito de la seguridad social. En el panorama comunitario coexisten sistemas contributivos (modelo Bismarck) y otros no contributivos (Beveridge); sistemas que protegen a los trabajadores y otros que protegen a los ciudadanos; regímenes con pensiones variables en función de las cotizaciones y otros que otorgan pensiones de cuantía única; sistemas de reparto y de capitalización... En fin, no es posible hablar de un único modelo de seguridad social europeo ni las legislaciones de los Estados miembros comparten idénticos campos de aplicación material ni personal. Tampoco existe equiparación en cuanto a intensidad de la protección ni el nivel de gasto. De hecho, en Europa conviven Estados que invierten el 37% del producto interior bruto en protección social con otros Estados que no alcanzan el 15%. Se entenderá, por tanto, que la armonización de la seguridad social es, por el momento, una utopía virtual y sin indicios de materialización.
- 4) Aunque a nivel legislativo parece claro que no podemos hablar de armonización de seguridad social, los amantes de una Europa social no deberíamos caer en una depresión profunda y dejarnos arrastrar por nuestros lamentos en un ejercicio de autocompasión. En efecto, en el panorama europeo viene desarrollándose un concepto nuevo, complejo y de difícil definición al que denominamos “Método Abierto de Coordinación” (MAC). El principio en el que se basa este instrumento

---

1 Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

2 Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva de la principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social; Directiva 96/97/CEE del Consejo de 20 de diciembre de 1996 por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social; Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

es claro. No es posible una legislación comunitaria armonizadora en el ámbito de la seguridad social. Ahora bien, indirectamente, y teniendo en cuenta que los problemas y los retos son similares en todos los Estados, se puede tender a una especie de aproximación o convergencia de soluciones que aunque distintas sean intercambiables. El Método Abierto de Coordinación (MAC) se basa en la voluntariedad, en la subsidiariedad, en las buenas prácticas, en ejercicios de evaluación comparativa (con resultados positivos o negativos), en la elaboración de planes nacionales, en indicadores y, hasta en algunos casos, en directrices y recomendaciones. No se centra en normas vinculantes sino más bien actúa sobre la opinión pública y sobre la imagen de un Estado ante otros Estados y ante el conjunto de la sociedad europea. Se trata de lo que algunos autores denominan “*soft law*”. Jamás podrá establecerse, a través del método abierto de coordinación, por ejemplo, que la edad de jubilación deba incrementarse hasta los 67 años. Ahora bien, de los informes y análisis comparativos podrá colegirse la necesidad de adaptar la edad de jubilación, en su caso, a necesidades presupuestarias y financieras... No se intenta obligar sino convencer. Se detecta el problema, pero no se ofrecen soluciones únicas, porque, realmente, la decisión final compete exclusivamente a los Estados miembros. Como señala Vicente Pérez Menayo *“el método abierto de coordinación constituye un instrumento efectivo para llegar al consenso en la UE sobre la necesidad de proceder a reformas estructurales importantes y determinar objetivos estratégicos comunes en ámbitos de políticas clave, constituyendo un instrumento muy útil para intercambiar buenas prácticas y mejorar la coordinación de los Estados miembros.”*<sup>3</sup>

- 5) Dentro del Método Abierto de Coordinación (MAC), la seguridad social ha tenido una especial relevancia y preeminencia, destacando los ámbitos de sanidad, pensiones y prestaciones de dependencia. La entronización de la Seguridad Social en el MAC se alcanza cuando el Tratado de las Comunidades Europeas da carta de naturaleza al Comité de Protección Social y desarrolla sus competencias en el artículo 144 del TCE (actual artículo 160)<sup>4</sup>.

3 Vicente Pérez Menayo. “La calidad social, un nuevo paradigma de la Unión Europea”. Colección Estudios. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2005

4 Artículo 160. (antiguo artículo 144 TCE) *“El Consejo, por mayoría simple, previa consulta al Parlamento Europeo, creará un Comité de Protección Social, de carácter consultivo, para fomentar la cooperación en materia de protección social entre los Estados miembros y con la Comisión. El Comité tendrá por misión: supervisar la situación social*

- 6) Conviene tener en mente, en todo momento, lo que ha supuesto el MAC y sus implicaciones para poder llegar a comprender el proceso acompasado y sincrónico de las reformas de pensiones en casi todos los Estados miembros que, colectivamente, parecen haberse puesto de acuerdo a la hora de emprender las modificaciones legislativas que consideraban necesarias. A este respecto, realmente debemos seguir reiterando que la obligatoriedad no es un elemento del MAC. Bien es verdad que parece, analizando el panorama europeo, que una fuerza desconocida está presionando simultáneamente a todos los Estados para que revisen sus regímenes de seguridad social. Es posible que la fuerza exista y que deba encontrarse en las ignotas profundidades de lo que denominamos “el mercado”. En fin, no voy a entrar en disquisiciones y en territorios que me son ajenos. Lo que sí puedo afirmar es que el MAC, al haber puesto de relieve problemas comunes, ha podido influir notablemente en la búsqueda de soluciones. Y es que el MAC es un sistema respetuoso, casi tímido que sugiere pero no ordena y que no dictamina ni el cómo ni el cuándo.
- 7) Lo señalado en párrafos precedentes puede servirnos para hacernos más comprensible el sentido y finalidad de un documento de gran importancia, presentado por la Comisión Europea el 7 de julio del 2010, y que se denomina “Libro Verde de la pensiones en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros”<sup>5</sup>. No creo que haga falta explicar la técnica del Libro Verde-Libro Blanco porque de todos es conocida. La Comisión ha lanzado una gran consulta y ha suscitado un debate que ha tenido una respuesta masiva (más de 1.700 contestaciones, entre ellas más de 350 procedentes de los gobiernos de los Estados miembros, de los parlamentos nacionales, de las organizaciones empresariales, de sindicatos, de la sociedad civil y de representantes del sector de las pensiones). Aunque todavía no se conoce el resultado final (probablemente en el tercer trimestre del 2011

---

*y la evolución de las políticas de protección social de los Estados miembros y de la Unión, facilitar el intercambio de información, experiencias y buenas prácticas entre los Estados miembros y con la Comisión, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 240, elaborar informes, emitir dictámenes o emprender otras actividades en los ámbitos que sean de su competencia, ya sea a petición del Consejo o de la Comisión, ya por propia iniciativa. Para llevar a cabo su mandato, el Comité entablará los contactos adecuados con los interlocutores sociales. Cada uno de los Estados miembros y la Comisión designarán dos miembros del Comité.”*

5 COM (2010) 365 final

aparecerá el Libro Blanco sobre pensiones) quizás lo más importante esté ya hecho. El ciudadano europeo es consciente de que algo se está moviendo y que la parálisis y la inacción en el campo de las pensiones puede ser una enfermedad fatal e irrecuperable.

- 8) En su Libro Verde, la Comisión Europea parte de la idea de que las pensiones de jubilación deben aunar sostenibilidad económica y adecuación de la protección, constituyendo estos dos elementos dos caras de la misma moneda. Quizás todavía debamos debatir si economía y protección deben tener una relación coordinada o subordinada. Yo me abstengo en esta dialéctica. No obstante, nadie duda que la pervivencia e idoneidad de los regímenes de pensiones vaya a depender del equilibrio entre una y otra.
- 9) Como señala el Presidente de la Comisión, Jose Manuel Barroso, en la introducción del Libro Verde *“millones de europeos dependen por entero de sus pensiones. La crisis ha puesto de manifiesto lo importante que es el enfoque europeo de los sistemas de pensiones. Además, ha demostrado la interdependencia de los diversos pilares de las pensiones y, sobre todo, la importancia de contar con enfoques comunes de la UE en materia de solvencia y adecuación social. Tenemos que asegurarnos que las pensiones cumplen su cometido y ofrecen el máximo apoyo a los pensionistas de hoy y de mañana, especialmente a los de los grupos vulnerables”*.
- 10) Conscientes, los redactores del Libro Verde, de que cualquier proposición formal podía ser considerada como *casus belli* por unos Estados miembros celosos de sus competencias en el ámbito de las pensiones, se señala textualmente: *“el presente Libro no cuestiona las prerrogativas de los Estados miembros en materia de pensiones, ni el papel de los agentes sociales, y tampoco insinúa que exista un sistema de pensión ideal con un diseño válido para todos. Hay temas comunes que tienen que tratarse de manera coordinada para ser coherentes con la Estrategia Europea 2020. Para los ciudadanos europeos resulta crucial la existencia de unos sistemas de pensiones saneados y adecuados que permitan a cada persona mantener su nivel de vida, hasta un punto razonable, tras la jubilación. Los efectos del gasto público en pensiones sobre las finanzas públicas de un Estado miembro pueden tener repercusiones graves en otros. Se ha comprobado que la coordinación de las políticas de pensiones a nivel de la UE es útil y necesaria para avanzar a nivel nacional”*.
- 11) Entiende el Libro Verde, o mejor dicho sus redactores, y en esto co-mulga con “el mercado”, que el envejecimiento de la población ha sido

más rápido de lo esperado y que la crisis económica ha incidido en gran medida en los regímenes de pensiones. En los últimos 50 años, la esperanza de vida ha aumentado en la UE unos cinco años. Los pronósticos demográficos señalan que para 2060 podría producirse otro aumento de unos 7 años. Todo ello unido a una fertilidad muy baja (España, Polonia, Grecia e Italia, campeones de reducción de la natalidad) puede dar lugar a que la tasa de dependencia (actualmente 4 a 1) pase en 2060 a tan solo 2 a 1. Si a esto añadimos que la vida laboral a tiempo completo se inicia más tardíamente debido a las mayores necesidades de formación y que en muchas ocasiones la jubilación se activa prematuramente a causa de incidencias en el mercado laboral, podrá concluirse que actuar para mantener en los próximos años el binomio adecuación-sostenibilidad es imprescindible. Lamentablemente, la productividad, que puede ser la única fuente de crecimiento para 2020, no va a bastar para contrarrestar la probable reducción de la mano de obra de un futuro próximo. De hecho, se prevé que el gasto público relacionado con la edad, aumente en casi 5 puntos porcentuales del PIB para 2060, y la mitad de este aumento se deberá al gasto en pensiones<sup>6</sup>. Si además de esto se tienen en cuenta los cambios sociológicos de los hogares, cada vez más unipersonales y sin contacto inter-generacional, podremos colegir que la familia, red social por excelencia, va a dejar de jugar el papel decisivo a la hora de proteger a sus miembros en situación de necesidad. Esto va a conllevar un mayor gasto en las finanzas públicas, dado que el Estado se va a ver obligado a sustituir a la familia en este rol. A este respecto, el Consejo Europeo de Estocolmo de 2001 acordó una estrategia tridimensional consistente en: a) reducir la deuda rápidamente, b) aumentar las tasas de empleo y la productividad y c) reformar los sistemas de pensiones, de asistencia sanitaria y de cuidados de larga duración. El menú estaba servido. La preparación de los platos se deja a voluntad del chef.

- 12) Aunque, como se ha señalado con anterioridad, los regímenes de pensiones europeos destacan fundamentalmente por su variedad, pueden detectarse sin embargo algunos puntos comunes que, probablemente, generen convergencias futuras. En realidad, si bien en su origen los sistemas europeos de pensiones diferían notablemente, en la actualidad se está produciendo una aproximación motivada fundamentalmente por

---

6 En España el gasto en pensiones subirá 7 puntos sobre el PIB entre 2007 y 2060. Fuente: *Ageing Report 2009* [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/publication13782\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication13782_en.pdf)

una problemática similar. Por eso, las tendencias que a continuación vamos a relacionar son comunes a muchos Estados:

- incentivación y recompensa para la continuación en el trabajo de las personas mayores.
- penalización de jubilación anticipada.
- incremento de la edad legal de jubilación.
- equiparación en la edad de jubilación para hombres y mujeres.
- cálculo de las prestaciones no tanto en base a las retribuciones de los mejores años como a la media de las retribuciones a lo largo de la carrera laboral.
- desarrollo del segundo pilar y de los planes privados complementarios.
- apoyo financiero a los pensionistas más pobres.
- ampliación de los derechos a los grupos más vulnerables para el acceso a las pensiones (periodos de cuidado).
- potenciación de la responsabilidad individual.
- cobertura de los trabajadores atípicos.
- cobertura de las interrupciones involuntarias del empleo.

13) Por otra parte, la crisis económica ha puesto en peligro, especialmente, los sistemas de capitalización y los fondos de pensiones que, al estar relacionados con los vaivenes económicos, han perdido valor y sufrido pérdidas de consideración. En cambio, las pensiones públicas han actuado como estabilizadores automáticos y puede afirmarse que los actuales pensionistas han sido uno de los colectivos menos afectados por la crisis. No obstante, la crisis económica también va a incidir negativamente en el futuro de las pensiones públicas. En este sentido, la disminución prevista del crecimiento económico, la incertidumbre en cuanto al momento de la recuperación y las lagunas de cotización de muchos trabajadores en situación de desempleo pueden dejar huellas y hasta cicatrices en muchas pensiones que verán reducidas sus cuantías. Además, la crisis ha afectado directamente a los planes y proyectos de reforma preexistentes, obligando a resolver y dar una respuesta más inmediata a las deficiencias existentes y a los desequilibrios entre adecuación y sostenibilidad.

14) El propósito de la política europea en el campo de las pensiones sigue siendo asegurar unos ingresos adecuados a la persona jubilada. La base de esta política continúa centrándose en la solidaridad inter e intra-generacional. En este sentido, en las Conclusiones de la Presidencia del

Consejo de la UE del 23 de marzo de 2005<sup>7</sup> se recalca la necesidad de “*salvaguardar a largo plazo la sostenibilidad de las finanzas públicas fomentando el crecimiento y evitando la imposición de cargas excesivas a las generaciones futuras*”.

- 15) Se debe reconocer tal como hace el profesor Maximilian Fuchs en su ponencia que el periodo de tiempo en el que se disfruta la pensión de jubilación ha aumentado considerablemente. En la actualidad, alrededor de un tercio de la vida adulta suele pasarse jubilado y, probablemente, esta proporción se incrementará sustancialmente teniendo en cuenta las expectativas de vida futura<sup>8</sup>. Además conviene resaltar una situación que contribuye a agravar aún más el problema: menos del 50% de las personas siguen trabajando a la edad de 60 años. A este respecto, ya en el año 2002 en el Consejo Europeo de Barcelona<sup>9</sup>, los Estados miembros asumieron el compromiso de retrasar en 5 años la edad real de cese en el trabajo. Además, uno de los objetivos de la Estrategia Europa 2020 es conseguir una tasa de empleo del 75%, lo que será imposible si no es con la participación activa de las personas de edad en el mercado de trabajo. La prolongación de la vida laboral, como reflejo del aumento de la esperanza de vida a lo largo del tiempo aportará un beneficio doble, niveles de vida más altos y pensiones más sostenibles.
- 16) Resulta casi imposible ofrecer una panorámica europea de los distintos sistemas de pensiones. Su origen, en cada Estado se basa en tradiciones, culturas y pactos. No obstante, se pueden resaltar una serie de rasgos comunes que, precisamente, se van potenciando a lo largo de las reformas emprendidas. Actualmente sería imposible hablar de un presente armonizado pero quién sabe si el futuro europeo no estará, por la vía de hecho, provocando una convergencia-armonización que equipare costes y beneficios. El método abierto de coordinación puede ser la respuesta y así se reconoce por parte de la Comisión Europea que señala<sup>10</sup>: “*se estima que el método abierto de coordinación en el ámbito social es el*

---

7 Documento 7619/1/05 rev 1

8 España es probablemente con Francia e Italia el país europeo con una expectativa de vida más larga.

9 Conclusiones de la Presidencia española del Consejo Europeo de 15 y 16 de marzo de 2002. Documento SN 100/1/02 rev 1.

10 Informe sobre la consulta relativa al Libro Verde. Documento 6918/11 de 25 de febrero de 2011.

*instrumento adecuado para apoyar los esfuerzos de los Estados Miembros por reforzar la adecuación de pensiones”.*

- 17) Como la edad de jubilación ha sido uno de los temas más controvertidos en el anteproyecto de reforma de la ley española de Pensiones, quizás fuera conveniente realizar un análisis comparativo entre las distintas legislaciones. Así, encontramos que la edad de 67 años (en un horizonte futuro del 2025) comienza a ser la más común, sobre todo en aquellos países que han emprendido reformas. Dinamarca, Alemania, Francia, Suecia y Países Bajos ya han aprobado diversas disposiciones para alcanzar esta edad. Irlanda y Reino Unido apuntan a los 68 años. La tendencia es clara y sin embargo las reformas emprendidas no parecen suficientes. Así ya en Alemania el Consejo de los “Cinco Expertos” consultados por la Canciller Ángela Merkel propone que para el 2045 se establezca la edad de 68 años y en 2060 los 69. A este respecto, algunos encuestados en el Libro Verde más que poner el acento en el retraso de la edad legal de jubilación, remarcan la necesidad de actuar sobre la edad real de jubilación efectiva, y, a este respecto, se preguntan si las reformas están ofreciendo garantías para que los trabajadores de edad puedan continuar en el mercado de trabajo. Porque, finalmente, podría ocurrir que una persona que a determinada edad accedería a una determinada pensión de jubilación, no pueda, debido al incremento de la edad legal de jubilación, beneficiarse de esta prestación y tenga que acudir a los subsidios de desempleo, con lo que finalmente habremos substituido un problema por otro.
- 18) Por otra parte, en el año 2008, la edad real media de salida del trabajo por jubilación fue 61,4 años. España en este sentido con 62,6 está mejor posicionada que Francia, Alemania, Bélgica, Dinamarca y Austria, viéndose solamente superada por Reino Unido, Portugal e Irlanda.
- 19) Con respecto a las expectativas de vida, una persona con 65 años en España, según datos del 2008, alcanzaría, de media, los 84 años de edad. Solamente Francia e Italia nos superan en este campo y la tendencia continúa y se puede prever que en el año 2060 se incremente esta edad al menos en 5 años.
- 20) El periodo mínimo de cotización comienza también a converger. Así, Austria, Estonia, Grecia, Hungría, Lituania, Portugal, Eslovenia y Eslovaquia comparten con España la exigencia de 15 años de cotización. Alemania requiere solamente 5 y en Francia bastan con un trimestre. De los regímenes considerados del modelo Bismarck se salen de la lista, por exceso, la República Checa con 26 años y Polonia con 25 años.

- 21) Para terminar, una reflexión: la reforma de pensiones en España se enmarca dentro de un proceso de reforma europeo. No estamos solos. Podemos compartir los éxitos y los fracasos. Podemos utilizar las mejores prácticas y desechar las peores. Juntos valemos más y si el reto es europeo, la solución también lo debe ser.

# Capítulo 3

## Perspectivas de la reforma en España: su sostenibilidad

---

### Segunda ponencia

ANTONIO PÉREZ CARRASCO  
*Actuario de la Subdirección General  
de Estudios Económicos del INSS*

Este trabajo, mejor dicho, estas reflexiones que el autor de este trabajo se plantea quieren ser una especie de homenaje a la figura de D. Ángel Martín Municio. Este Ilustre Catedrático e investigador, Presidente de la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, y miembro de la Real Academia de la Lengua, ya fallecido en el año 2002. En la tercera página del diario ABC, edición sevillana, de fecha 30 de noviembre de 1998, el profesor Martín Municio comienza su artículo titulado “DE REBUS MATHEMATICIS” con el siguiente párrafo.

-Es a modo testimonio de la unidad del conocimiento lo que el título pretende. Puede que alguien le parezca una cursilería: pero, seguramente, serán menos los que así piensen entre los interesados en hacer desaparecer las costuras del saber de nuestro tiempo. Porque no se trata de resolver ecuaciones diferenciales ni de que cualquiera intente alcanzar formalismos matemáticos o manipulaciones simbólicas; si de acabar con la jactancia y el desdén de las “cultas” gentes anaméricas, y, sobre todo, de apreciar la importancia cultural y la belleza creadora de las matemáticas. Y sin duda, alguna, porque las matemáticas son, a la vez, tema atractivo para la reflexión ociosa y singular ejercicio de la mente, instrucción fundamental para nuestro comportamiento cotidiano y conocimiento imprescindible para la

comprensión del mundo. No en balde, don Quijote recomendaba: "... ha de saber las matemáticas, porque a cada paso se le ofrecerá tener necesidad dellas..." Y el mismo Salinas atestiguaba. "... el vocablo matemático, muy particularmente para aquellos que no saben toda la complicación, misterio y hermosura de la matemática, es el Tribunal Supremo de todas las causas".-

Según vaya avanzando este trabajo, y siempre que venga a cuento me permitiré recordar trozos de este maravilloso artículo, en la forma por supuesto pero mucho más en el fondo.

No podemos comenzar este trabajo sin hacer una referencia, aunque esta sea breve, de la normativa que regula la financiación de nuestro sistema de Seguridad Social, brevedad que supone centraremos únicamente en la descripción de la financiación al régimen General de la Seguridad Social, régimen mayoritario de encuadramiento de los trabajadores por cuenta ajena de nuestro país.

En el ámbito temporal en la regulación de las normas vigentes en el ejercicio del año 2011.

La financiación está basada en las cuotas aportadas por trabajadores y empresarios. Cuotas que son el resultado de aplicar a la llamada base de cotización, el tipo correspondiente dependiendo de la contingencia a cubrir<sup>1</sup>. Desde un punto de vista operativo hablaremos de dos partes:

1. Para determinar la base de cotización correspondiente a cada mes por las contingencias comunes en el Régimen General, se aplicarán las siguientes normas:

Se computará la remuneración devengada en el mes a que se refiere la cotización.

A la remuneración computada conforme a la norma anterior se añadirá la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias establecidas y de aquellos otros conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tengan carácter periódico y se satisfagan dentro del ejercicio económico correspondiente.

Si la base de cotización que resulte de acuerdo con las normas anteriores no estuviese comprendida entre la cuantía de la base mínima y de la máxi-

---

1 Contingencias a cubrir que responden al desarrollo histórico de nuestro sistema de Seguridad Social, según la cual cada contingencia disponía de la financiación que le proporcionaba un tipo de cotización específico. En la actualidad no puede afirmarse que se cumpla el principio de "a cada riesgo o contingencia un tipo de cotización específica", pues la normativa sobre financiación, en sus aspectos básicos, prácticamente no ha variado desde la aplicación de los Pactos de la Moncloa, y la cobertura de las prestaciones sí.

ma, se cotizará por la base mínima o máxima, según que la resultante sea inferior a aquélla o superior a ésta.

Las mismas normas, con alguna particularidad específica, se emplean para determinar la base de cotización correspondiente a cada mes por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

El tope máximo de la base de cotización al Régimen General será, a partir de 1 de enero de 2011, de 3.230,10 euros mensuales.

El tope mínimo de cotización para las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional será equivalente al salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementado por el prorrateo de las percepciones de vencimiento superior al mensual que perciba el trabajador, sin que pueda ser inferior a 748,20 euros mensuales.

A partir de 1 de enero de 2011, los tipos de cotización al Régimen General serán los siguientes:

1. Para las contingencias comunes, el 28,30 por 100, del que el 23,60 por 100 será a cargo de la empresa y el 4,70 por 100 a cargo del trabajador.
2. Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se aplicarán los tipos de la tarifa de primas a cargo exclusivamente de la empresa, tipos establecidos en función del riesgo del sector laboral de la empresa y del puesto de trabajo de sus trabajadores.

Por último existen tipos de cotización adicionales, para desempleo, formación profesional (con cargo a trabajadores y empresarios) y para el Fondo de Garantía Salarial (con cargo exclusivamente de la empresa).

La información descrita hasta el momento podemos sintetizarla en el siguiente cuadro, en donde se muestran los tipos de cotización para las diferentes contingencias, anteriormente descritas. La cotización para contingencias profesionales, la estimamos en el 2,10%. Esta constituye un posible tipo de cotización dentro de la gran cantidad de posibilidades; pues la cotización para este tipo de contingencias se establece en función del riesgo de accidente o enfermedad profesional que poseerá el sector laboral donde el trabajador se halle encuadrado.

CUADRO Nº I			
AÑO 2011			
IMPORTE SALARIO MÍNIMO	641,40€		
BASE DE COTIZACIÓN MÍNIMA	748,80€		
BASE DE COTIZACIÓN MÁXIMA	3.230,10€		
TIPOS DE COTIZACIÓN			
	EMPRESA	TRABAJADOR	TOTAL
POR CONTINGENCIAS COMUNES	23,60%	4,70%	28,30%
DESEMPLEO	5,50%	1,55%	7,05%
FONDO DE GARANTÍA SALARIAL	0,20%		0,20%
FORMACIÓN PROFESIONAL	0,60%	0,10%	0,70%
POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES (*)	2,10%		2,10%
	TIPOS TOTALES	32,00%	6,35%
			38,35%
(*) tipo de cotización estimado			

Fuente: BOE y elaboración propia

En la parte superior del cuadro aparece asimismo información sobre el importe de las bases mínimas y máximas de cotización, correspondientes al ejercicio del 2011; como asimismo el importe del salario mínimo establecido para el citado ejercicio.

Las cuotas a ingresar a la seguridad social será el resultado de multiplicar la base de cotización correspondiente, dentro del rango que va de la base mínima a la máxima, por tipo de cotización correspondiente.

Esta exposición tiene que desarrollarse necesariamente en tres tiempos; un antes, un ahora y un futuro. El conocimiento del pasado, mejor dicho siendo conscientes de lo que ocurrió en el pasado huyendo de todo tipo de dogmatismo, constituye la única herramienta válida que nos indique donde estamos y por tanto a donde podemos llegar. Bien entendido que en toda previsión humana siempre va a existir un margen de error, pero siempre será menor si sometemos nuestro pensamiento a la disciplina de la lógica, intentando utilizar en cada momento la disciplina científica más adecuada al tema que nos ocupa, sin que esto signifique exclusividad. El mejor planificador se equivoca, utilizando términos futbolísticos puede que un gran entrenador no consiga que su equipo consiga el campeonato,

podría terminar segundo o tercero; pero si no realiza ninguna planificación seguro que consigue los mismos puestos, pero dando la vuelta a la tabla de clasificación.

El análisis del pasado de nuestro sistema de protección social suele comenzar con el momento en que se promulga y desarrolla la ley de accidentes de trabajo. Comienza por lo tanto en los primeros años del siglo xx. Para no extendernos en este trabajo realizaremos el análisis histórico desde la firma de los llamados pactos de la Moncloa. Estos pactos firmados por los nuevos dirigentes políticos surgidos de la transición democrática obedecen a la necesidad de hacer frente a la crisis económica de nuestro país padecía desde 1973 con la llamada primera crisis del petróleo. Desde octubre de ese año 1973 a la firma de los pactos, tanto la dictadura como los gobiernos de la transición habían sido incapaces de tomar medidas eficaces para atacar la crisis; las necesidades políticas del proceso de transición eran en aquellos momentos prioritarias sobre cualquier otra consideración.

De los muchos acuerdos que se firmaron en los citados pactos nosotros nos centraremos en aquellos que supusieron las modificaciones de nuestro sistema de protección social y en la reforma de nuestro sistema fiscal, tanto en la imposición directa como en la indirecta.

La reforma que primero se realizó fue la de nuestro sistema de protección social, desde una doble perspectiva. Desde el punto de vista organizativo se crearon nuevas entidades gestoras y servicios comunes, suprimiendo las anteriores. Desde un punto de vista financiero se producen cambios en el procedimiento de cálculo de las bases de cotización con el propósito de que dichas bases se aproximaran el importe de los salarios reales.

La reforma desde un punto de vista organizativo supone la desaparición del Instituto Nacional de Previsión. Esta entidad pionera en España de protección social, gestiona en un primer momento el seguro de accidentes de trabajo en libre competencia con la iniciativa privada. Posteriormente asumió la gestión del primer seguro de vejez que se instaló en España, conocido en la terminología popular como seguro de la perra gorda en alusión a los 10 céntimos de peseta que había que abonar como cuota mensual. Era así mismo el organismo encargado de la recaudación de cuotas.

Desaparece en ese mismo momento las Mutualidades Laborales, entidades que tenían como misión completar las prestaciones básicas que proporcionaba el Instituto Nacional de Previsión. No solo completaban las prestaciones básicas sino que en algunos casos actuaban en competencia con las prestaciones del citado instituto. Su organización en sectores labo-

rales, en un país en transformación con un gran número de trabajadores que pasaban de la agricultura a la construcción a la industria, o a los servicios provoca grandes desequilibrios en las citadas mutualidades. No hay más que recordar que en aquellos años se desarrolla el turismo. Estos movimientos entre sectores laborales provocaron que se crease el Servicio del Mutualismo Laboral como verdadero ente distribuidor de fondos entre las mutualidades deficitarias, cuyo prototipo era la agraria, y las excedentarias.

Como consecuencia de las decisiones de los Pactos de la Moncloa aparece un nuevo modelo organizativo donde aparecen tres nuevas entidades gestoras: el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) como gestora de las prestaciones económicas, el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) gestor de la asistencia sanitaria, el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) como gestor de los servicios sociales. La cuarta entidad gestora el Instituto Social de la Marina (ISM), ya existente continúa su actividad como gestor de todas las prestaciones de los trabajadores del mar.

Al mismo tiempo se crean dos servicios comunes que prestarán sus servicios a las citadas entidades, la Tesorería General de la Seguridad Social (siguiendo el modelo de caja única).

Una vez descritos los cambios organizativos, pasamos a analizar los cambios que se produjeron en la estructura financiera. El cambio más importante fue la supresión de la base tarifada y la base complementaria, y su unificación en una sola base de cotización.

La base tarifada era una base cuyo importe estaba ligado al salario mínimo. De esta base y el tipo de cotización establecido para ella, se obtenía la cuota correspondiente. De la base complementaria multiplicada por un tipo menor se obtenía la cuota por base complementaria. La suma de las dos cuotas daba como resultado la cantidad a ingresar. El proceso llevado a cabo a raíz de los Pactos de la Moncloa unifica estas dos bases en una sola denominada base de cotización.

Esta nueva base de cotización se mueva entre una cuantía mínima igual al salario mínimo (7/6 del importe del salario mínimo, y una máxima igual durante muchos años a 5 veces la cuantía mínima. La política de subir la cuantía del salario mínimo y por lo tanto la base de cotización mínima, muy por encima del resto de las bases de cotización, ha reducido esta relación desde hace alguno años.

Fijada una única base de cotización, el tipo de cotización por contingencias comunes se unifica en un porcentaje intermedio entre el que resultaba de la aplicación conjunta de la base tarifada y complementaria, porcentaje

que prácticamente no ha sufrido variaciones en todos estos años. En el ejercicio de 2011 este porcentaje es de un 28,3%.

En el orden temporal la segunda reforma introducida fue la de la imposición directa y dentro de esta aparece el nuevo impuesto estrella, el impuesto sobre la renta de las personas físicas. Este impuesto grava la renta de los individuos en función de sus ingresos, aplicando una escala de tipos creciente según sea su renta.

La tercera gran reforma afecto a la imposición indirecta, el nuevo Impuesto sobre el valor añadido (IVA) viene a sustituir al antiguo Impuesto Tráfico de Empresas. Este nuevo impuesto va a dotar a la Administración Tributaria de un mecanismo de control fiscal como nunca tuvo con anterioridad.

¿Fueron estos cambios positivos o no? No vamos a entrar en realizar juicios de valor sobre esta cuestión, nos limitaremos a poner de manifiesto algunas precisiones.

En primer lugar este modelo organizativo, que entra en vigor el día 1 de enero de 1979, pensado en su momento para la adaptación de los órganos gestores de la Seguridad Social a los mandatos constitucionales, tuvo en sus primeros momentos la virtud de cumplir todos sus objetivos. En pocos años las competencias del INSALUD y del INSERSO estaban completamente transferidas, sin que se produjeran excesivos problemas.

En segundo lugar tuvo el acierto de ser correctamente articulado pues se aprovechó para corregir determinadas disfunciones técnicas, como por ejemplo unificar la multiplicidad de cajas pagadoras o duplicidad en la asistencia sanitaria y de otras prestaciones.

En contrapartida la descoordinación provocada entre la nueva caja única Tesorería General y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, hizo que no se detectase a tiempo el fenómeno que se iba a producir como consecuencia de la subida de bases. Esta descoordinación y porque no decirlo una cierta falta de cultura financiera por parte de los Legisladores.

En aquel momento la norma legal que dictaba las normas para el cálculo de la base reguladora de la pensión de vejez, utilizaba únicamente las bases de cotización de los dos últimos años. La suma de estas 24 últimas bases de cotización dividida entre 28 (por efecto de las pagas extraordinarias).

Al resultado así obtenido se le aplicaba un porcentaje que empezaba por el 50% si el afiliado acreditaba al menos diez años de cotización. Si superaba los 10 años por cada uno de más el porcentaje se incrementaba en un 2% hasta alcanzar el 100% con 35 o más años de cotización.

Por último al resultado obtenido en el párrafo anterior se le aplica una reducción de 8 puntos porcentuales por cada año en que se adelanta la edad de jubilación, respecto a los sesenta y cinco años, definida como edad normal de jubilación. El rango de edades adelantadas, como norma general comienza en los 60 años, edad a la cual le corresponde un porcentaje del 60%, sigue con 61 años y 68% de porcentaje y así hasta 65 años con el 100% de porcentaje.

Es evidente que con los medios informáticos de entonces, y la información sobre las nuevas bases de cotización en otra entidad (Tesorería General), no directamente responsable del control de las bases de cotización declaradas sino de recaudar más, la manipulación de bases se facilitó tremendamente. No hay que olvidar que en toda operación financiera, donde se produzcan pagos que generen derecho percibir prestaciones económicas, esta se realiza a un tipo de interés, aún cuando no esté explícitamente convenido. Y en aquellos momentos se facilitó que determinados grupos, con posibilidad de incrementar sus bases de cotización los dos últimos años, accedieran a una pensión de jubilación muy elevada, en comparación con sus aportaciones.

Pero digamos que, además del no detectado efecto financiero, se dio otro fenómeno no tan difícil de detectar por los medios técnicos que entonces se disponía. En la explotación del censo de 1991 aparecen como censados, según año de nacimiento:

POBLACIÓN POR AÑO DE NACIMIENTO (CENSO 1991)			
AÑO NACIMIENTO	NÚMERO	DIFERENCIA AÑO ANTERIOR	AÑO CUMPLEN 65 AÑOS
EN 1925	385.839	8.021	1.990
EN 1924	377.818	12.484	1.989
EN 1923	365.334	4.622	1.988
EN 1922	360.712	27.551	1.987
EN 1921	333.161	20.574	1.986
EN 1920	312.587	46.495	1.985
EN 1919	266.092	4.670	1.984
EN 1918	261.422	16.929	1.983
EN 1917	244.493	10.844	1.982
EN 1916	233.649		1.981

Fuente: BOE y elaboración propia

Aunque estemos hablando de nacidos en esos años, que sobreviven en el año 1991, y aún a riesgo de que mis compañeros actuarios legítimamente me puedan mandar a la hoguera, pues a esas edades 75 años para los nacidos en 1916 y 66 años para el caso de los nacidos en 1925, no tener en cuenta la mortalidad distorsiona los datos finales, pero en aras de la claridad expositiva se puede sacrificar la precisión. Operando de forma correcta, esta diferencia puede que fuese un poco menor, y 2.000 o 3.000 personas de las nacidas en 1919, habrían fallecido el último año. Los números, aunque la diferencia entre estas dos generaciones sea 46 o 44 mil personas, pone de manifiesto un incremento de la natalidad o por lo menos un incremento de la natalidad que sucedió, al finalizar la 1ª guerra mundial y el año posterior 1919, año conocido como año de la gripe española, ya que a alguien había que echar la culpa. ¿Será este, buscar culpables, un rasgo de nuestra cultura?

La realidad es que como consecuencia de los años de privación con situaciones de hambruna durante el conflicto bélico dejaron el nivel de defensas de la población bajo mínimos y por tanto cualquier proceso gripal normal, se encontró con una población muy baja en defensas provocando una fuerte mortalidad.

Pasada la guerra y años posterior a esta, en los años 1920, 1921 y 1922 se produce un incremento de la natalidad respecto de los años anteriores. Pasan los años y llegamos a 1985, año donde estas generaciones cumplirán 65, 64 y 63 años respectivamente. Estas generaciones son mucho más numerosas que las anteriores, el efecto demográfico se suma al efecto del crecimiento de las bases. El resultado, el mayor incremento porcentual del gasto en pensiones que se dio en nuestro país.

La solución, absolutamente inevitable, elevar el periodo de cómputo para el cálculo de la base reguladora de 2 a 8 años, mediante un pequeño periodo transitorio. Esto permite un pequeño respiro a las arcas de la Seguridad Social.

Siguiendo al profesor Muncio, en su tercera página del diario ABC antes citada “No se trata, insisto de conocer los intrínquilis de calculo que ha llevado a los recientes noveles de química a simular el comportamiento de las moléculas y de las reacciones químicas, con la importancia que ello comporta para la investigación que va desde la astrofísica al diseño de nuevos medicamentos; si, de vislumbrar por un momento lo que sería, sin matemáticas, nuestro mundo, con las telecomunicaciones mudas, la circulación bloqueada, los ordenadores desarbolados y la *economía arruinada*.”

Pasan diez años desde aquel 1985, año en que se amplió a 8 años el periodo

de cómputo de la base reguladora de la pensión de vejez, estamos en 1995. El día 6 de abril se aprueba por el Congreso de los Diputados el documento “análisis de los problemas estructurales del sistema de seguridad social y de las principales reformas que deberán acometerse”, han nacido los pactos de Toledo.

Por razones de espacio no vamos a entrar en la consideración del contenido de todas las recomendaciones que en el documento de 1995 se desarrollaron. Su promulgación tenía como objetivo aliviar la presión a que estaba sometido el presupuesto de la seguridad social.

El objetivo de los pactos de Toledo, firmado en el año 1995, fue aliviar la situación presupuestaria de la seguridad social. ¿Cuál era la situación que presionaba al presupuesto diez años después de la primera situación comprometida de 1985? La acción conjunta de dos circunstancias.

Por el lado de los gastos la generación 1930 que en aquel año 1995, alcanzó los 65 años y posteriores hasta 1936, generaciones con una media de unas 450.000 personas por generación.

Por el lado de los ingresos el aumento del paro, que en el primer trimestre de 1995 alcanzó casi los 3,8 millones de personas y un año antes casi los 3,9 millones, con lo que esto supone de disminución de ingresos y aumento de gastos.

Precisamente la 1ª recomendación, separación y clarificación de las fuentes de financiación, separando las mismas según sean contributivas, cuya financiación corre a cargo de las cotizaciones sociales y no contributivas o universales (sanidad, servicios sociales, complemento a la pensión mínima...etc.). Esta recomendación puede considerarse aceptablemente cumplida, salvo en el caso del complemento a la pensión mínima, financiada parcialmente con mínimos.

Constitución de reservas, 2ª recomendación. Es quizás la recomendación estrella de dicho pacto. A día de hoy, el montante de las reservas constituidas, permite un cierto grado de maniobra. ¿Cómo fue posible que nuestro sistema de Seguridad Social, fuese capaz de generar excedentes en pocos años? Es evidente que existieron muchos factores, el aumento de la población activa con la llegada de emigrantes, desde luego que hizo aumentar los ingresos. La disminución del desempleo, que hizo disminuir los gastos en desempleo, es decir muchas medidas que hicieron del periodo que se inicia sobre 1995-1996 un periodo de expansión. Pero existió un gasto que se moderó e incluso llegó a bajar algunos años, y este gasto fue el de las nuevas altas de pensiones de jubilación. ¿A que se debió este hecho? En el cuadro siguiente podemos observar los datos del censo de 1991, don-

de aparecen el número de personas censadas en dicho año, según su año de nacimiento en el periodo que va de 1936 a 1943. Los españoles que no nacieron con motivo de la guerra y la posguerra hicieron que, en una estimación que no pretende ser rigurosa, aproximadamente 450,000 personas no nacieran en el periodo 1937-1942. Esto en términos de pensiones supondría, insisto en una aproximación nada rigurosa, que el sistema se ahorra en este proceso al menos unas 250.000 pensiones, cifra que viene a suponer una generación de pensionistas de aquella época:

POBLACIÓN POR AÑO DE NACIMIENTO (CENSO 1991)			
AÑO NACIMIENTO	NÚMERO	DIFERENCIA AÑO ANTERIOR	AÑO CUMPLEN 65 AÑOS
EN 1943	459.282	59.565	2.008
EN 1942	399.717	29.245	2.007
EN 1941	370.472	-93.270	2.006
EN 1940	463.742	154.184	2.005
EN 1939	309.558	-45.219	2.004
EN 1938	354.777	-48.434	2.003
EN 1937	403.211	-53.391	2.002
EN 1936	456.602	456.602	2.001

Fuente: BOE y elaboración propia

Pero no solo el artículo del profesor Martín Municio es fuente de inspiración y reflexión sobre el análisis cuantitativo de la realidad de numerosos fenómenos. En vista de esta sencilla exposición realizada en base a los datos suministrados por el Censo de Población del año 2001, me viene a la memoria la obra del profesor Roland Pressat, mejor dicho en el prefacio de su obra “El análisis demográfico“, donde el profesor Alfred Sauvy desarrolla una breve historia del análisis demográfico. En este prefacio afirma que el análisis demográfico ha seguido una trayectoria desigual y difícil. Durante el régimen liberal fue, lo mismo que la contabilidad nacional, casi totalmente descuidado, pues la sociedad estimaba que no era necesario conocerlo, ya que funcionaba mediante automatismos naturales que había que evitar tocar y a los que ni siquiera se debía saber cómo tocar.

Y, entretanto, pese a tal desapego, el registro civil seguía segregando cada año aquel precioso subproducto de una medida de salvaguardia social que son las estadísticas de movimientos de la población. En el arsenal de cifras de cuadros y de cuentas, estas figuran entre las más exactas e importantes y, no obstante, se acumularon año tras año sin ser verdaderamente aprovechadas.

Una conciencia más clara del problema hubiese conducido, mucho más rápidamente de lo que ocurrió, a la noción del reemplazo de las generaciones.

La demografía quizás haya sido víctima de su propio peso, de su inmensa importancia. Demasiado profundos para aparecer en la superficie de lo actual, los movimientos de la población no podían el efecto recibir la atención que se concedía a los precios, a los valores bursátiles, a las utilidades o, en última instancia, a la producción material.

Recomendación 7ª, integración de la gestión. Reconozco que como funcionario, tengo cierto sesgo a favor de esta recomendación. Hay que tener en cuenta que el organigrama de los organismos que tienen que ver con la Seguridad Social no parece el más adecuado. Después de la transferencia de la sanidad y de los servicios sociales a las Comunidades Autónomas, la única entidad gestora de cierta entidad que continua bajo el control de la Administración Central el INSS aparece tutelada por el ministerio de Trabajo. Como máximo responsable de la Seguridad Social la Secretaria de Estado de la Seguridad Social. ¿De toda la Seguridad Social? Pues no la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no. La separación entre el INSS y Tesorería, no permite realizar una correcta gestión de riesgos, y no debe de olvidarse nunca, se diga lo que se diga el INSS, es una compañía de seguros. El servicio de informática constituye una entidad aparte. Imagínense una empresa con esta estructura. Por fin la creación de la Agencia ha pasado a ser un tema prioritario.

Entre este periodo, la primera firma del Pacto de Toledo, y la actualidad, destacar dos hechos importantes. Como no podía ser de otra forma, una en el buen sentido, la ampliación del periodo de cotización a considerar para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, que pasa a ser de 15 años, en lugar de los 8 anteriores. La otra, no tan positiva más bien negativa, la regulación permisiva del adelanto de la edad de jubilación, a través de la figura de la jubilación parcial.

La historia de nuestro sistema, en lo que ha este modesto trabajo, toca a su fin. Nos encontramos en los momentos actuales en una situación de crisis, con unas generaciones entrantes que todavía no llegan a los 500.000 individuos pero, con unas pensiones medias superiores. ¿Cuál es la razón de que las pensiones medias sean cada vez muy superiores? Fundamentalmente por dos motivos.

El primero es la disminución del número de nuevas altas de jubilación del sovi, legislación que venía concediendo pensiones de cuantía fija y

muy reducida. De hecho la última generación que puede tener derecho a percibir pensión jubilación del SOVI es la que cumple 65 años el primer mes del año 2013.

En segundo lugar la cada vez menor proporción que suponen sobre el total de pensiones, las del régimen agrario y las del régimen de autónomos de trabajadores agrarios, pensiones de cuantía fija y no elevada.

El resultado, cada vez hay más porcentaje de pensiones del régimen general, y estas son de cuantía más elevada.

Centrémonos por tanto en el presente. Estamos en 2011 y por los datos de la EPA (encuesta de población activa) correspondientes al primer trimestre, la población en situación de desempleo, alcanza casi la cifra de 5 millones de personas. Esto supone que algo más del 20% de la población activa se encuentra en situación de desempleo.

¿Cómo es posible que se haya podido producir semejante deterioro del mercado laboral? Desde luego contestar a esta pregunta, de forma rigurosa, se sale de los objetivos de este trabajo. Por tanto nos centraremos en describir dos facetas que, a nuestro juicio, podrían constituir motivo para el debate creativo y multidisciplinario.

La primera faceta, se va a centrar en analizar el efecto conjunto que el cumplimiento conjunto de las normas que regulan la aplicación del impuesto sobre el valor añadido (IVA) por un lado, y las normas sobre cotización a la Seguridad Social.

Para ello partiremos de la información que suministran el cuadro siguiente:

### Tipos simulados de IVA y cotización a la Seguridad Social

TIPO COTIZACIÓN TRABAJADOR	6,35%
TIPO COTIZACIÓN EMPRESA	33,65%
TIPO DE IVA	18,00%

Fuente: BOE y elaboración propia

Con esta parámetros sobre un producto que contenga únicamente dos factores, un factor trabajo y otros factores en general, con importe brutos en ambos casos de 1.000 €.

Aplicando la normativa conjunta, vigente en nuestro país, a ambos factores veremos la diferencia que se produce entre el coste real del producto y el precio final del mismo. Bien entendido que la realidad de la empresa es

mucho más compleja que la que aquí exponemos, pero creemos que modelo simplificado ayuda a entender los parámetros fundamentales donde se mueve la empresa. Los resultados se pueden observar en el cuadro de página siguiente:

Los resultados se explican solos nuestro sistema de protección social se sostiene fundamentalmente con un impuesto que grava fuertemente al factor trabajo. En este ejemplo el factor trabajo es gravado de tal forma que por cada cien euros que recibe el factor trabajo, no llega a 60 los que percibe realmente el trabajador, 59,4%. Y esto con un sistema de producción que mantiene una relación igualitaria entre el factor trabajo y el resto de los factores. En todo el sector servicios, mayoritario en nuestra economía y en muchas otras economías, el factor trabajo tiene un peso considerablemente superior al 50% de este ejemplo.Ⓔ

#### Modelo de simulación en costes de la empresa por la acción conjunta del IVA y las cotizaciones sociales

EJEMPLO	FACTOR TRABAJO	OTROS FACTORES	TOTALES
1 importe neto	936,50	1.000,00	1.936,50
2 Seg. Social (trabajador+empresa)	400,00		400,00
3 IVA (importe neto)	168,57	180,00	348,57
4 IVA (doble imposición)	72,00		72,00
5 IVA suma total	240,57	180,00	420,57
6 total deducciones	640,57	180,00	820,57
7 precio total	1.577,07	1.180,00	2.757,07
8 importe neto / precio total	59,4%	84,7%	70,24%
OBSERVACIONES			
1	Los dos importes brutos son 1.000 €. El factor trabajo neto, se descuenta 6,35% cuotas		
2	Suma de las cuotas a cargo trabajador y empresa, sobre 1.000€		
3	IVA a cargo importe neto factor trabajo. El 18% sobre 936,50%		
4	IVA sobre el importe de la suma de cuotas de trabajador y empresa. En este caso la suma de cuotas trabajador y empresa, por importe de 400 €, se convierte en la base imponible del IVA, aplicado el 18%, da como resultado 72 €. Doble imposición		
5	Suma total del IVA aplicado a cada factor y a los dos		
6	Total deducciones aplicadas, bien por cotizaciones sociales, bien por IVA		
7	Precio total aplicar, bajo el supuesto de beneficio cero		
8	% neto que supone el coste sobre el precio total		

Fuente: BOE y elaboración propia

El resultado conjunto nos una relación entre el pago a los factores y el precio final, para una relación factor trabajo/otros factores unitaria es decir cada uno tiene un peso específico de un 50%, de alrededor de un 70%. La penalización del factor trabajo es evidente y dos o más combinaciones de factores de producción siempre se empleara aquella más intensiva en capital.

La segunda faceta responde tiene implicaciones económicas, es una faceta económica pero no solo económica, pues en este caso las implicaciones sociológicas tienen tanta o más importancia.

Para estudiar este punto de vista es necesario que profundicemos en la estructura de la empresa de nuestro país, como es la empresa en España. Entre las muchas fuentes estadísticas que podemos utilizar, en este trabajo hemos considerado que una de las más apropiadas lo constituye la información del número de empresas según estrato de asalariados. Esta información la elabora el Instituto Nacional de Estadística con carácter anual, utilizando para ello la información contenida en el Directorio Central de Empresas. Cada uno de los miembros de dicha estadística es un elemento activo en el mercado de trabajo, pues de ellos depende la demanda de puestos de trabajo. Los últimos datos corresponden al año 2010, son los siguientes:

NÚMERO DE EMPRESAS SEGÚN ESTRATO DE ASALARIADOS		
AÑO 2010	NÚMERO	% S/TOTAL ACUMULADO
SIN ASALARIADOS	1.774.005	53,09%
DE 1 A 2 ASALARIADOS	893.005	81,03%
DE 3 A 5 ASALARIADOS	318.155	90,70%
DE 6 A 9 ASALARIADOS	143.016	95,05%
DE 10 A 19 ASALARIADOS	88.396	97,73%
DE 20 A 49 ASALARIADOS	48.765	99,21%
DE 50 A 99 ASALARIADOS	13.745	99,63%
DE 100 A 199 ASALARIADOS	7.098	99,85%
DE 200 A 499 ASALARIADOS	3.374	99,95%
DE 500 A 999 ASALARIADOS	952	99,98%
DE 1.000 A 4.999 ASALARIADOS	651	100,00%
DE 5.000 O MÁS ASALARIADOS	101	100,00%
TOTAL	3.291.263	

De esta distribución puede afirmarse que nuestro país es un país de pequeñas empresas, según reconoce el propio INE, cuando afirma que “el número medio del tamaño, medido en número de asalariados, las em-

presas españolas se siguen caracterizando por su escasa dimensión. De la distribución nos llama la atención:

El elevado número de trabajadores autónomos, pues más del 50% de las empresas son trabajadores autónomos. Trabajadores autónomos forzados en muchos casos a ser autónomos.

Algo más de un 27% tienen 1 ó 2 asalariados, lo que significa que son empresas con dos o tres trabajadores, pues el empresario es un trabajador más.

Por último destacar que muy poco más del el 95% del total de las empresas tiene 9 ó menos asalariados. Como en el caso anterior, si consideramos al empresario como un trabajador más, significa que nuestro mercado de trabajo el 95% de las empresas tiene 10 ó menos trabajadores.

Este tamaño tan pequeño de las empresas, hace que las relaciones entre las partes sean muy intensas, y en muchos casos sean hasta familiares. Estas relaciones e incluso por la naturaleza estacional de muchas relaciones laborales, hicieron en el pasado que los acuerdos empresa-trabajador faciliten el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social, como medio sustitutivo del salario. Muchas de las medidas tomadas por parte de los órganos rectores del Instituto Nacional de la Seguridad Social, han ido dirigidas a frenar los abusos en este sentido.

En las actuales circunstancias, la endeblez financiera de estas empresas ha quedado puesta de manifiesto, y las dificultades financieras han agravado su situación.

A la vista de estas dos facetas analizadas, la excesiva carga fiscal que supone la acción conjunta del IVA y las cotizaciones sociales (problema que no es solo español), y la débil estructura empresarial existe en nuestro país, no es de extrañar que ante una situación de crisis económica mundial caracterizada por :

El nacimiento de nuevos agentes en el comercio mundial que exportan sus productos a los mercados de los países desarrollados en condiciones de dumping social.

La existencia de una crisis financiera, equiparable a la que se dio en los años 30 del pasado siglo, que ha afectado a la credibilidad del sistema financiero.

Estas situaciones se ven agravadas en nuestro país debido a nuestra propia historia. El desarrollo económico tardío de nuestro país, el despegue económico se produce en los primeros años de la década de los años 60 del siglo pasado. En aquellos momentos el mundo que podríamos llamar desarrollado se limitaba a los EE.UU., Europa Occidental, antiguas colo-

nias del Reino Unido pobladas o gobernadas por minorías blancas y Japón. El papel económico del resto del mundo, o bien se movía en el ámbito de las llamadas economías socialistas o simplemente se limitaban a ser proveedores de materias primas para este primer mundo. Esta situación justamente, en lo que podríamos llamar la periferia más próxima del primer mundo, permitió el desarrollo de nuestro país. Los cambios sociológicos de adaptación al nuevo estatus, no han seguido la evolución tan rápida. Ante una situación de crisis como la actual, con numerosos nuevos países que reclaman un puesto en la nueva economía mundial, la crisis, y sobre todo la sensación de crisis se ceba en nuestra sociedad. Nuestra historia caracterizada por una burguesía débil en los siglos XIX y XX, significa una estructura empresarial poco desarrollada.

Asistimos pues a una crisis, donde muchos de los paradigmas vigentes hasta hace poco han entrado en crisis. Lo primero naturalmente que realizaremos es encontrar una definición de paradigma que se adapte a nuestra intención. Por este motivo, la definición de la Real Academia que define paradigma como: “Teoría cuyo núcleo central se acepta sin cuestionar y que suministra la base y modelo para resolver problemas y avanzar en el conocimiento”, nos proporciona el marco conceptual perfecto de lo que queremos exponer.

En primer lugar está en cuestión la ya clásica diferenciación entre sistemas de reparto y sistemas de capitalización. Hace ya unos años el autor de este trabajo, y un compañero funcionario, con muy buena formación jurídica sobre temas de Seguridad Social, Urbano Cobo Morán, expusimos en el proyecto de publicación que no llegó a ver la luz, la falsedad del debate muy de moda en aquellos años (año 1996), entre sistemas de reparto y de capitalización. La base de nuestro razonamiento era que si ambos sistemas recaudaban cuotas de sus asociados, durante un número de años y transcurridos un número de años, empezaban a abonar una contraprestación en forma de pensión a sus afiliados o clientes, en ambos casos se producía prestación y contraprestación. En base al principio de equivalencia financiera, siempre es posible establecer un equilibrio entre prestación y contraprestación. Creemos que el tiempo nos ha venido a dar la razón.

Ambos sistemas se basan en dos paradigmas distintos pero ambos llevan al mismo resultado. En el sistema de capitalización, el compromiso de pago futuro viene asegurado por la suma de las aportaciones de los asegurados y los rendimientos producidos por estas aportaciones. Sus defensores aducen que este sistema garantiza la equivalencia entre las aportaciones y la presta-

ción recibida, no le afectan los cambios demográficos y aunque no lo digan está basado en el crecimiento continuo de la actividad económica. Lo primero es cierto la equivalencia entre aportaciones y la prestación. El resto no lo es tanto, la demografía también le afecta, pues produce cambios en la valoración muchos activos, inmobiliarios, empresas de bienes de consumo, ... etc., que tienen que competir en un mercado con menos población. El riesgo de mala gestión también le afecta (caso Bernard Lawrence Madoff), y sin llegar a esta situación la propia inestabilidad de las bolsas puede afectarles.

El paradigma de los defensores del sistema de reparto, se basa en que los trabajadores jóvenes aporten una parte de su salario para el mantenimiento de aquellos trabajadores, que han dejado de serlo por cumplir una edad avanzada. El hecho que una parte importante de algunas generaciones de un país, puedan no llegar a incorporarse al mercado laboral, o lo haga en condiciones precarias, pone en duda este principio básico.

Incluso se ha llegado a afirmar que las aportaciones de los trabajadores deben hacer frente al pago de las pensiones del ejercicio, que no genera reservas. Esto no se cree ya nadie, y el llamado Fondo de Reserva de nuestro sistema es una buena prueba, la realidad siempre se impone a los dogmatismos.

Se les critica por muchas causas que no garantizan la equidad entre las aportaciones y la prestación recibida, que les afectan los cambios demográficos y otras muchas. Desde luego la demografía les afecta, pero los efectos demográficos creemos que no están correctamente enfocados y además afecta como hemos visto también a los sistemas de capitalización.

Lo de no garantizar una equivalencia entre aportación y prestación recibida, creemos que es simplemente un problema técnico. Siempre que existe unas aportaciones y se reciben unas prestaciones, se da una posición de equilibrio financiero a un tipo de interés que en el citado proyecto de publicación denominamos tipo de interés implícito. El equilibrio financiero siempre se da, otra cosa es a qué tipo de interés implícito a que se realiza la operación. Cuando se habla de aumentar la relación entre las cantidades aportadas y recibidas (en función de las mayores o menores aportaciones al sistema) se está hablando de la aplicación de un tipo de interés implícito semejante.

El segundo paradigma en crisis cotizaciones sociales es un mecanismo de detracción de rentas progresivo. Nada más lejos de la realidad, el hecho de que las prestaciones sociales sean muy valoradas por la población en general, no es óbice para que su financiación este basada en la figura impositiva más regresiva que pueda existir. Imagínense que el impuesto sobre

la renta de las personas físicas, empezase con un tipo aplicable de casi un 30% sobre el salario mínimo (por ejemplo 600 €). Este tipo de cotización 30% se mantendría hasta por ejemplo, cinco veces el salario mínimo, 3.000 €. Las cuotas a pagar estarían entre 180€ para el salario mínimo y 900 € para el máximo. Nadie, ganase lo que ganase, pagaría más de 900 €.

Otro de los paradigmas en crisis, deben la política de pensiones mínimas financiarse mediante cotizaciones sociales. Por razones de justicia redistributiva, no. El mecanismo de detracción de rentas, que garantiza una efectiva redistribución de renta, lo constituye el impuesto negativo sobre la renta de las personas físicas.

Este otro no es estrictamente un paradigma, pero es de sentido común, las pensiones tienen una limitación evidente, no pueden ser de media más altas que los salarios, ni siquiera iguales.

Y otro paradigma, que demuestra hasta qué punto la visión multidisciplinar es importante. La visión de mantener el mismo nivel de renta que cuando se estaba trabajando, es irreal. Sus fundamentos sociológicos están basados en una época donde los salarios eran muy bajos, y cubrían estrictamente la supervivencia y muy poco más. En la actualidad las ventajas sociales de que disfrutaban las personas jubiladas, que les permiten llegar una vida relativamente agradable con menos renta monetaria.

Por último y para cerrar este trabajo, comentar algunas pinceladas que hacen referencia a cuestión demográfica, que por razones de tiempo y espacio, no es posible extenderse más.

Existe un paradigma que tiene su fundamento en la España de hace años. Cuando muchas personas se incorporaban a trabajar, siendo aún niños la fecha de retiro a los 65 parecía inalcanzable. Si la incorporación se hace a los 25, edad muy normal en la actualidad por la larga duración de la formación, una edad de retiro posterior no sería nada extraño. Se debe mantener la libertad de poder hacerlo, penalizado eso si, en base a criterios objetivos.

El nuevo mundo que viene en general, la perspectiva de años de vida ha experimentado un fuerte aumento. Estos cambios son especialmente importantes en nuestro país. Esto lógicamente aumentara el número de años que habría que pagar la pensión y aumentaría tremendamente el gasto en pensiones.

Desde la exclusiva óptica financiera-actuarial, este proceso llevaría al sistema a la quiebra absoluta. Con una visión de compañía de seguros de vida, esto sería seguramente la única posibilidad. Por otro lado, el paradigma de la jubilación a los 65 años, fue establecido en su día cuando la esperanza

de vida era significativamente inferior. Debe pensarse que en el año 60 en nuestro país a los 65 años no llegaba el 75% (74,7%) de la población, mientras que, según la tabla de mortalidad de 2008, llega el 89%. Este porcentaje 74,7% de la población alcanza, según los datos del año 2008, la edad de 76 años.

En resumen la reforma deberá ir en la línea, que podemos sintetizar en:

En primer lugar detener, en un plazo breve, el deterioro del mercado laboral. De persistir mucho tiempo la actual situación, el daño para nuestra economía puede ser irreparable.

Establecer el derecho a las prestaciones, en base a criterios actuariales, sobre todo en la prestación de jubilación. La función del tipo de interés técnico la realizaría, cualquier tasa o combinación de tasas, que fuesen compatibles con el correcto funcionamiento del mercado laboral.

Aliviar la presión fiscal sobre la pequeña empresa. Si bien en al principio de la transición, la evasión fiscal era muy significativa, y prácticamente las cotizaciones sociales conseguían una recaudación eficiente, con el paso de los años, la eficacia de la Administración Tributaria, coloca a muchos sectores en situación comprometida.

Reformar el sistema de cotizaciones, de tal forma que progresivamente deje de perjudicar el mercado de trabajo, verdadera fuente de recursos de nuestro sistema de pensiones. También debe ser reformado con vistas a que todos los agentes que intervienen sean conscientes del coste real de las prestaciones. Es como si en un sistema de capitalización realizáramos sistemáticamente malas inversiones.

En un contexto de globalización de la economía, nuestro país debe especializarse en determinadas áreas para las cuales esta adecuadamente preparado. Una de estas áreas es precisamente por condiciones climatológicas y de preparación del personal, la gestión del ocio y atención a las personas mayores, en un contexto europeo. Esto permitiría un adecuado aprovechamiento de las instalaciones turísticas existentes en nuestro país, y terminar con la estacionalidad existente en la actualidad.

Otro de los sectores productivos donde nuestro país tienen ventajas comparativas, la agricultura ecológica, debe ser potenciada y en general todos aquellos sectores donde nuestro país tiene posibilidades.

# Capítulo 4

## La sostenibilidad como excusa

---

EDUARDO ROMÁN VACA  
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social.  
Universidad de Sevilla*

### 1. Los principales aspectos de la reforma

El Acuerdo Social y Económico, suscrito entre el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, se va a traducir, en lo que ahora nos afecta, en una reforma de la pensión de jubilación de enorme importancia. Como bien dice el documento gubernamental que se encarga de presentarla, se trata de una de “las reformas más amplias y de mayor calado de las realizadas en el sistema público de pensiones”<sup>1</sup>. En lo que más nos interesa, las principales modificaciones de la pensión serán las siguientes:

- a) Incremento de la edad de jubilación, que pasará como regla general a los 67 años. Importante aspecto éste, aunque no único –y quizás ni siquiera el principal- de la reforma, sobre el que se han centrado los medios de comunicación. Alargamiento en definitiva de la vida laboral.
- b) Incremento del período de cómputo, para el cálculo de la pensión, de 15 a 25 años. Ello –se nos dice- “para reforzar la contributividad” del sistema<sup>2</sup>.

---

1 Documento La reforma del sistema de pensiones. 28 enero 2011, pág. 4. El texto puede verse en [http://www.tt.mtin.es/periodico/seguridadsocial/201101/LA%20REFORMA%20DE%20LAS%20PENSIONES%20\(28-1-11-12h\).pdf](http://www.tt.mtin.es/periodico/seguridadsocial/201101/LA%20REFORMA%20DE%20LAS%20PENSIONES%20(28-1-11-12h).pdf).

2 Ídem, pág. 11. Y ello cuando –como se nos dice por un sector de la doctrina- “la

- c) Paulatinamente se modificará la escala de porcentajes a aplicar a la base reguladora en función de los años trabajados, de suerte que de los 35 actualmente necesarios para alcanzar el 100% se pasará a 37 años de cotización.
- d) La reforma de tanta amplitud y calado es sin embargo periódicamente revisable. La revisión, aquí como en todo, es necesaria, pero ¿cada cinco años?

Técnicamente todo lo dicho se va a traducir, obviamente, en una modificación normativa de cierto alcance. Pero, en esta comunicación, pretendemos ocuparnos más de los efectos prácticos que de los técnico-jurídicos, a saber: ¿qué repercusión tendrá la reforma sobre las pensiones?, ¿y en el peso de otras fuentes de aseguramiento? Pero si pretendemos preguntarnos por los efectos, no viene mal cuestionarnos también los motivos de la reforma, y naturalmente si no existían alternativas a lo acordado.

## 2. Motivos, efectos, ¿alternativas?

Las “conclusiones” para el citado documento gubernamental no pueden ser más satisfactorias y halagüeñas. Nos dice así el Ministerio de Trabajo que:

“- La reforma consolida y refuerza el sistema público de pensiones ante los desafíos del escenario demográfico y social de las próximas décadas.

- Elimina cualquier riesgo de desequilibrio financiero.
- Potencia la solidaridad y el compromiso entre generaciones.
- Garantiza más y mejores pensiones en el futuro.

En definitiva, da confianza y tranquilidad a la sociedad española al fortalecer el corazón de nuestro Estado de bienestar”<sup>3</sup>.

---

ruptura del sinalagma entre lo aportado y lo recibido es esencial para que pueda darse una redistribución de rentas entre los incluidos en el campo de aplicación del Sistema” (J. Aparicio Tovar, “La subida de la edad de jubilación ni urgente ni necesaria: injusta”, STEs-INTERSINDICAL, 4 de enero de 2011; puede verse en [www.stecyl.es/opinion/opinion.htm](http://www.stecyl.es/opinion/opinion.htm)).

3 Documento La reforma del sistema de pensiones, cit., pág. 22.

Nos encontramos pues con una mejora, parece que radical, de las pensiones. Ni siquiera descienden. Utilizando no digamos que eufemismos, pero sí nos atrevemos a decir que rodeo, antes de la reforma se nos hablaba desde algunas instancias, que auspiciaban algún tipo de reforma como la pactada, que no se trataba de reducir las pensiones, sino a lo sumo la tasa de sustitución. Algo, por demás, que podría incluso hacer aumentar la cuantía de las pensiones:

“El sistema español de pensiones contributivas de jubilación proporciona unas pensiones que, en relación al último salario percibido, son de las más elevadas de los países de nuestro entorno. Según estimaciones de la OCDE, la tasa de sustitución de las pensiones públicas en España es, en media, de alrededor del 80%, una de las más altas de los países miembros de esta organización. Lo que la evolución demográfica no permite, con el sistema actual, es mantener la tasa de sustitución de las pensiones (es decir, la relación entre la pensión recibida y el salario previo a la jubilación) en sus niveles actuales durante periodos de jubilación que serán significativamente más largos. Por ello, para mantener el nivel de presión fiscal actual, se han de combinar el alargamiento del periodo de la vida laboral y la reducción de la tasa de sustitución. Esto último no significa que la cuantía de las pensiones tenga que ser menor. El crecimiento económico permitirá que las futuras cohortes de la población lleguen a la jubilación con salarios más elevados y puedan recibir, por tanto, pensiones más elevadas que las actuales aun cuando se reduzca progresivamente la tasa de sustitución de las pensiones”<sup>4</sup>.

No es sin embargo esa la realidad en que de forma inmediata se traducirá la reforma. Sea cual sea el juicio que la misma merezca, la misma no supone sino un recorte (¿radical?) en las pensiones:

“Esta reforma significa sencillamente un recorte de derechos de los trabajadores y tendrá como efecto que, en los próximos años, muchos millones de ellos no puedan percibir una pensión pública digna al jubilarse, si es que alguna vez llegan a hacerlo, lo que para su inmensa mayoría significará no poder tenerla porque sus niveles de renta no les van a permitir disponer de ahorro privado suficiente.

---

4 La Reforma de las Pensiones, Fedea, marzo 2010, pág. 3 (puede verse en [www.crisis09/pensiones/pensiones.pdf](http://www.crisis09/pensiones/pensiones.pdf)).

El pacto significa, sin ninguna duda, que a partir de ahora el sistema de pensiones público español será más injusto (porque hace recaer en mayor medida su mayor insuficiencia sobre las clases de renta más baja) y de menor alcance (porque proporcionará menos pensiones y más precarias)<sup>5</sup>.

En este sentido, “la OCDE calcula que las pensiones serán un 9% más bajas con la reforma”<sup>6</sup>.

¿Y a qué se debe la reforma? La sostenibilidad del sistema parece la idea talismán, y su defensa la propia del Estado del bienestar. Ya desde hace tiempo se venía hablando en la Unión Europea de las “distorsiones” financieras que se podrían producir en el mantenimiento de los sistemas de Seguridad Social; en tal sentido nos decía en 2007 el entonces Director General de Empleo, Política Social e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea lo siguiente:

“¿Y qué ocurrirá si no nos enfrentamos a estos retos? Nuestros sistemas sufrirán enormes dificultades financieras y difícilmente podremos hacer frente a la carga que supone una población envejecida. Somos conscientes de que ningún Estado Miembro, ningún gobierno, puede consentir que la gran mayoría de su población con edades comprendidas entre los 65 y los 70 años viva en la pobreza, por lo que habrá de financiar con fondos públicos la falta de recursos, lo que a largo plazo provocará distorsiones en las finanzas públicas”<sup>7</sup>.

Efectivamente, “los expertos piden cambios en las pensiones para evitar el déficit”<sup>8</sup>. Ello, además, se dibuja como una espiral en que la sostenibi-

5 J. Torres López, “Un gran error de UGT y Comisiones Obreras”, *Attac España*, 1 de febrero de 2011, pág. 1 (puede verse en [www.attac.es/un-gran-error-de-ugt-y-comisiones-obreras/](http://www.attac.es/un-gran-error-de-ugt-y-comisiones-obreras/)).

6 Titular de *El País* de 18 de marzo de 2011, pág. 30. Señala el cuerpo del artículo que, según el Informe Anual sobre Pensiones de la Organización, con carácter general las reformas puestas en marcha desde los años 1990 han supuesto ya una reducción del 20% de las pensiones. La tasa de sustitución, para quienes comenzaran a cotizar en 2008, descendería con la reforma del 81,2% al 73,9%.

7 G. Fischer, “Los objetivos comunes en materia de Protección Social de la Unión Europea: Modernización y reforma de los sistemas de pensiones”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario 2007, pág. 33.

8 Título de un interesante artículo del diario *El País* de 14 de enero de 2011, pág. 11, que como más adelante diremos aporta diferentes alternativas.

lidad del sistema es la que provoca la seguridad de los inversores, y ésta a su vez la sostenibilidad del sistema económico-financiero en su conjunto: “Los defensores de esta medida, entre ellos el Gobierno y el Banco de España, argumentan que los inversores que tienen que comprar hoy títulos de deuda a quince, veinte o treinta años, tienen que saber que el Estado español va a poder devolver este dinero cuando venzan sus títulos, y una medida de este estilo les da esa seguridad”<sup>9</sup>.

Pero también entre los economistas, se habían alzado voces frente a otros economistas que tanto aluden de la sostenibilidad:

“¿Tiene sentido hablar de sostenibilidad del sistema de pensiones públicas cuando lo que se propone es limitar su alcance?

Si los 100 economistas neoliberales que hacen esta propuesta consideran que el sistema de pensiones es sostenible cuando no tiene déficit ¿cómo es que no indican cómo se puede alcanzar esto y se limitan a afirmar que es inevitable actuar sobre el gasto? ¿cómo es que no muestran a la sociedad que hay diversas variables sobre las que actuar? ¿acaso es que ellos no las tienen en cuenta? ¿cómo es que no se refieren a otras políticas sobre el entorno que proporcionen sostenibilidad financiera sin disminuir el gasto? ¿por qué dan por hecho que a la sociedad le interesa el ajuste que ellos proponen solo a través del gasto que es justamente el que beneficia a las clases con más renta y el que perjudica a las que menos ingreso tienen?”<sup>10</sup>.

En cualquier caso, y se enmascare como se quiera, estamos claramente de acuerdo en que la reforma no supone, en primer lugar, sino un recorte en las pensiones, “lo que se compadece mal con la suficiencia querida por el art. 41 CE”<sup>11</sup>Lo que, además y a su vez, conlleva un efecto perverso (¿pero querido?): la “invitación” a acudir al aseguramiento privado.

Un sector de la doctrina laboralista no dejó de señalar la necesidad de incentivar o buscar nuevas fórmulas de ahorro, en combinación con una reforma del sistema de Seguridad Social: “Y deben establecerse mecanis-

9 Artículo “Ocho de cada diez españoles cree que hay alternativas a alargar la vida laboral”, diario ABC de 11 de enero de 2011.

10 J. Torres López, y V. Navarro, La propuesta de los 100 economistas sobre las pensiones. Errores, medias verdades y silencios al servicio de la banca, Documentos para el Debate nº 1 (noviembre de 2010), Attac-España, pág. 13.

11 Aparicio Tovar, “La subida de la edad de jubilación ni urgente ni necesaria: injusta”, cit.

mos eficaces de complemento de las pensiones, bien mediante un nuevo impulso a los fondos de pensiones (combinando así reparto y capitalización), bien mediante la introducción de nuevas fórmulas de ahorro”<sup>12</sup>.

Pero esta idea –creemos- la lleva la reforma a su extremo. Ya en 2007 el Director General de Empleo, Política Social e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea aludía al impulso de los seguros privados:

“Y por último, y ésta es una tendencia común a casi todos los Estados Miembros, cabe destacar la creciente sensación de que el Estado debe potenciar el ahorro vinculado a las pensiones privadas... La incentivación de los planes de pensiones privados, es hoy una política casi generalizada que puede adoptar diferentes formas”<sup>13</sup>.

Y el efecto (¿la causa?) de la reforma va a ser seguramente una mayor potenciación de estos mecanismos de aseguramiento privado, a la vez que una mayor “segmentación” (nos gusta la palabra que ahora veremos) de la población trabajadora. En este sentido nos resulta clarificadora la resolución adoptada por un sector crítico de una de las organizaciones sindicales firmantes del Acuerdo Social y Económico:

“La reforma va a generar en el medio y largo plazo una importante segmentación en la sociedad española, en la que las pensiones garantizadas por el sistema de Seguridad Social, a las que accede la población trabajadora en general, se aproximarán cada vez más a las no contributivas o asistenciales, lo que puede incentivar la no declaración de todas las rentas percibidas. Muy pocas personas podrán acceder a los niveles máximos de pensión del sistema y por ello, se está «invitando» a que, quien tenga niveles altos de renta y capacidad de ahorro, busque sistemas alternativos, evidentemente, sistemas de capitalización en el mercado financiero. Una lógica absolutamente perversa”<sup>14</sup>.

12 F. Durán López, “La hora de las pensiones”, Diario de Sevilla de 2 de enero de 2011.

13 Fischer, “Los objetivos comunes en materia de Protección Social de la UE ...”, cit., pág. 36.

14 Resolución de la Asamblea de Delegados y Delegadas del Sindicato de Comercio, Hostelería y Turismo de Sevilla del 3 de febrero de 2011. Señala Aparicio Tovar, “Subida de la edad de jubilación...”, cit., cómo una reforma de este tipo “es un ataque al Estado Social que reservaría el brazo asistencial para la población con una trayectoria profesional azarosa: los precarios. Los otros regímenes serían para quienes tengan una

Los fondos privados, el aseguramiento privado, gozan desde luego de defensores. Pero creo podemos concluir, cualquiera que sea la opinión sobre los mismos, que no se hallan en la base del Estado del bienestar, ni del Estado social que propugnan (¿cada vez más como letra muerta o desiderá-tum utópico?) algunos textos constitucionales –entre ellos el nuestro-. Por lo demás, si hay defensores, también se alzan voces autorizadas entre sus detractores<sup>15</sup>.

Volvamos a la sostenibilidad del sistema, un sistema contributivo cuya función vía cotizaciones consideran algunos –sindicalistas incluso- como avance social. Pero para otros esto no es sino una premisa ideológica, que no técnica:

“La reforma de las pensiones se ha basado en una premisa ideológica presentada como técnica: las pensiones deben financiarse solo con cotizaciones a los tipos actuales. Esto implica que todo el ajuste debe ser vía reducción de pensiones. Frente a esto, se podría haber hecho una reforma que repartiera el coste adicional de las pensiones de forma justa entre generaciones, individuos y tipos de renta. Los trabajadores hubieran soportado su parte del coste, pero a cambio se habría dotado al sistema con más recursos (cotizaciones, impuestos, fondo de reservas, deuda).”<sup>16</sup>

Siendo ello así, se nos dirá que el problema de la sostenibilidad es falso, además de que se quiere solucionar con una única herramienta –la reducción del gasto- y no con el incremento de ingresos:

“Se han equivocado también porque han entrado en el juego del doble razonamiento falso que se viene utilizando para justificar el sistema. Uno, el de su insostenibilidad a largo plazo, que nadie ha podido demostrar rigurosamente ... y otro, en el de aceptar que para hacer frente al desequilibrio financiero que pueda provocar esa pretendida insostenibilidad lo que hay que hacer es solo actuar por la

---

carrera profesional más estable y para los más pudientes. Para estas dos últimas capas de la población las mejoras sobre el mínimo provienen de su propio ahorro y de ese modo están escapando del principio solidario y redistributivo”.

- 15 Vid. una muy interesante entrevista a Robin Blackburn que, bajo el título “Sin banca pública todo es más difícil”, aparece en el diario Público de 30 de enero de 2011, pág. 7.
- 16 I. Zubiri, “Una reforma injusta y con trampa”, semanario El País Negocios de 30 de enero de 2001, pág. 7.

vía de reducir el gasto, y no aumentando los ingresos, es decir, mejorando la distribución de la renta para que así haya más salarios y más cotizaciones, el empleo decente, sobre todo el femenino, la productividad y, en última instancia, los ingresos a través de los Presupuestos Generales del Estado. Es decir, poniendo en marcha políticas justamente contrarias a las que se están aplicando y que han provocado la crisis y luego, como en Irlanda, que se vuelva a recaer en ella”<sup>17</sup>.

Ya señalamos antes cómo los expertos pedían cambios para evitar el déficit, pero también apuntaban soluciones utilizadas en otros países, como la financiación a través de impuestos del sistema de Seguridad Social, lo que, por demás, haría más patente la función redistributiva del Estado social<sup>18</sup>. Otra alternativa apuntada por la doctrina pasa por la supresión de los topes de cotización:

“Si son necesarios más ingresos para mejorar las prestaciones y mantener el equilibrio ¿no será mejor eliminar los topes de cotización que el art. 131 del Proyecto de Ley de Presupuestos para 2011 establece en 3.230,10€ al mes? Con los topes de cotización los que ganan menos de esa cantidad son solidarios con el cien por cien de su salario, pero los que ganan más solo lo son parcialmente. Pero eso sería dañar los intereses de los fondos de pensiones. Una gran injusticia que pone de manifiesto la insinceridad de la reforma”<sup>19</sup>.

El Acuerdo Social y Económico prevé que Gobierno y agentes económicos y sociales examinen “en el marco de las recomendaciones del Pacto de Toledo, la conveniencia de establecer posibles escenarios de financiación complementaria de nuestro sistema de Seguridad Social en el medio y largo plazo”. Algo en parte distinto nos dice el documento del Ministerio, que prevé la constitución de “un grupo de expertos que examinará posibles escenarios de financiación complementaria de nuestro sistema de Seguridad Social en el medio y largo plazo, dentro de un marco coherente con la separación de fuentes”<sup>20</sup>.

17 Torres López, “Un gran error de UGT y Comisiones Obreras”, cit., pág. 2.

18 Vid. el referido artículo “Los expertos piden cambios en las pensiones para evitar el déficit”, diario El País de 14 de enero de 2011, pág. 11.

19 Aparicio Tovar, “La subida de la edad de jubilación ni urgente ni necesaria: injusta”, cit.

20 Documento La reforma del sistema de pensiones, cit., pág. 19.

Sea una u otra la fórmula procedimental, ¿a qué se están refiriendo estos párrafos? ¿Dan vía libre a la financiación del sistema vía impuestos? ¿O están pensando en financiación privada (o lo que es lo mismo, aseguramiento privado)? Curioso, cuando menos, resulta que siendo como se nos dice el problema de la sostenibilidad del sistema (es decir, el de su financiación) el detonante de toda la reforma, se deja tan en el aire el tema de la “financiación complementaria”. Alguna mente cartesiana quizá pensará que el procedimiento debería haber sido el inverso: estudiar las vías de financiación complementaria (esto es, las diversas alternativas para la sostenibilidad del sistema) y en función de ello acometer la reforma.

No ha sido eso lo realizado. En cualquier caso, para ilustrarnos sobre lo que está pasando, y sobre todo acerca de lo que pasará en el futuro, nos ayudará bastante lo acaecido en otra parcela de la protección social, la de la sanidad. Nuevamente la autorizada opinión de Vicenç Navarro nos ayuda. Partiendo de una premisa básica (la de que a menor gasto público le sigue, como correlato inevitable, un mayor gasto privado), y siendo España uno de los países que menos ingresos públicos destina a la sanidad, no hacen falta grandes fórmulas matemáticas para describir el resultado de esta política:

“De ahí que sea fácil predecir que el descenso del gasto público que está ocurriendo implicará un aumento del gasto privado, en beneficio de las compañías de aseguramiento sanitario privado, que se benefician de las insuficiencias del sector sanitario público, resultado del escaso gasto público.

No es mera casualidad que las voces que apoyan la reducción del gasto público también pidan una desgravación del aseguramiento privado. Un argumento perenne que utilizan los que favorecen la privatización de la sanidad es precisamente alabar la existencia del sector privado, sin el cual —señalan tales autores— la sanidad pública colapsaría”<sup>21</sup>.

En definitiva pues, la reforma a nuestro entender no supone sino, de un lado, un recorte en la protección social, y de otro un empuje al sector asegurador privado. La tan repetida sostenibilidad sigue siendo una excusa para no afrontar otras vías de financiación —públicas— de las pensiones pú-

---

21 V. Navarro, “Los recortes del gasto sanitario”, en diario Público de 27 de enero de 2011.

blicas, otras vías de financiación que, con toda seguridad, encajarían mejor en los modelos de Estado social y de Seguridad Social que pretende dibujar nuestra Constitución.

# Capítulo 5

## Cuánto mejorará la sostenibilidad del sistema de pensiones de jubilación de la Seguridad Social tras la reforma de 2011

---

JOSÉ ENRIQUE DEVESA CARPIO, *Universidad de Valencia*  
MAR DEVESA CARPIO, *Universidad de Valencia*  
BORJA ENCINAS GOENECHEA, *Universidad de Extremadura*  
INMACULADA DOMÍNGUEZ FABIÁN, *Universidad de Extremadura*  
AMPARO NAGORE GARCÍA, *Universidad de Valencia*  
ROBERT MENEU GAYA, *Universidad de Valencia*

### I. Introducción

El proceso de reforma del sistema de pensiones español se ha mantenido vivo desde que se constituyó el denominado Pacto de Toledo. Sin embargo, desde finales de 2010 se ha elevado la velocidad de dicho proceso, con la aprobación de las Recomendaciones del Pacto de Toledo en diciembre de 2010 –Congreso de los Diputados (2010)-, con la firma del “Acuerdo Social y Económico para el Crecimiento, el Empleo y la Garantía de las Pensiones” –Gobierno de España (2011)-, entre Gobierno, Sindicatos y Empresarios en enero de 2011, y, por último, con el “Proyecto de Ley sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social”, -Boletín Oficial de las Cortes Generales (2011)- publicado con fecha 1 de abril de 2011.

El objetivo principal de este trabajo se centra en evaluar, desde el punto de vista actuarial, qué impacto tendrá la reforma prevista del sistema de pensiones sobre su sostenibilidad. Hemos procurado apartarnos de los tradicionales cálculos que estiman cuánto va a reducirse el gasto en pen-

siones en diferentes momentos del tiempo, para dar otra visión de la reforma. Para ello se han elegido varios indicadores, como el Tanto Interno de Rendimiento del sistema, el Coste por Pensión Unitaria, el Desequilibrio Financiero-Actuarial y la Deuda Implícita. Además, los hemos calculado a partir de los datos que proporciona la Muestra Continua de Vidas Laborales, lo que dota al estudio de un gran valor añadido y una mayor robustez.

Como demostramos a lo largo del trabajo, el impacto de las reformas que figuran en el Proyecto de Ley va a ser de escaso calado, desde el punto de vista de los indicadores de sostenibilidad que hemos utilizado.

## II. Reforma prevista del sistema de pensiones

Los instrumentos para llevar a cabo la reforma, respecto a la pensión de jubilación, se resumen a continuación y se valoran en función de su efecto previsto sobre el gasto en pensiones, sobre el Tanto Interno de Rendimiento (TIR) y sobre la equidad del sistema. La equidad del sistema hace referencia a que todos los individuos tengan a priori el mismo Tanto Interno de Rendimiento (TIR). La falta de equidad del sistema actual tiene varias fuentes. La denominada equidad contributiva no se consigue porque el esfuerzo contributivo no se valora de forma proporcional al calcular la pensión. La equidad actuarial intrageneracional tampoco porque no están bien calibradas las penalizaciones y los incentivos por jubilaciones a edades distintas de la legal. Por último, la equidad actuarial intergeneracional ni siquiera está contemplada en el sistema actual porque la tendencia dinámica al aumento en la esperanza de vida no se recoge en la fórmula de cálculo de la pensión.

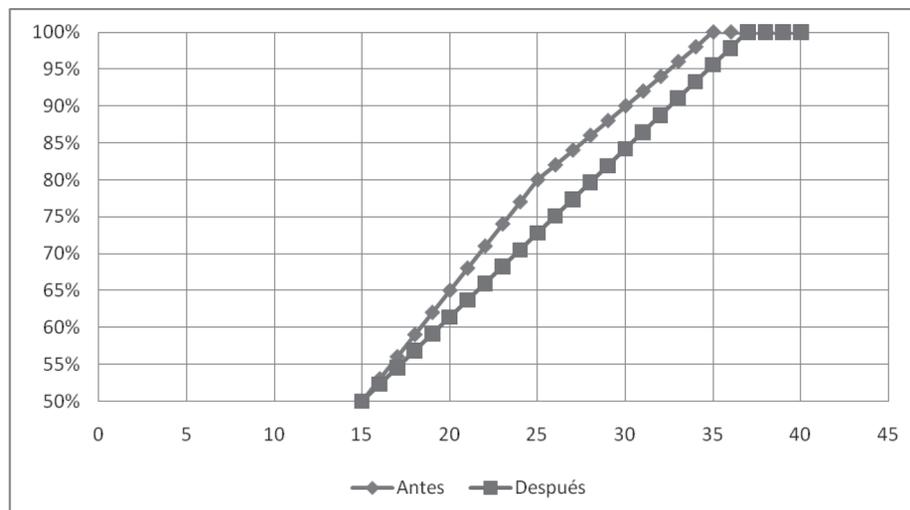
El artículo 4 del Proyecto de Ley sobre “Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social” hace referencia a la reforma de la pensión de jubilación, de la que conviene destacar:

- a) El incremento de la edad legal de jubilación cuando se tengan menos de 38,5 años cotizados, que pasa a 67 años, permaneciendo en 65 años para los que hayan cotizado, al menos, 38,5 años. Esto genera una mejora del TIR del sistema y disminuye el gasto en pensiones, pero afecta ligeramente a la equidad.
- b) El aumento del periodo de cálculo de la Base Reguladora, que pasa de los 15 a los 25 años. En general supone una mejora del TIR del sistema, al disminuir el gasto en pensiones, por la menor Base Reguladora que

se obtiene. Además, afecta positivamente a la equidad de tipo contributivo.

- c) El cambio en el tratamiento de las lagunas de cotización, es decir de los periodos en que no hubiera existido obligación de cotizar. Las 24 lagunas de cotización mensuales más próximas a la jubilación se integran con el 100% de la base mínima de cotización de todas las existentes para mayores de 18 años; además, estas bases pueden ser sustituidas por aquéllas que, superando la base mínima, se hayan efectuado durante los 36 meses previos a los 25 años considerados para el cálculo de la Base Reguladora utilizando su cuantía actualizada. El resto de lagunas que excedan de las 24 primeras se integran con el 50% de la base mínima de cotización de todas las existentes para mayores de 18 años. Supone una mejora el TIR al disminuir el gasto en pensiones ya que anteriormente todas las lagunas se integraban por el 100%. Sólo aquellas lagunas que provienen de los 36 meses anteriores al periodo de cálculo de la Base Reguladora podrían aumentar su valor. Sin embargo, empeora la equidad de tipo contributivo.
- d) La obtención de la tasa de sustitución se divide en tres tramos frente a los cuatro actuales. Igual que hasta ahora, a los primeros 15 años les corresponde un 50%. A partir del decimosexto año, por cada uno de los primeros 248 meses crece un 0,19% y por los restantes meses aumenta el 0,18%, de tal manera que se alcanza una tasa de sustitución de un 100% con 37 años cotizados, siendo constante a partir de este momento. Supone una mejora del TIR y una disminución del gasto en pensiones porque disminuye la tasa de sustitución para todos los años cotizados entre 15 y 37. La diferencia máxima es de 7,2 puntos y se alcanza con 25 años cotizados (Gráfico 1). Todos los valores aparecen recogidos en la Tabla 1. Mejora la equidad contributiva por unificar los dos tramos centrales anteriores (con diferente crecimiento: un 3% anual los primeros 10 años y un 2% los diez siguientes) en uno solo, con crecimiento igual, de un 2,28% anual (excepto por el redondeo).

GRÁFICO 1. Tasa de Sustitución según Años Cotizados, antes y después de la Reforma



Fuente: Elaboración propia a partir del Proyecto de Ley sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social.

TABLA 1. Tasas de Sustitución, antes y después de la reforma y diferencia entre ambas

AÑOS COTIZADOS	ANTES	DESPUÉS	DIFERENCIA A-D
15	50,00%	50,00%	0,00%
16	53,00%	52,28%	0,72%
17	56,00%	54,56%	1,44%
18	59,00%	56,84%	2,16%
19	62,00%	59,12%	2,88%
20	65,00%	61,40%	3,60%
21	68,00%	63,68%	4,32%
22	71,00%	65,96%	5,04%
23	74,00%	68,24%	5,76%
24	77,00%	70,52%	6,48%
25	80,00%	72,80%	7,20%
26	82,00%	75,08%	6,92%
27	84,00%	77,36%	6,64%

AÑOS COTIZADOS	ANTES	DESPUÉS	DIFERENCIA A-D
28	86,00%	79,64%	6,36%
29	88,00%	81,92%	6,08%
30	90,00%	84,20%	5,80%
31	92,00%	86,48%	5,52%
32	94,00%	88,76%	5,24%
33	96,00%	91,04%	4,96%
34	98,00%	93,32%	4,68%
35	100,00%	95,60%	4,40%
36	100,00%	97,84%	2,16%
37	100,00%	100,00%	0,00%
38	100,00%	100,00%	0,00%
39	100,00%	100,00%	0,00%
40	100,00%	100,00%	0,00%

Fuente: Elaboración propia a partir del Proyecto de Ley sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social.

- e) Los incentivos por retrasar la edad de jubilación se dividen en tres tramos, frente a los dos actuales. Se reconoce un porcentaje adicional por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió la edad legal (65 o 67 según los años cotizados) y la de jubilación, siempre que al cumplir la edad legal se hubiera reunido el periodo mínimo de cotización. Este porcentaje, que se sumará al que le corresponda con carácter general, será de un 2% por cada año si tiene menos de 25 cotizados al cumplir la edad legal de jubilación; 2,75% por cada año si tiene entre 25 y 37 años cotizados; y 4% por cada año a partir de 37 años cotizados. En ningún caso la cuantía de la pensión alcanzada podrá superar el importe de la base de cotización máxima vigente en cada momento. Producirá un aumento del TIR y del gasto en pensiones porque anteriormente los porcentajes eran del 2% y del 3%. Mejora la equidad actuarial intrageneracional porque el incentivo del 4% se aproxima más a lo actuarialmente justo.

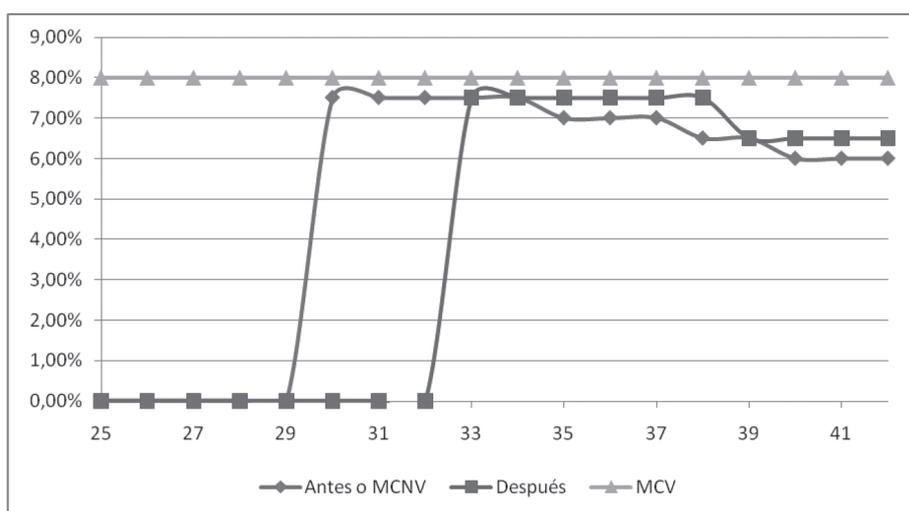
El artículo 5 se centra en la jubilación anticipada. Se mantiene para actividades especiales y mutualistas. Se distinguen dos modalidades:

- a) Por cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador y cumpliendo una serie de requisitos, se permite la jubilación a los 61 años,

siempre que tenga, al menos, 33 años cotizados y con una penalización por cada trimestre o fracción de trimestre que en el momento de jubilarse le falte para cumplir la edad legal de jubilación. Esta penalización depende, a su vez, del número de años cotizados, siendo de 1,875% si ha cotizado menos de 38,5 años y que pasa a 1,625% si ha cotizado, al menos, 38,5 años. Disminuye el TIR y el gasto en pensiones porque es una penalización superior a la actual (véase el Gráfico 2). Empeora la equidad actuarial intrageneracional porque la penalización se aleja más de la actuarialmente justa.

- b) Por cese voluntario, se permite a los 63 años, con 33 cotizados, siempre que el importe resultante de la pensión sea superior al 100% de la pensión mínima y con las mismas penalizaciones que en el caso de cese por causa no imputable al trabajador. Los efectos sobre el TIR, el gasto en pensiones y la equidad actuarial son similares al caso de cese no voluntario.

GRÁFICO 2. Coeficientes Reductores, antes y después de la Reforma



Fuente: Elaboración propia a partir del Proyecto de Ley sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social.  
 Leyenda: MCNV: Mutualistas Cese No Voluntario. MCV: Mutualistas Cese Voluntario.

Por último, en el artículo 8 se introduce un factor de sostenibilidad pendiente de regulación, que tendrá en cuenta la mejora de la esperanza

de vida a los 67 años entre el año de cálculo y el de referencia (2027) y se revisará cada 5 años. Mejora el TIR y disminuye el gasto en pensiones ante el aumento de la esperanza de vida. Mejora la equidad actuarial de tipo intergeneracional, sin embargo, lo hace en un plazo muy largo.

### III. Metodología para determinar la sostenibilidad

Uno de los indicadores más utilizados por los investigadores para medir la sostenibilidad de un sistema de pensiones es el saldo de caja de la Seguridad Social. Se entiende que el sistema es sostenible mientras haya superávit de caja o mientras el Fondo de Reserva de la Seguridad Social no se agote. Sin embargo, esta medida es de carácter contable y no considera la dimensión actuarial que subyace en todo sistema donde se intercambien capitales financiero-aleatorios. Precisamente, nos vamos a ocupar de los indicadores que adoptan elementos actuariales, como el Tanto Interno de Rendimiento, la Deuda Implícita, el Desequilibrio Financiero Actuarial o el Precio de Coste por Pensión Unitaria<sup>1</sup>.

#### 3.1) Desequilibrio Financiero-Actuarial

Este nuevo criterio indica cuál es el desequilibrio financiero-actuarial en unidades monetarias. Su relación con la sostenibilidad es clara: el sistema no será sostenible cuando entregue mayor cuantía en valor actual actuarial de la que reciba. Se aplica a sistemas cerrados, es decir, sin entrada de nuevos individuos.

Si el sistema de pensiones de jubilación fuera actuarialmente justo, tendría que cumplirse el principio de equivalencia financiero-actuarial; es decir, el valor actuarial en el momento “t” de todas las aportaciones o cotizaciones (pasadas A1 y futuras A2) de los activos y pasivos actuales tendría que ser igual a la suma actuarial, en dicho momento “t”, de las prestaciones o pensiones (pasadas P1 y futuras P2) de los activos y pasivos actuales, es decir:

$$A1 + A2 = P1 + P2 \quad [1]$$

Donde, A1 es el valor actuarial de las aportaciones pasadas; A2 es el valor actuarial de las aportaciones futuras; P1 es el valor actuarial de las prestaciones pasadas y P2 es el valor actuarial de las prestaciones futuras.

<sup>1</sup> Un desarrollo completo de los indicadores se puede ver en Devesa y Devesa (2010a).

Si el sistema de pensiones de jubilación no fuera actuarialmente justo, existe un desequilibrio, cuya medida se obtiene como diferencia entre el valor actual actuarial en “t” -fecha de referencia donde se quiere calcular el desequilibrio- de las prestaciones por jubilación y el valor actual actuarial en el mismo momento “t” de las cotizaciones, por esta contingencia.

Este indicador recoge la diferencia (en valor actual actuarial) entre la totalidad de las prestaciones y la totalidad de las aportaciones de los activos y pasivos actuales, lo que permite identificarlo con un desequilibrio estructural. Por otro lado, esta medida es análoga al Valor Actual Neto Esperado que se utiliza en los proyectos de inversión, aunque con la particularidad de que no se calcula en el momento inicial de la inversión y de que los capitales pasados se consideran con probabilidad igual a uno. Coincidirá, con la expresión:

Desequilibrio Financiero Actuarial:

$$P1 + P2 - A1 - A2 = \begin{cases} > 0 \Rightarrow \text{No sostenible} \\ < 0 \Rightarrow \text{Sostenible} \\ = 0 \Rightarrow \text{Equilibrio} \end{cases} \quad [2]$$

### 3.2) Coste por pensión unitaria

A través del Coste por Pensión Unitaria se analiza, desde el punto de vista financiero-actuarial, cuál es el coste de entregar una unidad monetaria de pensión. Si el coste es mayor que uno el sistema estará en desequilibrio y será insostenible. Se aplica a sistemas cerrados. El objetivo es conocer si estamos entregando un producto (pensiones de jubilación) a un precio de venta inferior o superior al de coste. Si el coste por unidad entregada de pensión es superior a la unidad, significa que el sistema, en términos actuariales, está incurriendo en pérdidas, si es inferior a uno obtiene más de lo que entrega y en caso de que sea igual a uno, el sistema estaría en equilibrio. Así, el coste por pensión unitaria vendrá dado por la ecuación:

Coste por pensión unitaria:

$$\frac{P1 + P2}{A1 + A2} = \begin{cases} > 1 \Rightarrow \text{No sostenible} \\ < 1 \Rightarrow \text{Sostenible} \\ = 1 \Rightarrow \text{Equilibrio} \end{cases} \quad [3]$$

### 3.3) Criterio del TIR

Mediante el Tanto Interno de Rendimiento (TIR) se trata de determinar cuál es la rentabilidad que el sistema de pensiones está entregando a los participantes en el mismo. En este caso, la sostenibilidad del sistema viene dada por la relación entre el valor obtenido y el nivel máximo de rentabilidad que podría ofrecer teóricamente el sistema, que, a su vez, está relacionado con el crecimiento del PIB. El nivel máximo de rentabilidad se sitúa en torno al 3% por ser ésta la tasa de crecimiento promedio del PIB real en nuestro país durante los últimos 30 años. Los cálculos se hacen para el caso de un colectivo cerrado, pero tiene la ventaja de que considera el sistema de pensiones en términos actuariales (aplicando las mismas reglas que a una empresa aseguradora), lo que da una perspectiva muy alejada de la simple comparación de los flujos de caja<sup>2</sup>.

El TIR es el tipo de interés real de la ley de capitalización compuesta que hace que el Desequilibrio Financiero-Actuarial sea cero, o, análogamente, que el Coste por Pensión Unitaria sea igual a uno. Así, la ecuación y el criterio respecto del TIR real vendrá dado por:

$$\text{TIR real} = i, \text{ tal que } \left\{ \begin{array}{l} P1 + P2 - A1 - A2 = 0, \\ \text{ó} \\ \frac{P1 + P2}{A1 + A2} = 1 \end{array} \right\} = \left\{ \begin{array}{l} > 1 \Rightarrow \text{No sostenible} \\ < 1 \Rightarrow \text{Sostenible} \\ = 1 \Rightarrow \text{Equilibrio} \end{array} \right. \quad [4]$$

Si el TIR real es superior al tipo de interés de referencia,  $i^*$ , con el que se ha calculado el desequilibrio, esto significa que el sistema no es sostenible, si es inferior a  $i^*$  sí que es sostenible y en caso de que sea igual a  $i^*$  estaríamos en equilibrio.

2 Entre los trabajos que han calculado el TIR cabría citar: Bandrés y Cuenca (1998) y Monasterio, Sánchez y Blanco (1996) (obtienen el TIR para la prestación de jubilación y sin distinguir factores intrageneracionales). Otros autores, sólo tienen en cuenta el Régimen General; entre ellos estarían Gil y López-Casasnovas (1999) que sí consideran distintos factores intrageneracionales, Jimeno y Licandro (1999) y Durán (1995) que analizan sólo unos pocos individuos tipo. Devesa et al. (2002) obtienen el TIR mediante una fórmula aproximada. Devesa y Devesa (2010 b) obtienen el TIR de todo el sistema de la Seguridad Social española para todas las prestaciones pero partiendo de datos muy agregados.

### 3.4) Deuda Implícita

Permite analizar el problema desde una óptica diferente, ya que se puede interpretar como la cuantía que tendría que tener dotado el sistema para poder hacer frente a los compromisos futuros. Su valor se obtiene como diferencia entre el valor actual actuarial de las prestaciones futuras y el valor actual actuarial de las aportaciones futuras, por lo que sólo se tiene en cuenta la parte de la operación futura.

Desde el punto de vista de la Deuda Implícita, el sistema es sostenible si su valor es inferior al capital que tiene constituido el sistema hasta ese momento, es decir, al Fondo de Reserva de la Seguridad Social. La ecuación para su cálculo y el criterio es:

$$\text{Deuda Implícita} = P2 - A2 = \begin{cases} > \text{FRSS} \Rightarrow \text{No sostenible} \\ < \text{FRSS} \Rightarrow \text{Sostenible} \\ = \text{FRSS} \Rightarrow \text{Equilibrio} \end{cases} \quad [5]$$

Donde FRSS es el Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

## IV. Impacto de la reforma

En nuestro caso, el estudio de los indicadores de sostenibilidad se realizará sólo para los activos actuales y para la pensión de jubilación de todo el sistema de la Seguridad Social española. Para ello se van a utilizar los microdatos que proporciona la MCVL 2008, publicada por el Ministerio de Trabajo e Inmigración. Con esta base de datos, se pone a disposición de los investigadores las trayectorias laborales de más de un millón de personas anónimas de la población española. La utilización de la información contenida en esta base de datos va a permitir contrastar la sostenibilidad de nuestro sistema de pensiones y analizar los efectos de la reforma prevista, desde una óptica que hasta este momento era impensable. Aunque la MCVL 2008 ofrece información pasada sobre las bases de cotización y pensiones de los individuos incluidos en la muestra, esta información no es completa para todos los individuos y, por tanto, es necesario establecer una serie de hipótesis para completar su historial de cotizaciones pasadas y también para obtener las bases de cotización y pensiones futuras de cada uno de los individuos activos incluidos en la MCVL 2008.

De los 904.935 activos iniciales que componen la muestra se han eliminado aquéllos en los que no figuraba la fecha de nacimiento y/o el sexo (175), los fallecidos antes de 31 de diciembre de 2008 (918) y los que han accedido a una pensión de jubilación o de incapacidad antes de 31 de diciembre de 2008 (20.049), con lo que el número total de individuos con los que hemos trabajado ha sido de 883.793.

TABLA 2. Principales indicadores de sostenibilidad del sistema de pensiones de jubilación para los activos. Tipo de cotización de 14,66%

INDICADOR	ESCENARIO BASE	ESCENARIO I	ESCENARIO 2	VARIACIÓN BASE/ ESC. I	VARIACIÓN BASE/ ESC. 2
VAA PENSIONES FUTURAS (I)	2.791.614	2.609.739	2.566.788	-6,52%	-8,05%
VAA COTIZACIONES FUTURAS (I)	1.031.049	1.069.855	1.097.247	3,76%	6,42%
VAA COTIZACIONES PASADAS (I)	782.030	782.030	782.030	0,00%	0,00%
VAA COTIZACIONES (I)	1.813.079	1.851.885	1.879.277	2,14%	3,65%
DEUDA IMPLÍCITA BRUTA (I)	1.760.565	1.539.884	1.469.541	-12,53%	-16,53%
DEUDA IMPLÍCITA BRUTA S/PIB	1,617	1,415	1,350	-12,53%	-16,53%
DEUDA IMPLÍCITA NETA (I)	1.703.342	1.482.661	1.412.318	-12,96%	-17,09%
DEUDA IMPLÍCITA NETA S/PIB	1,565	1,362	1,297	-12,96%	-17,09%
DESEQUILIBRIO (I)	978.535	757.854	687.511	-22,55%	-29,74%
DESEQUILIBRIO S/PIB	0,899	0,696	0,632	-22,55%	-29,74%
COSTE POR PENSIÓN UNITARIA (CPU)	1,540	1,409	1,37	-8,47%	-11,29%
SOBRECOSTE POR UNIDAD DE PENSIÓN (CPU-I)	0,540	0,409	0,366	-24,18%	-32,22%
TIR	4,364%	4,060%	3,956%	-6,95%	-9,34%
SOBRECOSTE TIR (TIR-3%)	1,364%	1,060%	0,956%	-22,24%	-29,88%

Fuente: Elaboración propia. (I) En millones de euros. Leyenda: VAA: Valor Actual Actuarial.

Para analizar el impacto (Véase Tabla 2), se va a calcular una serie de indicadores -para los individuos de la MCVL 2008- con la legislación actual

-Escenario Base- y para esos mismos individuos e historial laboral se va aplicar las reformas tal como aparecen en el Proyecto de Ley; considerando dos Escenarios diferentes, según el comportamiento en la edad de jubilación:

- Escenario 1. Aquellos individuos que se jubilaban antes de los 67 años en el Escenario Base sin tener los 33 años cotizados, suponemos que en este escenario se jubilan a los 67 años, y los que se jubilaban en el Escenario Base antes de los 63 años con 33 o más años cotizados, bajo este escenario suponemos que se jubilarán a los 63 años.
- Escenario 2. Se añaden 2 años a la edad de jubilación del Escenario Base de los individuos menores de 67 años y a los individuos con menos de 38,5 años cotizados, siendo para éstos la edad máxima los 67. Para los mayores de 67 años y aquéllos con, al menos, 38,5 años cotizados, mantienen la edad de jubilación del Escenario Base.

Como resumen general de la reforma acordada para el sistema de pensiones, se puede decir que va en el buen camino porque consigue mejorar todos los indicadores, pero sigue estando muy alejada de los valores deseables, como sería alcanzar un precio de coste por unidad de pensión igual a 1, o, lo que es equivalente, un TIR del 3%, o un Desequilibrio Financiero-Actuarial nulo.

Otra cuestión diferente y sobre la que se podría discutir es si la reforma ha elegido la mejor combinación de parámetros para llegar a este resultado. Desde nuestro punto de vista no se ha tenido en cuenta la opinión de los cotizantes ya que, como apuntan las encuestas de opinión realizadas a lo largo de 2010<sup>3</sup>, el aumento en la edad de jubilación es la medida menos preferida por los individuos. Además, la fórmula para el cálculo de la pensión sigue presentando discontinuidades y variaciones bruscas en cuanto a la tasa de sustitución, debido a la falta de equidad actuarial y contributiva. Para conseguirla tendría que ser una función que dependiera linealmente del número de años cotizados y que el coeficiente relacionado con la edad de jubilación estuviera en relación con la esperanza de vida del individuo para ese año y para esa edad<sup>4</sup>.

---

3 Entre ellas se puede citar la de Simple Lógica en febrero, la de Mapfre en abril y las de Axa y el observatorio Caser en noviembre. También se publicó una encuesta realizada por los autores de esta ponencia en la Fundación Edad y Vida en enero de 2011, Devesa et al. (2011).

4 Sobre este tema puede verse el trabajo de Devesa, Devesa y Meneu (2010).

## V. Conclusiones

La conclusión más importante es que las expectativas generadas ante la reforma de las pensiones se han visto defraudadas para, prácticamente, todos los intervinientes. Al Gobierno, Sindicatos y Empresarios no les ha parecido satisfactoria porque han tenido que ceder gran parte de sus posiciones iniciales. Para los futuros jubilados, el sistema se ha centrado en la más impopular de las medidas: el retraso en la edad de jubilación. Para los investigadores que han pedido que se hiciera una reforma definitiva, también ha sido decepcionante, porque han mejorado muy poco los principales indicadores de solvencia actuarial.

Así, para un tipo de cotización de 14,66%, el TIR baja del 4,36% a alrededor de un 4%, estando todavía muy alejado del máximo recomendable del 3%. El coste por pensión unitaria ha pasado de 1,54 a 1,40, lo que significa que tras la reforma el precio de “coste” es un 40% superior al de “venta”. La Deuda Implícita mejora, en promedio, un 15% en términos relativos y algo mejor se comporta el Desequilibrio, con un descenso promedio, en términos relativos, de un 25%. Por otro lado, el Valor Actual Actuarial (VAA) de las pensiones futuras baja un 7% y el VAA de las cotizaciones futuras aumenta entre un 3,76% y un 6,42%, según el escenario elegido.

Pensamos que la reforma que se va a aplicar se ha fijado más en conseguir una reducción del gasto de caja en pensiones, para poder suavizar la tensión de los mercados y diferir el problema, que en resolver la verdadera situación de fondo del sistema de pensiones español: el desequilibrio actuarial. Creemos que se ha perdido la oportunidad de haber realizado una reforma ambiciosa que no sólo solucionara los problemas de liquidez (que también consideramos que son problemas de solvencia importantes), sino también que equilibrara el rendimiento que entrega a los participantes en el sistema hasta un nivel sostenible e igual para todas las generaciones, tanto actuales como futuras.



# Capítulo 6

## La sostenibilidad de la Seguridad Social y los sistemas de financiación

---

DANIEL HERNÁNDEZ GONZÁLEZ  
*Actuario de Seguros*

“El hombre, a pesar de las apariencias, no inventa metas.  
El tiempo, la época, se las imponen”  
Solaris. Stanislav Lem

### I. Introducción

Sostenibilidad, prestaciones y financiación son elementos íntimamente ligados que tienen un espacio común en la necesidad de equilibrio entre los ingresos del sistema público de protección y los gastos generados por el mismo. La posible incertidumbre sobre este equilibrio ha llevado a la articulación de propuestas de reforma de la Seguridad Social de muy diversa índole, siendo una de las alternativas la modificación del sistema financiero-actuarial de reparto simple anual.

En el presente estudio se revisan determinados aspectos del vigente sistema de financiación de la Seguridad Social y se muestran las características de la capitalización individual de aportación definida como alternativa, opción que parece interesante desde la estricta perspectiva de la sostenibilidad pero que también presenta desajustes en el plano socioeconómico, si bien ambos modelos pueden complementarse dentro de una estructura mixta de financiación. Junto a otras posibilidades, también se pueden articular otros modelos que utilizan argumentos de los sistemas de reparto,

como son las cuentas nocionales o una transformación de las fuentes de financiación compatible con lo recogido en la Disposición adicional undécima del Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, de 1 de abril de 2011.

## II. Sostenibilidad y reforma de la Seguridad Social española

### 2.1. Breves consideraciones sobre la sostenibilidad del sistema

Los estudios que han abordado la sostenibilidad del sistema español de seguridad social y su capacidad para cumplir a medio y largo plazo con sus compromisos se han enfocado desde muy diversas perspectivas; las continuas variaciones en el mercado de trabajo, ya sean estacionales o estructurales, el envejecimiento de la población y el incremento sostenido de la esperanza de vida, el desequilibrio entre personas activas y pasivas y otras variables de distinta naturaleza han suscitado un profundo interés en los ámbitos social, económico y académico.

La incertidumbre que se cierne sobre la Seguridad Social no se circunscribe solamente al envejecimiento de la población, ni siquiera a un teórico desequilibrio entre población activa y pasiva sino, entre otras cuestiones, a una insuficiencia continuada de recursos para hacer frente a las obligaciones que surgen de la concreción de los derechos de los ciudadanos al abrigo de las normas legales de referencia, insuficiencia que, claro está, puede ser reforzada por la materialización de los escenarios anteriores. Así, la solvencia y la sostenibilidad futura del modelo de seguridad social no dependerán solamente de la relación entre cotizantes y pensionistas, sino también de la estructura interna de ambos grupos, de sus volúmenes de ingresos y gastos en el entorno de la Seguridad Social y de la generosidad del sistema.

Ahora bien, ineludiblemente hay que tener en cuenta las proyecciones demográficas sobre las variaciones en la pirámide de población puesto que recogen una tendencia que contribuirá al desequilibrio económico-financiero de la Seguridad Social gracias a un incremento del gasto esperado en pensiones, que previsiblemente acaecerá independientemente de la evolución final de los ingresos.

Por otra parte, el sistema público de previsión está sometido a riesgos demográficos y económicos, pero también a riesgos políticos y sociales, pues siempre es posible la asunción de medidas de incremento indiscriminado de gasto público en la materia sin el necesario soporte financiero-

actuarial y sin su adaptación a un sistema de seguridad social con visión de futuro. Una manifestación de esta tipología de riesgo es la que aparece si el decisor-legislador tiene una visión orientada principalmente al corto plazo y vincula las políticas de protección social a su horizonte electoral en detrimento de plazos más adecuados, circunstancia que se agrava cuando en el momento de la toma de decisiones no existen desequilibrios económico-financieros, por lo que no se percibe la necesidad de reformas o se piensa que siempre quedará tiempo suficiente para planificar su acometida, posponiendo continuamente la toma de decisiones. Igualmente, puede hablarse de la opacidad en los regímenes de protección cuando no se ofrece información concreta, independiente y objetiva al futuro beneficiario, ni se recurre a los medios adecuados para evaluar con transparencia e independencia la situación.

Desde la perspectiva del trabajador nos encontramos con otro riesgo importante, derivado de su propia percepción del sistema, cuando también antepone una visión a corto plazo con la esperanza de que los hipotéticos problemas futuros se hayan resuelto en el momento de su acceso a las prestaciones, predominando la legítima máxima de “disfrutar el presente por si no hubiera ocasión de disfrutar del futuro”, obviando los referentes a la solidaridad y particularizando un sistema poblacional hacia cada caso personal concreto. Desde la perspectiva del ciudadano se está, por tanto, en una situación de falta de información y de traslado de responsabilidades hacia las generaciones futuras, con lo que se añade un nuevo factor de distorsión y desequilibrio que afecta al horizonte temporal de previsión, más allá de los contenidos en las previsiones demográficas y/o económicas.

Por lo tanto, todo sistema de protección social está sujeto a contingencias inherentes al propio modelo aplicado que van desde los riesgos operativos, políticos y de gestión hasta los demográficos, económicos y financieros-actuariales, cuya manifestación influye directamente en la sostenibilidad del sistema. Para evitar los efectos de la concreción de esta incertidumbre se han estudiado, propuesto, planificado y, en ocasiones, acometido diversas líneas de actuación desde múltiples perspectivas, entre las que, sucintamente, podemos encontrar las siguientes:

## 2.2. La eficiencia en la gestión

La contribución a la mejora de la eficiencia en la gestión se ha planificado, entre otras acciones, mediante la implantación de medidas para combatir el fraude, tanto en el lado de los ingresos como en el de gastos,

la búsqueda de valor añadido en los procedimientos administrativos y la reducción del número de regímenes. El fraude en la Seguridad Social se produce en las dos vertientes de la cuenta de pérdidas y ganancias: en los ingresos, por ejemplo, por las cuotas no satisfechas que corresponderían en cumplimiento de los preceptos legales establecidos, y en los gastos, por ejemplo, por las prestaciones satisfechas indebidamente, con especial incidencia en la incapacidad temporal. Por otra parte, la mejora en el rendimiento y en la eficiencia administrativa proporciona, no solamente un beneficio directo a través de la reducción de costes, sino un beneficio indirecto que afecta al conjunto del sistema ya que facilita la búsqueda de modelos óptimos de recaudación o de control de la morosidad y el incremento del servicio prestado a los cotizantes y a los beneficiarios de prestaciones. Como ejemplos podemos citar la revisión de las primas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, la implantación del sistema RED o la posible –y siempre futura- Agencia Española de Seguridad Social.

### 2.3 El Fondo de Reserva

El Fondo de Reserva se constituyó con la finalidad de atender necesidades futuras de la Seguridad Social española en materia de prestaciones económicas. En teoría, los excedentes de ingresos sobre gastos que resultan de la consignación o de la liquidación presupuestaria de cada ejercicio se destinan, prioritaria y mayoritariamente, siempre que las posibilidades económicas y la situación financiera del sistema de seguridad social lo permitan, a la dotación del fondo mencionado.

El Fondo de Reserva tenía un saldo a 31 de diciembre de 2010 de 64.375.144.769,91€, un 6,10% del Producto Interior Bruto estimado<sup>1</sup>, si bien las decisiones sobre el mismo están sometidas a un riesgo político significativo y su estrategia de inversión es continuamente discutida, ya sea por la enajenación de deuda extranjera para adquirir deuda nacional, ya sea por la demora en la realización de los traspasos de fondos, ya sea por su prudencia en la toma de decisiones en aras de una mayor estabilidad a costa de una mayor rentabilidad<sup>2</sup>. En todo caso, y aunque habitualmente

---

1 “Fondo de reserva de la Seguridad Social. Informe a las Cortes Generales. 31 de diciembre de 2010”. Secretaría de Estado de la Seguridad Social. [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es)

2 La inversión en renta fija tendría a priori menor riesgo que la inversión en renta variable y por ello menor rentabilidad esperada. Por el contrario, la inversión en deuda española, con un mayor riesgo que la deuda de otros países de la zona Euro, ofrecería también mayores rendimientos.

se reconoce su insuficiencia para problemas extremos de sostenibilidad, es una herramienta válida para mitigar incertidumbres iniciales.

#### 2.4. Separación de las fuentes de financiación

Esta medida, que ya está en marcha en aplicación de los acuerdos vinculados al Pacto de Toledo, es coherente con la eliminación de imputaciones de gasto que no corresponden al espíritu del sistema contributivo de la Seguridad Social, si bien actualmente quedan pendientes flecos en los complementos a mínimos, que se espera sean financiados mediante impuestos en 2013 como fecha límite. Bajo los mismos principios, la Seguridad Social española no ha asumido los costes vinculados a las situaciones de dependencia, cobertura que sin duda supone un nuevo paso positivo en nuestro modelo de protección social pero que, sin embargo, hubiera generado problemas adicionales al sistema desde el punto de vista económico-financiero.

#### 2.5 Actuación específica sobre algunas prestaciones y relación con otras variables sociales

Estudios sobre el sistema público de protección social han expuesto que una estrategia favorable a la promoción de políticas sociales en determinadas materias: inmigración, discapacidad, igualdad de sexos, demografía y natalidad, etc., es muy deseable y por ello tales acciones han de tener su cobertura y desarrollo a través del modelo de seguridad social<sup>3</sup>. Otras alternativas se han centrado en actuaciones específicas sobre alguna de las prestaciones existentes; junto a las propuestas de modificación que han abordado principalmente la reforma de la pensión de jubilación, al ser la generadora del coste más importante dentro de las prestaciones sociales a cargo de nuestra Seguridad Social, la prestación de viudedad, por su importancia y sus características especiales, ha sido candidata a una reforma para recuperar su carácter de prestación de sustitución de rentas<sup>4</sup> y modificar su orientación en los últimos tiempos: incremento continuado del gasto público e ineficiencias en la definición y desarrollo.

3 Por ejemplo, Abío, G. y C. Patxot. (2005). "Sistemas de pensiones y fecundidad. Un enfoque de generaciones solapadas". Fundación BBVA. Documentos de trabajo, nº 3.

4 Por ejemplo, Sanabria, M. y D. Hernández (2010): "La pensión de viudedad. Reforma desde una perspectiva económica a través de la relación entre obligaciones y derechos consumidos". Economía y Protección Social, nº 2. Asociación de Actuarios, Estadísticos y Economistas de la Seguridad Social.

## 2.6 Reformas en las corrientes de aportaciones y prestaciones

Otras perspectivas de actuación se orientan a las modificaciones en la corriente de aportaciones al sistema de seguridad social realizadas por parte de trabajadores y empleadores, formulando la necesidad de trabajar sobre las variables empleo y productividad para favorecer los ingresos; en esta línea también se encuentran aquellas acciones encaminadas a reformar tipos y bases de cotización. Por otra parte, respecto a la corriente de prestaciones, el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, de 1 de abril de 2011, presenta un nuevo planteamiento en cuanto a la edad de jubilación, al porcentaje aplicable a la base reguladora y al número de bases de cotización a utilizar en el cómputo del cálculo de la pensión de jubilación.

Atendiendo a lo expuesto, no puede hablarse de total inactividad por parte de los poderes públicos en cuanto a la búsqueda de alternativas para la mejora de la sostenibilidad del sistema público de seguridad social, aunque sí puede hablarse de la profundidad, la dimensión, el alcance y la adecuación temporal y estratégica de estas y otras medidas en la materia.

Junto a estas alternativas de reforma, muchas de ellas ya puestas en práctica o de carácter inminente, también son habituales las propuestas que buscan la transformación del sistema financiero-actuarial de reparto simple anual mediante la transición, total o parcial, hacia otros sistemas de financiación, por ejemplo, la capitalización individual de aportación definida, las cuentas nocionales u otros modelos de transformación de las fuentes de financiación.

### III. Modelos de financiación: el sistema de reparto simple anual

El sistema de reparto simple puro o anual consiste en la distribución de los gastos a cargo de un colectivo en cada ejercicio entre los ingresos que dicho colectivo ha realizado durante ese periodo. El artículo 87.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en lo sucesivo LGSS, establece que “El sistema financiero de todos los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social será el de reparto, para todas las contingencias y situaciones amparadas por cada uno de ellos, sin perjuicio de la excepción prevista en el apartado 3 de este artículo”<sup>5</sup>.

5 Excepción referida a las pensiones causadas por incapacidad permanente o muerte de-

El sistema de reparto simple anual plantea el equilibrio en cada ejercicio, no acumula recursos ni genera reservas matemáticas, basándose en la solidaridad y la transferencia de recursos entre generaciones. Desde una perspectiva financiero-actuarial esta alternativa de financiación no establece garantías económicas para los pasivos por cuanto sus prestaciones en un periodo determinado dependen de la necesaria aportación de los activos en ese espacio temporal; otra cosa bien diferente es que la Seguridad Social, como sistema de protección y previsión, proponga jurídicamente la consolidación de derechos desde el instante legal de acceso a la prestación, aunque el reparto simple anual no asegure en ningún momento la disponibilidad de las cuantías necesarias para afrontar ese gasto.

En todo caso, puesto que una de las hipótesis de partida de este modelo es la existencia de una estructura demográfica estable, el sistema de reparto simple anual tiene una alta sensibilidad a la evolución demográfica del colectivo objeto de cobertura y a la relación existente entre sus activos y pasivos, dando lugar a la asunción de riesgos demográficos y económico-financieros por parte del Estado como gestor y responsable del pago de las prestaciones, presentándose también riesgos económicos y políticos para quienes financian el sistema o son beneficiarios del mismo.

Existen, además, otros modelos de financiación basados en el reparto: los sistemas de reparto con cuota media escalonada, que proponen el equilibrio en un período superior al año y permiten cierta acumulación y el mantenimiento de fondos de reserva, o los sistemas de capitales de cobertura, anuales o atenuados –plazo superior a la anualidad–, que fijan equilibrios entre el valor actual de las prestaciones generadas y las aportaciones realizadas en el período de referencia. En un sistema de capitales de cobertura se crean reservas para derechos en formación y un fondo de reserva para pensiones causadas constituido por el valor actual de las rentas de jubilación en curso de pago, mientras se mantiene la transferencia intergeneracional de recursos desde los cotizantes a los pensionistas.

Por otra parte, aunque no son consecuencia de la financiación mediante reparto simple anual, el actual modelo de seguridad social español presenta limitaciones en su diseño por la posible existencia de aportaciones satisfechas sin una correspondencia real en derechos, puesto que entre los requisitos de acceso a las prestaciones contributivas por contingencias comunes

---

rivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional que deban ser asumidas por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o las empresas responsables y cuya base será el valor actual de las prestaciones.

normalmente existe un período mínimo de cotización. En el modelo contributivo la cotización por períodos inferiores al mínimo legal exigido no discrimina entre diferentes caudales de ingresos realizados e iguala carreras de cotización por debajo del mínimo legal establecido. De igual forma, la existencia de un límite superior en el número de años de cotización para alcanzar el importe máximo de la prestación hace que aquellas aportaciones realizadas por encima de ese límite no generen beneficios adicionales para el cotizante, sino que se sometan íntegramente al principio de solidaridad y posibiliten la existencia de prestaciones prácticamente iguales para dos beneficiarios que no tienen por qué haber tenido igual trayectoria de cotización.

#### IV. El sistema de capitalización de aportación definida como alternativa al sistema de reparto simple anual

##### 4.1. La capitalización individual de aportación definida

Dentro de la capitalización podemos distinguir opciones de aportación definida, con una mayor certeza en la estructura de las aportaciones y donde la mayor variabilidad afecta a las prestaciones, o las opciones de prestación definida, con una mayor certeza en las prestaciones y una mayor variabilidad en las aportaciones.

Sobre la capitalización individual de aportación definida hay que indicar que las aportaciones realizadas se transforman en derechos económicos una vez imputadas al titular y en su aplicación desaparece el componente de solidaridad. Esta alternativa no se encuentra influida directamente por variables demográficas en su cálculo, ofrece un mayor control del coste por parte del gestor y traslada el riesgo desde éste hacia quien realiza las aportaciones y/o es titular de los derechos.

Con estas características, la utilización de un modelo de capitalización de aportación definida es adecuada para asegurar la sostenibilidad de un sistema de seguridad social, puesto que el importe de las prestaciones no está garantizado y se mitigan los riesgos económico-financieros directos que afectan al gestor.

## 4.2. El sistema de reparto simple anual y la capitalización individual de aportación definida. Sustitución y/o complementariedad

### 4.2.1 *La sustitución plena del sistema de financiación*

Una alternativa en la búsqueda de la sostenibilidad del sistema de seguridad social es la sustitución completa del sistema de reparto simple anual por uno de capitalización individual de aportación definida. Uno de los argumentos para la defensa de esta propuesta hace referencia a los cambios acaecidos en los sistemas de protección social y pensiones públicas de Hispanoamérica, poniendo a varios países de aquel entorno como hipotéticos modelos para el caso español. Sin embargo, debe matizarse cualquier comparación en este sentido ya que los modelos públicos existentes en Hispanoamérica en los momentos de su transición hacia otras alternativas de financiación eran muy diferentes del que actualmente existe en nuestro país. Sobre este asunto, Jiménez<sup>6</sup> ha hablado de la ineficiencia en la protección y falta de cobertura, privilegios para grupos de poder, alta inflación sin revalorización, ausencia de sistemas complementarios, inseguridad jurídica y otras tantas características que dan idea de modelos con una problemática de partida muy heterogénea en su conjunto. Igualmente, la asunción de un sistema de capitalización en países hispanoamericanos tampoco estaría exenta de problemas; según este mismo autor, el sistema chileno habría tenido altos niveles de evasión o morosidad, falta de competitividad y altos costes, particularidades que obligan a la cautela en la comparación entre escenarios con distinta idiosincrasia.

El sistema de capitalización de aportación definida elude las consecuencias directas del desequilibrio demográfico al basarse en una mecánica en la que cada cotizante genera derechos individuales a través de sus aportaciones y recibe la posible rentabilidad que estas generen, aunque ese mismo cotizante es también quien asume el riesgo derivado de la operación. Por tanto, con esta alternativa la Seguridad Social trasladaría íntegramente los riesgos derivados del sistema contributivo de pensiones que ahora asume hacia los trabajadores y beneficiarios; por el contrario, esta opción elimina la influencia de la existencia de los límites máximos y mínimos de cotización y/o prestación en el acceso y el cálculo de la prestación, límites cuyo sentido se diluye.

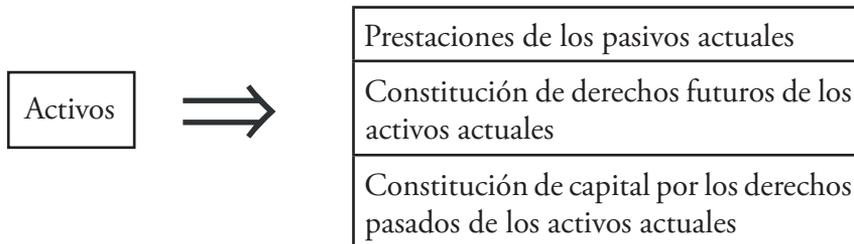
La transición total a un sistema de capitalización individual requeriría modificaciones legislativas, al menos, en los artículos 2, 4.3 y 87 de la

---

6 Jiménez, A. (1998). "La reforma de los sistemas públicos de pensiones en América Latina"; *Ekonomiaz*, nº 42; Pág. 132-145.

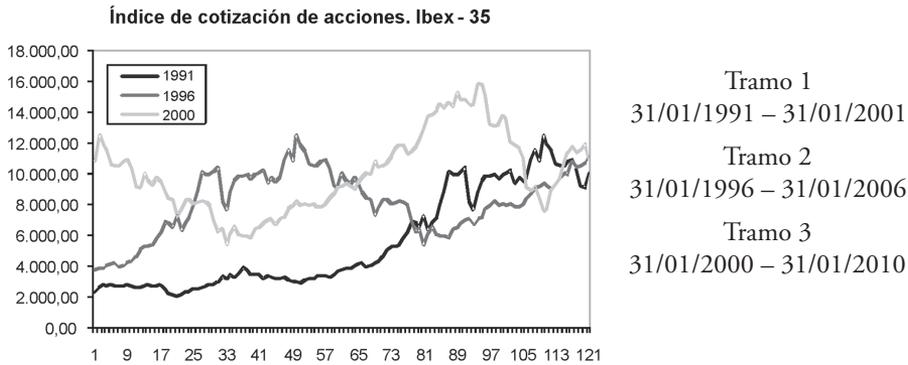
LGSS, puesto que la solidaridad dejaría de ser un fundamento indispensable, existiría la posibilidad de lucro mercantil siempre que se permitiese la gestión privada y debería darse entrada normativamente a la capitalización, con la necesidad de una revisión adicional del artículo 41 de la Constitución Española.

Sin embargo, la sustitución total de un sistema de reparto simple anual por un sistema de capitalización individual de aportación definida no es una opción indispensable e ineludible puesto que, junto a la dilución de la solidaridad y del compromiso con los más desfavorecidos socialmente, los costes de transición serían muy elevados. En este caso los activos actuales tendrían que financiar, ya sea por vía cotización o por vía impositiva, las prestaciones de los pasivos actuales, que no disponen de un fondo capitalizado, así como soportar cuotas adicionales para garantizar sus propios derechos según el sistema de capitalización establecido pues, en otro caso, los trabajadores cercanos a la edad de jubilación no serán capaces de generar un patrimonio suficiente a través de la capitalización individual de aportación definida para sustentar sus necesidades futuras, quedando a cargo de los activos los costes que se exponen en el siguiente esquema:



#### 4.2.2 La rentabilidad para el beneficiario

Dentro de un entorno obligatorio de previsión, el sistema de capitalización individual de aportación definida tiene una característica discutible en la posibilidad de prestaciones sensiblemente diferentes para dos aportaciones iguales en idéntico plazo temporal, aunque con distintos puntos iniciales y finales, gracias a la influencia de las variables que actúan sobre el capital acumulado. Si acudimos al valor al cierre del mes x-ésimo del índice Ibex-35 en diferentes tramos, el resultado es el que se muestra en el siguiente gráfico:



Fuente: Elaboración propia con datos del Instituto Nacional de Estadística

Haciendo abstracción de aspectos inflacionarios, costes de oportunidad y otros gastos, y si aceptamos la evolución del índice propuesto como representativo de la evolución para una tipología de fondo soporte de inversiones, la relación entre los valores iniciales y finales de cada uno de los tramos, añadiendo ahora un cuarto tramo (28/02/2000 – 28/02/2010), es la que se muestra en la siguiente tabla:

INICIO	VARIACIÓN
ENERO 1991 - ENERO 2001	333,47%
ENERO 1996 - ENERO 2006	197,34%
ENERO 2000 - ENERO 2010	1,04%
FEBRERO 2000 - FEBRERO 2010	-17,89%

Según estos datos, en los períodos considerados el comportamiento del índice<sup>7</sup> ha sido bien diferente, con evoluciones muy positivas en los dos primeros casos, no así en los dos restantes. Bajo las hipótesis tomadas, si se hubieran invertido cien unidades monetarias al comienzo de cada uno de los períodos los resultados finales difieren sensiblemente, incluso para períodos cercanos en el tiempo en los que el efecto de la inflación es irrelevante, pues se observa que un mayor capital de partida en el cuarto tramo, 120 unidades monetarias, tiene un valor inferior al final del período: 98,53

7 Aunque el Ibex-35 no tiene por qué ser un buen estimador de la economía real española dado el peso preponderante de sus principales componentes, cuyas actividades en un mundo globalizado pueden no concentrarse en España, sí puede tener valor para evaluar comportamientos esperados de renta variable a la que se pudieran adscribir fondos destinados a soportar los derechos consolidados de una prestación basada en la capitalización de aportación definida.

u.m., que el obtenido en el tercer tramo para 100 unidades monetarias: 101,04 u.m.

Esta situación es perfectamente asumible en el caso de un sistema voluntario de previsión, pues quien aporta el capital acepta implícitamente este riesgo, pero se encuentra sometida a discusión dentro de un modelo de carácter obligatorio e ilíquido cuyo destino es la cobertura íntegra de una posible situación de necesidad en el futuro. No debe olvidarse que no estamos hablando de un complemento voluntario, por ejemplo, a la pensión de jubilación, sino de la pensión en sí.

Es cierto que si se observan los datos de cierre del primer tramo podemos hablar de una variación bruta muy positiva, pero este dato es de poca utilidad para cualquier proyección futura puesto que parte de un mercado inmaduro y de nacimiento reciente para acabar en un mercado consolidado. En nuestra opinión, una proyección basada en datos históricos de este estilo –que por otra parte conviene recordar que no aseguran comportamientos futuros- debe tener en cuenta la madurez del mercado e imponer su punto de partida una vez alcanzada la misma. De igual forma, recurrir a la experiencia extranjera para las extrapolaciones, por su mayor recorrido histórico, tiene el inconveniente de que los comportamientos pasados acaecidos en otros países no tienen por qué ser representativos de la pauta futura de los fondos que pudieran sustentar las prestaciones de jubilación en España, ya que se basan en etapas históricas donde las interrelaciones económicas entre diferentes agentes económicos eran más difusas que las que existen en nuestro mundo actual.

#### *4.2.3 Rentabilidad y sensibilidad hacia el riesgo*

Es habitual por otra parte que se haga referencia a la superioridad de un sistema de capitalización de aportación definida en cuanto a los mayores rendimientos teóricos que éste pudiera conseguir, sin que se informe convenientemente de que esa hipotética mayor rentabilidad conlleva mayor riesgo. Así, el Círculo de Empresarios<sup>8</sup> ha aludido a que “las ventajas que tradicionalmente se asocian a la capitalización son una mayor tasa de rendimiento y mayores incentivos para el ahorro y el trabajo, lo que puede contribuir al crecimiento económico”.

En primer lugar dejamos constancia de ciertas reservas ante la aseveración de que, en España, con sus características, intereses y costumbres,

---

8 Círculo de empresarios (2009). “El sistema de pensiones: propuesta para una reforma necesaria”. Junio.

el traspaso completo a un sistema de capitalización suponga un mayor incentivo para el ahorro y el trabajo más allá de cualquier límite obligatorio. La hipótesis ideal de que, como las cotizaciones generan derechos directos para quien las realiza, aflorarían aquellas que se mantienen ocultas o se incrementarían las de una parte de los trabajadores, especialmente los autónomos, no nos parece de gran solidez puesto que son múltiples las variables condicionantes; además, la tendencia al fraude no depende solamente de una de las partes implicadas, el empleador o el trabajador, mientras que la visión tradicional de éste se circunscribe al corto plazo y al disfrute frente a la previsión.

En cuanto a la mayor tasa de rendimiento de la capitalización sobre el reparto habría que tener en cuenta que, desde la estricta perspectiva de la rentabilidad, no interesa solamente el rendimiento en sí, sino que éste se consiga garantizando las mismas coberturas y contemplándose convenientemente sus costes y salidas de capital. Si en igualdad de condiciones la rentabilidad esperada de la capitalización de aportación definida es superior en todos los escenarios evaluados a la obtenida con el modelo vigente, entonces sí podríamos hablar de que el sistema actual está ocasionando a los trabajadores un coste de oportunidad valorado en lo que se deja de ganar por el mantenimiento de una seguridad social basada en el sistema de reparto simple anual.

En referencia a este punto, supóngase un breve ejemplo en el que un trabajador en activo entre los 18 (a 01/01/2011) y los 67 años cotiza mensualmente siempre por la misma base de contingencias comunes, sin lagunas ni bonificaciones, mientras se dedica el 28,30% de su base mensual de cotización a la constitución de un capital para la prestaciones de seguridad social, en dos casos diferentes: cotización por bases mínimas y cotización por bases máximas. En principio no existen salidas de fondos para otras prestaciones distintas a la jubilación y no se contemplan cotizaciones por accidentes de trabajo, formación profesional y empleo.

Junto a otras hipótesis de partida<sup>9</sup>, se suponen dos posibilidades de ren-

---

9 Costes de gestión pospagables mensuales y constantes del 0,1042% sobre el fondo acumulado después de cotización y de impuestos sobre rendimientos (18%); incrementos anuales constantes de las bases de cotización del 2%; tasa de descuento del 3%; Tablas de Mortalidad de Jubilación: Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre, por la que se desarrollan los criterios técnicos para la liquidación de capitales coste de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, modificada por Orden TIN/2124/2010, de 28 de julio, con tipo de interés técnico anual  $i = 3\%$ ; Variación del Índice de Precios al Consumo anual constante del 2,10%; Bases de

tabilidad constante para los fondos soporte de prestaciones: los tipos mensuales equivalentes, en capitalización compuesta, al 10% anual y al 4% anual. La prestación de jubilación estimada para el trabajador equivalente al fondo de capitalización acumulado en el momento de su jubilación se basa, por simplicidad, en rentas actuariales vitalicias, fraccionadas y pospagables y se calcula en catorce pagas, doce mensuales y dos semestrales por año. Los valores equivalentes de la pensión según la capitalización y el reparto se valoran en el mismo instante temporal, en términos brutos y moneda actual, dando lugar a la siguiente relación entre los mismos:

CAPITALIZACIÓN	HIPÓTESIS	BASES MÍNIMAS		BASES MÁXIMAS	
	Rentabilidad capitalización	10%	4%	10%	4%
REPARTO	Reparto. Pensión equivalente	3,2129	4,1156	3,3349	0,1479
	Reparto. Con complementos a mínimos	1,8015	0,7418	3,3349	0,1479

puediéndose apreciar que existen escenarios en los que, atendiendo a las hipótesis utilizadas, el sistema de reparto ofrece una mayor prestación que la obtenida por la capitalización (pensión de capitalización / pensión de reparto < 1), en este caso por el efecto de los complementos a mínimos.

Con las premisas iniciales utilizadas podemos destacar que, por efecto de la aplicación de la capitalización compuesta, el sistema de capitalización de aportación definida es más interesante para quienes cotizan por bases altas que para quienes lo hacen por bases mínimas, aun con las mayores retenciones fiscales por rentas del trabajo existentes para los primeros. Por el mismo motivo, este modelo es muy sensible a las variaciones de rentabilidad neta que obtienen los fondos y puede dar lugar a escenarios en los que la prestación no sea suficiente para dar cumplida respuesta a las necesidades de los beneficiarios, sin descartar que, en un caso extremo de recesión, la prestación por jubilación contributiva, una vez tenida en cuenta la inflación y salidas de fondos para hacer frente a la manifestación de otros riesgos, llegase a no tener diferencias significativas con una hipotética prestación no contributiva de jubilación actualizada anualmente, elimi-

---

cotización iniciales y prestaciones máximas y mínimas iniciales para el sistema de reparto, las establecidas normativamente para el ejercicio 2011. Para el sistema de reparto se utiliza la formulación contenida en el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, de 1 de abril de 2011.

nando con ello los fundamentos para los que la previsión contributiva ha sido creada.

Por otra parte, si se comparan en un mismo instante temporal las cantidades efectivamente satisfechas por los obligados a ello con las prestaciones de jubilación esperadas, existen escenarios en los que la rentabilidad para el beneficiario derivada de la generosidad del sistema actual es superior a la que se obtendría con un sistema de capitalización individual de aportación definida<sup>10</sup>.

Obviamente el problema es mucho más complejo de lo aquí expuesto; el análisis de sensibilidad sobre las hipótesis de partida es muy variado y se requieren desarrollos adicionales, ya que conviene estudiar distintos escenarios para las bases de cotización, la existencia de lagunas en la cotización, la incorporación tardía al mercado laboral o la salida anticipada, la retirada de fondos para atender otras necesidades, la influencia intrínseca de las hipótesis consideradas, etc., pero las consideraciones aquí expuestas pueden servir para la inducción a la reflexión sobre si la capitalización individual de aportación definida es un instrumento adecuado para solventar completamente la incertidumbre de un sistema de seguridad social para todos sus posibles beneficiarios.

El actual sistema de cobertura garantiza una cierta protección frente a las variaciones de los precios, que afectarían en mayor medida a los resultados obtenidos mediante la capitalización. Igualmente, el sistema actual tiene mecanismos que mitigan la existencia de lagunas de cotización<sup>11</sup>, herramienta de la que adolece la capitalización excepto que en la práctica se configurase un fondo colectivo “de reserva” destinado a solventar dichas carencias y recuperar, aunque sea muy parcialmente, el principio de solidaridad para una parte mínima de las cuantías pagadas por los obligados a ello. Este fondo también podría destinarse a los casos contributivos

10 Véase Hernández, D. (2011) “La prestación contributiva de jubilación en la Seguridad Social. La generosidad del sistema y su reforma en base a las fuentes de financiación”. III Congreso Ibérico de Actuarios. Junio. Madrid. [www.actuarios.org](http://www.actuarios.org). Los índices de generosidad obtenidos, a partir de los cuales se puede disponer de medidas de rentabilidad, hablan de muy distinto rendimiento según las características del beneficiario de la prestación de jubilación, aunque existen escenarios perfectamente posibles donde el sistema vigente de seguridad social supera la rentabilidad de la capitalización tomada como hipótesis de trabajo en el presente apartado.

11 Por ejemplo, el artículo 162.1.2 LGSS: “Si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años”.

más desfavorecidos que mediante la capitalización no hayan alcanzado un montante mínimo determinado, aunque ha de tener una fuente de financiación bien definida y por tanto ser constituido en detrimento de la rentabilidad de una parte de los beneficiarios.

Por último, cuando se habla sobre rentabilidad, ya lo hemos dicho, siempre debería hacerse desde una posición que permita la reflexión sobre la sensibilidad del futuro beneficiario hacia el riesgo, puesto que los comportamientos hacia el mismo: indiferencia, preferencia o aversión, y también las funciones de utilidad del decisor varían en cada caso. Así, si fuese cierto que la rentabilidad esperada no es la variable más importante para el trabajador en su proceso de toma de decisiones sino que éste tiene en cuenta su preferencia o aversión al riesgo, debe igualmente reconsiderarse la presentación de dicha rentabilidad y de un hipotético coste de oportunidad como los únicos elementos diferenciadores a la hora de elegir entre los modelos de financiación de la Seguridad Social. Igualmente, cuando se habla de rentabilidad insistimos en que hay que tener en cuenta que la cotización no se dedica íntegramente a financiar la prestaciones de jubilación, sino que ha de hacer frente a otras coberturas contributivas y a otras fuentes de gasto, con sus consiguientes efectos sobre el fondo acumulado y la minoración de los posibles rendimientos.

#### *4.2.4 Gestión del sistema y diseño de las prestaciones*

Respecto a las prestaciones, un valor adicional de la capitalización de aportación definida es su mayor flexibilidad en la satisfacción de éstas una vez alcanzados los requisitos legales establecidos al efecto, ya que se puede planificar la percepción de los cobros a través de cuantías determinadas mediante rentas temporales o vitalicias, con términos constantes o variables con un mínimo prefijado, sin olvidar que junto a la satisfacción en forma de renta se puede proponer el cobro de un porcentaje de los derechos consolidados en forma de capital. También es posible el cobro del montante acumulado en un único pago, aunque esta opción se aleja del espíritu de protección necesario y está sometida, entre otros, a riesgos de inversión, de mala planificación, de intervención de terceros, etc. que pueden acabar en la insolvencia del pensionista, cuyas necesidades tendrían que ser cubiertas entonces por el resto de la población en una situación que deviene en inaceptable: la individualización de los beneficios y la socialización de las pérdidas.

Dentro del campo de la gestión es también una cuestión habitual abordar la naturaleza del gestor del sistema. En realidad, muchas de las apre-

ciaciones realizadas sobre la elección entre la capitalización de aportación definida y el reparto puro simple como pilares de la Seguridad Social no se centran verdaderamente en la elección entre uno de estos modelos, sino en la disyuntiva entre gestión pública versus gestión privada, cuando, obviamente, el conjunto público-privado no tiene una correspondencia biunívoca con el conjunto imagen reparto-capitalización.

Normalmente –y no sin razón– se critica el sistema de previsión vigente por la falta de libertad del individuo para la elección sobre el destino de sus cotizaciones, puesto que le son detraídas, gestionadas y reintegradas por el Estado, aunque curiosamente no se suele sancionar la misma falta de libertad si esas partidas, manteniendo su carácter ilíquido y sin que exista posibilidad de elección para el beneficiario, se dejan obligatoriamente en manos de gestores privados. Por el contrario, y todavía más curiosamente, firmes detractores del sistema de capitalización de aportación definida se sumergen a conveniencia en las aguas del Leteo y omiten sus habituales argumentos contra la capitalización cuando corresponde hablar de la protección empresarial o segundo pilar.

En cualquier caso, puede hablarse de gestión privada, tal y como se hace en la previsión voluntaria, de estricta gestión pública o de combinación de ambos modelos. Así, por ejemplo, Hernández<sup>12</sup> y el Círculo de Empresarios (op. cit., pág. 9) dan cabida, mediante diversos planteamientos, a la existencia de un sistema de capitalización parcial de naturaleza pública junto a un sistema parcial de capitalización de gestión privada, compatibles ambos con el sistema de reparto actual. La posibilidad de unir diferentes sistemas tiene la ventaja de poder corregir, al menos parcialmente, los desequilibrios que cada uno de ellos presenta aisladamente.

No debe olvidarse que, en un sistema de gestión de capitalización de aportación definida el gestor ha dejado de asumir los riesgos más importantes y es, en todo caso, uno de los principales beneficiados de la operativa del modelo, puesto que su retribución puede girar sobre el patrimonio gestionado sin que sean sancionadas directamente las pérdidas mientras los costes básicos de gestión estén cubiertos, con el agravante de que, incluso, dicha gestión puede ser irrelevante ante estrategias comerciales agresivas orientadas al corto plazo o hacia intereses oblicuos. En entornos de riesgo e incertidumbre es complejo concretar con total exactitud el efecto de

---

12 Hernández, D. (2009). “Los sistemas de reparto puro y de capitalización individual como base de la prestación de jubilación contributiva”. *Economía y Protección Social*, nº 1. Asociación de Actuarios, Estadísticos y Economistas de la Seguridad Social.

variables exógenas en las prestaciones futuras puesto que riesgo y rentabilidad se mueven en idéntico sentido, pero sí es posible hablar, aunque con diferente intensidad, eso sí, de un beneficio para el gestor, que no soporta directamente ciertos riesgos al haberle sido traspasados al beneficiario y, por el contrario, obtiene una remuneración a través de las comisiones percibidas aunque el patrimonio gestionado haya incurrido en pérdidas. Es cierto que el gestor tendrá interés en una actividad orientada a beneficios puesto que esto incide positivamente en su remuneración directa, pero los rendimientos positivos no están garantizados (salvo coberturas a través de instrumentos financieros y aseguradores que, sin embargo, tienen un coste que va en detrimento del patrimonio), la inacción también puede generar una rentabilidad que tiende a infinito ante un coste nulo o cuasi-nulo y se pueden conseguir también beneficios a través de vías indirectas de gestión.

En la capitalización de aportación definida nada impide diseños oportunistas o con intereses sesgados, algo que puede ocurrir tanto en la gestión pública, con la existencia de un riesgo político que se aleje del bien general, como en la gestión privada, pero esto es algo que también puede ocurrir con los sistemas de financiación basados en el reparto. Los sistemas públicos de gestión son difíciles de aislar de las interferencias políticas, sociales y de los distintos grupos de presión, a la vez que se encuentran condicionados por el riesgo de su sometimiento a objetivos distintos de los previstos. Por su parte, los sistemas privados tienen también una amplia sensibilidad a la opacidad en cuanto a las interferencias de intereses contrapuestos, con el agravante de que el gobierno de amplios patrimonios puede favorecer movimientos ajenos al verdadero objetivo de las pensiones públicas.

#### *4.2.5 Consideraciones adicionales*

En la transición práctica total o parcial desde un sistema de reparto simple anual hacia a un sistema de capitalización de aportación definida, pueden materializarse, entre otras, las siguientes fuentes de incertidumbre:

- a) La existencia o inexistencia de un mercado conocido y suficiente de activos diversificados susceptibles de actuar como base de la capitalización que, atendiendo a los requerimientos de un sistema de previsión a largo plazo, sustente los procedimientos de inversión/desinversión necesarios.
- b) La influencia que estos procedimientos de inversión y desinversión originarían en los precios de mercado sin el soporte de la economía real, fomentando la especulación en los mercados financieros. De igual forma, la desinversión final para el pago de prestaciones también provocaría en los mercados de valores alteraciones no sustentadas por

esa economía real, mientras que los activos y valores financieros que soportan las prestaciones futuras no son totalmente independientes de la población activa, puesto que es esta quien, junto a otros actores relevantes, tiene que demandar tales activos para que se puedan pagar los montantes económicos que sustentan los derechos reconocidos.

- c) La existencia de derechos sobre el capital que pueden interferir en el funcionamiento y la gestión empresarial, salvo que fuesen eliminados legislativamente para este caso, argumento que establecería una situación de desigualdad y desequilibrio de difícil defensa y justificación.
- d) La planificación de un sistema de capitalización podría permitir el rescate de una parte de los derechos consolidados antes del acaecimiento del hecho cubierto, pero no somos sensibles a esta posibilidad, ni siquiera en casos de desempleo o enfermedad de larga duración tal y como ocurre en la previsión voluntaria. No estamos ante un sistema complementario de previsión, sino ante el sistema en sí, y no cabría dedicar el ahorro a la cobertura de las necesidades a corto plazo en detrimento de las previstas a largo plazo pues si los derechos devienen finalmente en insuficientes no puede ser que, una vez consumidas con anterioridad parte o la totalidad de estos derechos, se pretenda que sea el resto de la ciudadanía la que asuma esos costes. Es decir, no puede articularse un sistema de solidaridad a conveniencia.

Por otra parte, en un modelo de capitalización individual de aportación definida se puede limitar o modificar la estructura temporal o cuantitativa de las aportaciones, siendo necesaria la prudencia en el caso de un sistema de previsión obligatorio para evitar la dilución de responsabilidad de quien aporta, la existencia de riesgo moral y la confianza en que posibles problemas futuros por descapitalización se transferirían al resto de los ciudadanos. Igualmente, la asunción total de un modelo de capitalización de aportación definida permite plantear en la práctica un esquema variable en cuanto a la edad de acceso a la prestación, flexibilidad que a pesar de su valoración positiva debe recoger, por idénticos motivos a los ya argumentados en este apartado, un límite mínimo de edad para toda la población.

- e) No debe descartarse que, si un elemento clave para la adopción de la capitalización de aportación definida es eliminar las consecuencias de una relación desequilibrada entre activos y pasivos, uno de los sectores afectados por tal asunción será la previsión en el segundo o tercer nivel. Si el desequilibrio a nivel poblacional deja previsiblemente de ser un

riesgo real ya no será necesaria la cobertura de posibles desequilibrios a través de una vía adicional, desapareciendo algunas de las razones que llevan a las ventajas fiscales de la previsión voluntaria, que pasaría a entenderse como mero producto de inversión –algo más cercano de lo deseable ya en la actualidad- en detrimento de la previsión.

- f) Una vez alcanzada la edad de jubilación, la transformación en renta de los derechos consolidados normalmente tiene asociada gastos de gestión que son asumidos por el beneficiario. De igual forma, respecto a la cuantía de la prestación conviene tener en cuenta las características de la esperanza de vida en la transformación del capital acumulado en renta; si obviamos otras prestaciones y utilizamos las Tablas de mortalidad de la población de España 1991-2008. Año 2009 ([www.ine.es](http://www.ine.es)), un interés técnico del 3% y un capital de jubilación transformable en renta de 100 unidades monetarias, los términos de una renta actuarial anual, inmediata, pospagable y vitalicia para una cabeza de 67 años de edad son de 7,57 u.m. si utilizamos datos poblacionales, de 8,32 u.m. si se utilizan datos referidos únicamente a varones y de 7,03 u.m. si se utiliza un colectivo de mujeres como base de la tabla de mortalidad.

Es decir, el diseño de un sistema basado en la capitalización individual de aportación definida debe contener las reglas de cálculo de la renta actuarial equivalente al fondo de capitalización acumulado. Una posibilidad es aplicar una tabla de mortalidad diferenciada por sexo, donde la mayor esperanza de vida de las mujeres hace que la cuantía anual que reciban sea ligeramente inferior a la de los hombres, puesto que se espera que vivan más años. No existe ninguna discriminación en esta dinámica puesto que se espera que las mujeres obtengan una menor cuantía anual pero durante más años, por lo que cualquier afirmación en otro sentido es rotundamente falsa, impropia y tendenciosa<sup>13</sup>. Otra alternativa, similar a la existente en

---

13 Fuera del campo aquí tratado, la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 1 de marzo de 2011 que es una confirmación del contenido de la Directiva 2004/113/CE, y que declara que “El artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, se declara inválido con efectos a 21 de diciembre de 2012”, causa verdaderamente estupor y sonrojo pues, argumentando sobre teóricos –e inexistentes- “tratos desfavorecedores”, es una muestra de desdén absoluto hacia la adecuación de los riesgos a la naturaleza de sus fuentes y de imposición por la fuerza de uniformidad en aquello que es marcada e inequívocamente heterogéneo.

el régimen actual de seguridad social, sería calcular la renta equivalente con una tabla de mortalidad sin diferencias por sexo, donde todos los trabajadores cobrarían lo mismo para un mismo capital inicial y edad de jubilación y sin tener en cuenta que la esperanza de vida de los hombres es menor, por lo que se espera que cobren menos que las mujeres habiendo acumulado el mismo capital. En este caso, si la capitalización individual genera derechos para cada trabajador, siempre se podría discutir que a éste se le apliquen variables que no corresponden exactamente a sus características personales, y esta situación, que en la Seguridad Social puede ser aceptada pensando en entornos familiares tradicionales, se encuentra desde luego sometida a debate con las nuevas formas de familia monoparentales.

Como ya hemos dejado entrever, un sistema basado totalmente en la capitalización mediante aportación definida deberá garantizar la cobertura de todos los riesgos asumidos por el modelo actual, por lo que el fondo acumulado por la capitalización dedicaría una parte de sus recursos a mitigar la concreción de riesgos distintos a la jubilación, minorando así el montante futuro que correspondería al beneficiario para cubrir esta contingencia. Una alternativa a esta opción sería separar la prestación de jubilación y quizás aquellas que dependen de alguna forma de la misma, como son la viudedad y la orfandad, y someterlas a la capitalización de aportación definida, mientras otras prestaciones seguirían encuadradas en un régimen de reparto. Para el correcto funcionamiento de esta alternativa los sistemas deberían ser claramente independientes con el fin de evitar el traslado de incertidumbre entre ambos, dedicándose una parte limitada de las cotizaciones a la cobertura de la jubilación y de sus prestaciones vinculadas.

Por último, también hemos indicado que la capitalización permite una alta flexibilidad en la configuración de los ingresos destinados a capitalizarse. Puede mantenerse la actual distribución entre aportaciones del empresario y el trabajador, puede incrementarse la aportación a cargo del trabajador con estabilidad en la empresarial, puede incrementarse la aportación del trabajador minorando a su vez la que corresponde al empresario y, por último, puede abordarse únicamente una reducción de las aportaciones empresariales. La experiencia en otros países refiere que un sistema basado únicamente en la capitalización ha supuesto el incremento de las aportaciones individuales del empleado para intentar garantizar un capital suficiente en el momento en que acaece la contingencia cubierta, superando el 10% de su remuneración, por lo que en esta situación, según sea

finalmente la estructura de los obligados a cotizar, no se descarta la aparición de una tensión inflacionista para que el trabajador recupere el nivel salarial previo al cambio de escenarios contributivos. A su vez, si el sistema tiene una menor necesidad de ingresos al haberse transferido el riesgo íntegramente al trabajador, esto permitiría que se redujesen sensiblemente las aportaciones del empleador en detrimento del empleado, siendo quizás este uno de los motivos por los que la capitalización de aportación definida tiene un amplio predicamento en diversos estamentos.

Como hemos indicado, puede hablarse de sistemas mixtos de capitalización y reparto, financiados ambos con cotizaciones, buscando cierto equilibrio entre la solidaridad y la equidad individual. En todo caso, cualquier modalidad de aportación definida debe reforzar inexcusablemente su independencia real, con un apoyo decidido por la transparencia y la información continua, clara y veraz a los beneficiarios, siendo en todo momento accesible para cualquiera de ellos la situación económico-financiera del sistema. Este modelo mixto, entre otras bondades, mitigaría la inexistencia de derechos contributivos en aquellos casos en los que la cotización haya sido inferior a la legalmente establecida para el acceso a la prestación y solventaría algunos de los problemas que se dan en carreras profesionales dilatadas, cuyas cotizaciones sobrepasan los máximos temporales establecidos legalmente para el cálculo de la prestación. Se plantearían fórmulas que permitiesen que una parte, no necesariamente estable, de las aportaciones una vez completado el período máximo de cotización puedan revertir al trabajador dentro del sistema de capitalización, si bien, para no desequilibrar el sistema de reparto esta derivación de capitales debería ser limitada y progresiva. Por supuesto, la gestión puede ser tanto pública como privada, e incluso pueden convivir ambas, siempre pensando en la combinación, en la medida de lo posible, de eficiencia, rentabilidad, seguridad, control del riesgo, independencia, flexibilidad y libertad de elección.

Por lo tanto, la elección entre capitalización individual de aportación definida y reparto simple anual está sujeta a múltiples fuentes de incertidumbre; cada uno de los modelos tiene sus ventajas e inconvenientes, no siendo indispensable la transformación total de uno en otro si atendemos a las palabras de Brown<sup>14</sup>: “los sistemas de seguridad social no necesitan

---

14 Brown, R. L. (2008). “La financiación óptima de las pensiones de jubilación de la seguridad social y su diseño Criterios contrapuestos respecto al diseño de las pensiones de la seguridad social y su impacto en la financiación”. Informe Técnico. Asociación Internacional de la Seguridad Social. [www.issa.int](http://www.issa.int).

ser capitalizados. Sólo necesitan ser financiados de un modo sostenible, lo cual es una cuestión bastante diferente”.

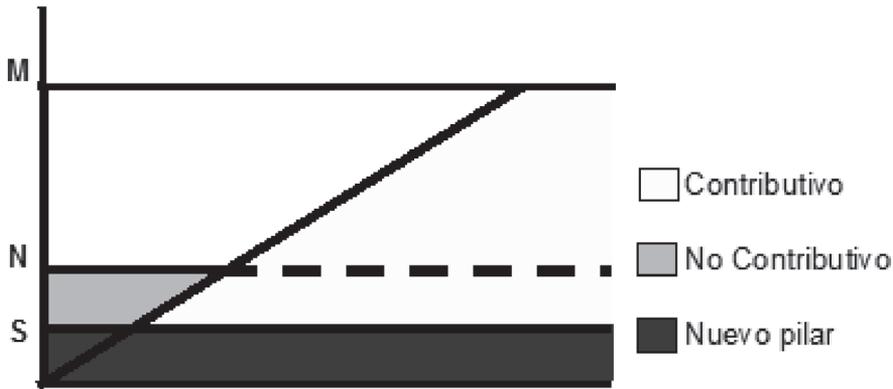
## V. La transformación de los pilares de financiación

Los sistemas de reparto simple anual y de capitalización individual de aportación definida no son los únicos modelos de financiación sometidos a estudio a la hora de abordar la sostenibilidad de la Seguridad Social. Vidal et al.<sup>15</sup>, exponen otra metodología a seguir con la “incorporación al sistema de reparto de instrumentos financieros actuariales utilizados en el sistema de capitalización a través de las cuentas nocionales de aportación definida”. Una cuenta nocional es una cuenta ficticia en la que se recogen las aportaciones imputables a cada individuo y los rendimientos ficticios que se obtienen de dichas aportaciones. El individuo recibe, cuando llega su jubilación, una prestación que tiene su referente en el fondo nocional acumulado y en la mortalidad específica de la generación correspondiente. Sin embargo, siguiendo a los mismos autores, un método de cuentas nocionales proporciona soluciones a temas como la justicia actuarial y la transparencia, pero “no elimina el compromiso intergeneracional entre cotizantes y pasivos y no solventa totalmente el riesgo demográfico”.

Otra de las posibilidades de actuación es la transformación de las fuentes de financiación del sistema público de seguridad social mediante alternativas compatibles con lo recogido en la Disposición adicional undécima del Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, de 1 de abril de 2011. Si nos centramos en el importe de la pensión de jubilación con origen en el modelo contributivo, la prestación tiene un límite máximo M y un límite mínimo N, al que en los casos que corresponda se llegará a través de los complementos a mínimos. Sobre este modelo puede plantearse un nuevo pilar S, totalmente financiado por fuentes ajenas a la Seguridad Social, donde los gastos hasta ese límite S corran íntegramente a cargo de nuevas fuentes de financiación, con un esquema similar al del siguiente cuadro<sup>16</sup>.

15 Vidal, C.; J.E. Devesa y A. Lejárraga (2002). “Cuentas nocionales de aportación definida: fundamento actuarial y aspectos aplicados”. Anales del Instituto de Actuarios Españoles. Tercera época. Nº 8. Págs. 137-186.

16 Véase Hernández, D. (2011). (Op Cit. Pág. 11)



Dentro de este modelo, en las pensiones contributivas con complemento a mínimos la parte correspondiente a ese complemento no contributivo se seguiría financiando mediante fuentes externas al sistema contributivo, mientras en todas las pensiones correspondientes a este último una parte de su coste, los primeros S euros, iría a cargo de una fuente de financiación diferente de la actual. Esta posibilidad de acción tiene, entre otras, las siguientes características:

- Puede adaptarse perfectamente a las fracciones de ejercicio en las que la prestación ha estado efectivamente vigente.
- Transforma una parte de la solidaridad contributiva en solidaridad poblacional.
- No es asistencial ni depende de la renta del beneficiario.
- El sistema de reparto simple anual sigue siendo la base de financiación principal, complementándose con partidas adicionales desde el sistema impositivo, aunque este modelo puede desgajarse completamente de la Seguridad Social e integrarse en un concepto de protección social más amplio. Las fuentes de financiación quedarían, por ello, perfectamente separadas.
- Requiere nuevas partidas presupuestarias, pero no tiene por qué implicar un aumento de la presión fiscal, sino una redistribución de las fuentes de financiación en los correspondientes presupuestos, ya que es preferible la búsqueda de eficiencia en el gasto antes que el incremento del mismo.
- Existen estratos poblacionales a los que esta alternativa no les supone diferencias desde la perspectiva de la financiación –siguen siendo los principales sostenedores del sistema-. Por otra parte, esta opción

dirige una parte del actual gasto contributivo hacia otras fuentes de financiación sin comprometer los hipotéticos derechos de los futuros beneficiarios.

- Puede ser aplicada de forma global o asimilarse a prestaciones concretas aunque, como otros sistemas, requiere compromisos decididos, control e independencia en la toma de decisiones.

## VI. Conclusiones

Frente a la incertidumbre del sistema público de seguridad social español, una de las posibilidades de reforma sobre la que más se ha insistido desde diversos ámbitos ha sido la modificación del sistema de financiación. La sustitución total del sistema financiero-actuarial de reparto simple anual por un sistema de capitalización individual de aportación definida presenta una problemática compleja que no resuelve todas las fuentes de riesgo existentes, aunque desde el punto de vista de la estricta sostenibilidad es una alternativa interesante. La capitalización de aportación definida, al igual que el reparto simple anual, presenta ventajas e inconvenientes sobre otros modelos de financiación, pero ni es la solución a todos los problemas del sistema español de pensiones ni en sí es un sistema perverso e inadecuado, especialmente cuando su gestión no tiene que ser asociada de forma imperativa al sector privado.

Los modelos mixtos y otras posibilidades complementarias de actuación, entre las que se encuentra la transformación de las fuentes de financiación, son alternativas de trabajo que pueden estudiarse para apoyar la búsqueda de la sostenibilidad de la Seguridad Social. La creación de un nuevo pilar que se haga cargo de los primeros S euros anuales de cada prestación individual es una posibilidad que se puede integrar en un modelo más amplio de protección social, fomentando la sostenibilidad del sistema sin que ello tenga que suponer actuaciones no asumibles desde la perspectiva fiscal o afecte a los teóricos derechos futuros de los trabajadores.



# Capítulo 7

## El fondo de capitalización: las líneas generales de una nueva figura complementaria del sistema de pensiones

---

M<sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO  
*Profesora Titular de INSA-ETEA, Facultad de Empresariales,  
Centro adscrito a la Universidad de Córdoba.  
Área de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*

### Introducción: el debate sobre la influencia de la indemnización por despido en la crisis económica

La crisis económica mundial ha tenido un efecto dramático en España, donde las últimas estadísticas oficiales hablan de una tasa de paro superior al 20%<sup>1</sup>. Esta tasa de paro se debe tanto a la destrucción de empleo como a la falta de creación de nuevos puestos de trabajo. Los empresarios han amortizado fundamentalmente puestos de trabajo temporales (tanto los cubiertos por medio de Empresas de Trabajo Temporal como los cubiertos por contratos laborales temporales), así como aquellos puestos ocupados por los trabajadores con menor antigüedad en la empresa, cuya indemnización por extinción de contrato era por tanto menor que la de sus compañeros.

Según algunos analistas, este tipo de decisiones, motivadas por la vin-

---

<sup>1</sup> La tasa de paro del 4T de 2010 es del 20,33% (con picos del 28,35% en Andalucía y 28,96% en Canarias).

culación entre indemnización por despido y antigüedad en la empresa, influyen en la perpetuación de la crisis, ya que por una parte los empresarios no se atreven a celebrar contratos indefinidos (por el miedo al coste de una posible extinción) y, por otra, la mano de obra que permanece en la empresa es la más cara, puesto que el salario de los trabajadores con más antigüedad también suele ser más alto.

Por ello, el debate sobre la reforma laboral incluyó la referencia a la necesidad de cambiar el régimen de la indemnización por despido de manera que se eliminaran estos efectos secundarios en el mercado de trabajo. De esta manera, los documentos elaborados por el gobierno con carácter previo a la reforma legislativa ya incluían una llamada a la reflexión sobre la posibilidad de adoptar el llamado “sistema austríaco”, que en realidad no era original puesto que se venía aplicando desde hace tiempo en países de América Latina como Chile, Ecuador o Colombia. El sistema consiste en constituir un Fondo al que se van haciendo aportaciones periódicas (bien sea solo por el empresario o bien también por el trabajador), que el trabajador puede recuperar cuando se produce la extinción de su contrato. Sin embargo, hay una diferencia importante entre la figura que se propone para España y los Fondos de Cesantía Latinoamericanos: en el caso de los Fondos de Cesantía se trata fundamentalmente de sistemas de protección social por desempleo (con matices, puesto que por ejemplo en el caso del Chile la familia puede retirar el dinero en caso de fallecimiento). En cambio, en España se trata de una protección distinta y adicional a la prestación por desempleo que otorga la Seguridad Social; su naturaleza es indemnizatoria, es decir, el empresario compensa al trabajador por el perjuicio que le supone perder su puesto de trabajo. Aparte de esta indemnización, cuando un trabajador pierde su puesto de trabajo de manera involuntaria accede a una protección social durante el tiempo que está fuera del mercado laboral; la prestación de desempleo, con sus dos niveles contributivo y asistencial está regulada por la ley, que fija los requisitos para acceder a ella, su cuantía (dependiente de las cotizaciones efectuadas durante el periodo anterior a la pérdida del puesto de trabajo), su duración, etc.

La reforma no afecta a la protección por desempleo sino a la indemnización por despido, y se ha optado por sentar las bases para la sustitución del actual sistema por nuevo modelo, que deberá producirse por medio de reformas legislativas posteriores.

## 1. Modelos de capitalización vigentes en otros ordenamientos: el sistema austríaco y los fondos de cesantía Latinoamericanos

### 1.1. El Sistema Austríaco<sup>2</sup>

Hasta el año 2003, el derecho laboral austríaco reconocía que el trabajador tenía derecho a una indemnización por despido, que debía hacerse efectiva por el empresario en determinados supuestos. Las principales características de su régimen jurídico eran las siguientes:

- a) El trabajador tenía derecho a la indemnización tanto en los casos de mutuo disenso como en todos los casos de despido del trabajador por el empresario, ya fuese despido por causas económicas o por causas relativas al comportamiento o la persona del trabajador, siendo irrelevante que el despido fuese o no justificado. Como excepción, el empresario no estaba obligado a pagar la indemnización en los casos en que era el trabajador el que rescindía el contrato de trabajo o cuando se trataba de un despido disciplinario procedente. No obstante, si el trabajador impugnaba el despido ante los Tribunales, el empresario estaba obligado a pagarle la indemnización, que debía ser devuelta si la sentencia era favorable al trabajador y este volvía a su puesto de trabajo.
- b) Para tener derecho a la indemnización, el contrato debía haber tenido una duración superior a tres años.
- c) La cuantía de la indemnización dependía del Último salario mensual y de la antigüedad en la empresa: el mínimo (después de tres años de antigüedad) era de dos meses de salario, y el máximo de 12 meses de salario con 25 años en la empresa

En el año 2003 se produce la reforma del sistema, que se sustituye por el llamado *Abfertigung neu* (sistema nuevo). Este sistema se aplica a las relaciones laborales iniciadas con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor, así como a las anteriores en el caso de que empresario y trabajador pacten su traspaso al nuevo sistema.

El régimen jurídico del nuevo sistema es el siguiente:

- a) El empresario está obligado a pagar por cada trabajador un 1,53% de su sueldo (entendiendo por tal el salario mensual y los complementos salariales) a una Caja de Prevención Laboral.

---

2 En detalle sobre las características de este modelo, vid. Velasco Portero, M<sup>a</sup> T. y Fröhlich, M. “Los sistemas alemán y austríaco como modelos inspiradores de la reforma laboral en España” *AL* 14/2010

- b) Las Cajas son empresas privadas, independientes de los empleadores, cuya función consiste en colocar el capital; la selección de la Caja concreta con la que se va a trabajar tiene que realizarse por medio de un acuerdo de empresa, suscrito entre el empresario y el comité de empresa o bien por decisión del empresario en los casos en que en la empresa no exista Comité. Una vez seleccionada una Caja de Prevención Laboral, el empresario debe acordar con ella las modalidades de la colocación de capitales en el mercado, ajustándose a los términos pactados con los representantes de los trabajadores en el correspondiente acuerdo de empresa.
- c) Cada trabajador tiene una cuenta en la Caja, cuya cuantía depende del éxito que tenga la Caja en la colocación de los capitales en el mercado, aunque en todo caso esta tiene que garantizar al trabajador un mínimo equivalente a las cuotas pagadas por el empresario.
- d) Los derechos acumulados permanecen en una cuenta del empleado hasta su jubilación, a menos que el contrato de trabajo haya sido rescindido por iniciativa del empresario, en cuyo caso se puede exigir el pago en dinero. Los trabajadores pueden obtener la indemnización solo en aquellos supuestos en los que tenían derecho en el sistema anterior, y siempre que las aportaciones hayan sido realizadas a la Caja durante tres años.
- e) En los supuestos en que el trabajador tiene derecho al pago, puede elegir entre varias opciones: percibir el dinero, mantener la inversión en la misma Caja o en la Caja de su nuevo empresario, o bien transferir el importe como pago a tanto alzado a un fondo de pensiones.
- f) En determinados supuestos el trabajador, pese a producirse la extinción del contrato, no puede pedir el pago de la cantidad ahorrada. Son los siguientes: cuando es el propio trabajador el que ha rescindido el contrato, cuando la relación laboral tenía una antigüedad menor de tres años o cuando no han transcurrido aún tres años desde la última disposición. En estos casos el trabajador no pierde la cantidad ahorrada, sino que permanece en el Fondo, y su cuenta puede ser transferida a la nueva relación.

## 1.2. Los Fondos de Cesantía Latinoamericanos

El sistema descrito presenta algunos elementos en común con los “Fondos de Cesantía” que existen en diversos países latinoamericanos; en el caso de Chile, por ejemplo, existe un Seguro de Cesantía, al que realizan

aportaciones el Estado, el empresario y el trabajador. Cuando el trabajador queda en paro, puede retirar dinero de su cuenta individual y, en su defecto, lo hará cuando se jubile (libre de impuestos). En caso de fallecimiento del trabajador, podrán retirar el dinero sus herederos.

Este Seguro, que en parte es un seguro de desempleo, tiene conexiones con la indemnización por despido a la que tiene derecho el trabajador en los casos de extinción por causas económicas, puesto que parte de la aportación realizada por el empresario es deducible de dicha indemnización.

En Ecuador también existe un Seguro de cesantía, como protección frente al desempleo, que es un fondo individual acumulado con aportaciones de empresario y trabajador. En Colombia también se regula la figura de las Cesantías, prestación social que tiene origen en el *contrato de trabajo*; tienen un carácter obligatorio y deben ser reconocidas liquidadas anualmente por el empleador al empleado. Por Ley, equivalen a un mes de trabajo por cada año laborado y no son entregadas directamente al trabajador sino que son consignadas al Fondo de Cesantías donde éste se encuentra afiliado. Tienen como fin servir como seguro de *desempleo*, o para financiar *vivienda y educación*.

Como hemos dicho, los sistemas descritos no coinciden exactamente con la reforma que se pretende para España, puesto que las Fondos no sustituyen a la indemnización por despido, sino que tienen más bien una finalidad protectora frente a los efectos económicos de la situación de desempleo. Sin embargo, por la similitud en el funcionamiento con el modelo que se pretende implantar, son experiencias que deben ser tenidas en cuenta.

## 2. Los pasos hacia el nuevo modelo: la reforma de 2010 y las previsiones del pacto social de 2 de febrero de 2011

### 2.1. La indemnización por despido en la ley 35/2010

La ley 35/2010 inicia el camino hacia la asunción de un modelo de indemnizaciones por despido similar al austríaco<sup>3</sup>. Su Disposición Transitoria Tercera establece que “En los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados a partir de 18 de junio de 2010 cuando el contrato se extinga por las causas pre-

<sup>3</sup> En realidad, asumiendo las previsiones del Decreto-Ley 16/2010 de reforma del mercado laboral en el que tiene su origen.

vistas en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores<sup>4</sup> o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será abonada directamente por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. 2. La indemnización se calculará según las cuantías por año de servicio y los límites legalmente establecidos en función de la extinción de que se trate y de su calificación judicial o empresarial. No será de aplicación en este supuesto el límite señalado para la base del cálculo de la indemnización previsto en el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores. 3. El abono procederá siempre que el contrato haya tenido una duración superior a un año y cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa. (...) 6. El abono de parte de la indemnización a que se refiere esta disposición se financiará con cargo al Fondo de Garantía Salarial. 7. Lo establecido en esta disposición será de aplicación hasta la entrada en funcionamiento del Fondo de capitalización a que se refiere la disposición adicional décima”

Esta es una medida transitoria, que se sustituirá en un futuro por el siguiente sistema: “Disposición adicional décima. Fondo de capitalización. El Gobierno, en el plazo máximo de un año a partir de 18 de junio de 2010, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, aprobará un proyecto de ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar.

La regulación reconocerá el derecho del trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el Fondo de capitalización en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Las indemnizaciones a abonar por el empresario por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo. El Fondo deberá estar operativo a partir de 1 de enero de 2012.”

De esta manera se pone en marcha la regulación de un sistema inspirado en el modelo austríaco que hemos expuesto anteriormente, a pesar

---

4 Despido objetivo y despido colectivo

de las dificultades que presenta su traslación al ordenamiento español.<sup>5</sup> El primer paso en la transición al nuevo modelo consiste en que el FOGASA asume directamente el pago de parte de las indemnizaciones, mientras se pone en marcha la nueva figura del Fondo de Capitalización<sup>6</sup>.

El papel tradicional del FOGASA, limitado a los supuestos de insolvencia empresarial puede cambiar radicalmente en la ley que regule el nuevo Fondo de Capitalización. Esto ya había empezado a ocurrir, puesto que desde el año 2006 cuando se trata de empresas el Fondo de Garantía Salarial abona el 40 % de la indemnización legal que corresponde a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del mencionado Expediente de Regulación de Empleo. A este supuesto, hay que añadir la mencionada novedad introducida por la ley 35/2010, en el sentido de que el FOGASA pagará de manera directa parte de la indemnización por despido objetivo de los contratos indefinidos celebrados a partir de 18 de junio de 2010 (en concreto, 8 días por año de servicio de los 20 días por año de servicio a los que tiene derecho el trabajador).

El próximo paso será la constitución del Fondo de Capitalización, que puede asumir estas funciones de pago directo del FOGASA y ampliarlas, o bien puede ser desplazado de estas funciones por un nuevo organismo, quedando otra vez limitado a su papel originario de proteger al trabajador en caso de insolvencia empresarial.

## 2.2. Las previsiones del Pacto Social de 2 de febrero de 2011

El texto del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, firmado el 2 de febrero por el gobierno, sindicatos y patronal contiene un nuevo imperativo para el Gobierno: expresamente señala que este debe aprobar, con anterioridad al 18 de junio de

---

5 Vid. Gómez, V. “¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austríaco?”, *RL* 12/2010. pp. 135 y ss.

6 Recordemos que el FOGASA es un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo e Inmigración, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que abona a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario. Además, en determinados supuestos también abona parte de las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación. Como regla general, el Fondo de Garantía Salarial se subroga en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere la ley. Se financia con las cotizaciones empresariales, actualmente el 0,2% de las bases de cotización.

2011, el proyecto de Ley por el que se regule la constitución de un fondo de capitalización para los trabajadores.

En este sentido, el Pacto incluye algunas concreciones del nuevo sistema:

- No puede suponer un incremento de las cotizaciones empresariales
- El Fondo se mantendrá a lo largo de la vida laboral del trabajador por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar.
- El Fondo se hará efectivo no solo en los supuestos de despido, sino también en los de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación.

Las tres decisiones señaladas ya están tomadas, pero quedan muchos otros temas por concretar. Por ello, con el objetivo de analizar el funcionamiento de instituciones similares que existen en otros países de nuestro entorno y su posible adaptación al sistema español de relaciones laborales en el Pacto se acuerda la creación de un grupo de expertos, que deben proponer alternativas abordando las siguientes cuestiones:

- Si el sistema se aplicará a todos los contratos de trabajo vigentes o solo a los que se celebren con posterioridad a su entrada en vigor.
- Si se va a configurar como un nuevo derecho de capitalización individual para los trabajadores o si, por el contrario, debe estar relacionado con los costes de extinción del contrato de trabajo.
- El tipo de institución más adecuada para su gestión.
- Aspectos relacionados con su financiación.

Las conclusiones del trabajo de este grupo de expertos se pondrán a disposición de las partes firmantes del Pacto Social, y a partir de ellas el Gobierno aprobará el proyecto de ley relativo al fondo de capitalización, previa consulta y negociación con las organizaciones empresariales y sindicales firmantes.

### 2.3. Las dificultades prácticas del cambio de modelo

Es evidente que la transición a un nuevo modelo de indemnización por despido no es tarea fácil; hay que concretar muchas cuestiones, y cada decisión que se adopte sobre algún aspecto concreto tendrá consecuencias económicas que pueden llevar al éxito o el fracaso del nuevo sistema en su conjunto. Además, el propio concepto de capitalización puede presentar

inconvenientes, puesto que con el actual modelo, el empresario que opta por mantener los puestos de trabajo tiene el incentivo de ahorrarse el coste de la indemnización; si se cambia a un sistema de capitalización, ese incentivo desaparece, por lo que pueden aumentar los despidos. A sensu contrario, se puede argumentarse que se facilita la creación de empleo, puesto que el empresario pierde el miedo a las cuantiosas indemnizaciones a las que tienen derecho los trabajadores fijos con mucha antigüedad en la empresa.

El Pacto Social ha fijado tres elementos como punto de partida, que vamos a analizar:

- a) No puede suponer un incremento de las cotizaciones empresariales: Que el nuevo modelo no debe suponer un incremento de cotizaciones empresariales ya lo había establecido la Ley 35/2010, y el Pacto insiste en ello. La cuestión, a priori, parece complicada, puesto que la solución más inmediata parecía ser que si el Fondo viene a sustituir a la indemnización por despido que deben abonar los empresarios, fuesen los propios empresarios los que financiasen el Fondo. Esta solución parece descartada, por lo que habrá que explorar otras alternativas: el ministro de Trabajo ha sugerido que se puede establecer un tipo de cotización empresarial al Fondo, compensado con una rebaja de otras cotizaciones por ejemplo, de las correspondientes a desempleo<sup>7</sup>. Es una solución interesante en la pura teoría, pero en la práctica supondrá que el Estado tendrá que hacer frente a un nuevo gasto relativo a protección social sin incrementar sus ingresos vía cotizaciones empresariales.

La literalidad tanto de la ley como del pacto admiten la posibilidad de que el trabajador participe en la financiación del Fondo (solo queda excluido el incremento de las cotizaciones empresariales). A su vez, en este caso caben dos posibilidades: que se trate de una aportación obligatoria para financiar el Fondo básico, o que se establezca una posible aportación voluntaria en el caso de que el trabajador quiera incrementar su cobertura. Ya que el Pacto establece que los sindicatos deben firmar las propuestas que presente el grupo de expertos, no parece probable que acepten la participación obligatoria de los trabajadores, aunque nada obsta a que pueda preverse una participación voluntaria de mejora de mínimos. En este caso habría que estudiar también el

---

7 Gómez, V. “¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austríaco?”, *Relaciones Laborales*, nº 12/2010.

tratamiento fiscal que se otorgaría a las aportaciones del trabajador, para que fuese atractivo.

- b) El Fondo se mantendrá a lo largo de la vida laboral del trabajador por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar: Es decir, no es necesario que el Fondo sustituya de manera íntegra la indemnización actualmente prevista para el despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año y con un máximo de 42 mensualidades. De hecho, ni siquiera el modelo austríaco sustituye a una indemnización tan elevada, porque su límite máximo son doce meses de salario. Podría establecerse que el sistema se refiriese a los 8 días por año de servicio que tras la reforma laboral asume el FOGASA en determinados casos de despido<sup>8</sup>; en esta línea, el ministro de Trabajo Valeriano Gómez estima que “una opción mediante la cual el seguro se hiciera cargo de un coste equivalente a 8 días de salario por año de antigüedad acumulada podría ser financiada con una cotización de entre 0,3 a 0,5 puntos de cotización sobre la masa salarial”<sup>9</sup>.
- c) El Fondo se hará efectivo no solo en los supuestos de despido, sino también en los de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Este es un tema trascendente: el Fondo no va a ser solo de capitalización de la indemnización por despido, sino que abarcará otros supuestos, unos de naturaleza indemnizatoria y otros no. En el caso de movilidad geográfica, hay que entender que se refiere a la indemnización prevista para el trabajador en el caso de que opte por extinguir su contrato en lugar de aceptar el traslado<sup>10</sup>. No se trata de un despido

---

8 Disposición Transitoria Tercera de la Ley 35/2010: “En los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados a partir de 18 de junio de 2010 cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será abonada directamente por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año”

9 Gómez, V. “¿Es posible trasladar a España...?”, op. Cit.

10 Art. 40 ET: “Notificada la decisión de traslado, el trabajador tendrá derecho a optar entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servi-

sino de una extinción del contrato por voluntad de trabajador, pero que ha venido determinada por una decisión del empresario basada en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y que le resulta perjudicial.

La posibilidad de hacer efectivo el Fondo en el momento de la jubilación va en la línea de que el Fondo se configure como una nueva prestación, complementaria del sistema de pensiones, y no como una simple externalización de la indemnización por despido. Más extraña resulta la posibilidad de hacer efectivo el fondo “para el desarrollo de actividades de formación”, cuestión que no encaja ni entre los supuestos indemnizatorios ni entre las que podríamos considerar “situaciones de necesidad” (situaciones de incapacidad del trabajador, etc.).

Quedan fuera de las previsiones de la ley varios supuestos que sería deseable proteger, como es la posibilidad de hacer efectivo el Fondo en los casos de extinción de contratos temporales (que técnicamente no son despidos), o bien aquellos supuestos de incapacidad o invalidez del trabajador, así como la extinción por voluntad del trabajador basada en incumplimiento grave y culpable del empresario; sería deseable que estas eventualidades también estuviesen amparadas por el Fondo. Más razonable resulta excluir aquellos supuestos en que la extinción del contrato se produce por voluntad libre del trabajador, salvo que el trabajador quede sin puesto de trabajo y sobrevenga alguna situación de necesidad.

Sobre estos tres aspectos ya hay consenso entre gobierno, patronal y sindicatos; a partir de ahí, hay que diseñar el sistema, y para ello el Pacto da unas pautas, que comentamos a continuación:

- a) **Ámbito de aplicación del sistema:** Las opciones principales son la aplicación a todos los contratos de trabajo vigente, o bien una aplicación progresiva, de manera que el sistema solo se aplique a los contratos que se celebren con posterioridad a su entrada en vigor. Esta última opción fue la que se adoptó en Austria, ya que una entrada en vigor inmediata y universal puede ser excesivamente costosa para el erario público, teniendo en cuenta que no se incrementan las cotizaciones empresariales. Una tercera opción, que aunque no se menciona en el Pacto nada obsta a que se proponga, es que se aplique a los con-

---

cio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”.

tratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley de creación del Fondo, así como a aquellos contratos celebrados con posterioridad a 18 de junio de 2010, sustituyendo el papel que la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 35/2010 le otorga al FOGASA.

- b) Si se va a configurar como un nuevo derecho de capitalización individual para los trabajadores o si, por el contrario, debe estar relacionado con los costes de extinción del contrato de trabajo: Consideramos que esta cuestión debe ir relacionada con los supuestos en que se pueda hacer efectivo el Fondo. Si se opta por configurarlo como una externalización de la indemnización, de manera que solo se pueda hacer efectivo en dichos casos, la relación con el coste de despido está justificada. Pero si se opta por extender los supuestos de rescate (como ya se ha hecho en parte, al establecer que se podrá hacer efectivo en los casos de jubilación y para gastos de formación), en realidad se trataría de una nueva prestación social, independiente del coste de la extinción del contrato.
- c) El tipo de institución más adecuada para su gestión. Esta cuestión es muy delicada, y las opciones son muy variadas. Institución pública (en cuyo caso podría ser única) o privada (única o diversificada) sería la primera disyuntiva. La cuestión clave es garantizar la seguridad financiera del sistema.
- Si se optase por una institución pública única, debería establecerse una limitación en cuanto a la posibilidad de trasvasar fondos desde esta para cubrir otras partidas, pues esta práctica ha contribuido a situaciones de déficit del Sistema de Seguridad Social. En el caso de optar por la fórmula de instituciones privadas, en nuestra opinión, debería ser diversificada, aunque su actividad debería estar regulada, al igual que se hace con las entidades de seguros; de las que se podría tomar la fórmula del reaseguro, para así tener siempre garantizada la prestación al trabajador.
- d) Aspectos relacionados con su financiación: Aunque en el Pacto se establece que no se pueden incrementar las cotizaciones empresariales, como hemos dicho todavía quedan muchas cuestiones por concretar en este sentido: posibles aportaciones de los trabajadores, financiación exclusivamente estatal, establecer un marco temporal para la financiación pública para posteriormente ir introduciendo participación de empresarios y trabajadores.

Lo que es evidente es que el sistema va a tener un coste importante que hay que financiar, que las únicas alternativas posibles son que lo haga el Estado, el empresario o los trabajadores, y que los tres supuestos son muy complicados: el Estado porque ahora se está enfrentando a decisiones de recorte de gastos, no de incremento; el empresario porque ya se ha optado por no incrementar las cotizaciones empresariales<sup>11</sup> y el trabajador porque él es el sujeto que debe ser indemnizado, no al contrario.

Habría que determinar también sobre qué cantidad se van a calcular las aportaciones al sistema. Si, como propone el ministro de Trabajo, se opta por crear un tipo de cotización específico<sup>12</sup> (reduciendo las cotizaciones por otras contingencias), habría que crear también una base de cotización propia, no topada, puesto que las indemnizaciones por despido se calculan en función del salario sin aplicarse topes.

En el caso de que se opte por la financiación pública también hay que establecer las fuentes concretas de financiación, si se tratará de fondos procedentes de impuestos o de cotizaciones (aquí habría que tener en cuenta los principios del Pacto de Toledo), así como el posible solapamiento con otras prestaciones de seguridad social (como por ej. Desempleo, incapacidad, jubilación...).

---

11 Salvo que se opte por una interpretación literal del Pacto (“*No puede suponer un incremento de las cotizaciones empresariales*”), y se considere que obligar al empresario a externalizar la provisión para la indemnización por despidos no sería un “incremento de cotizaciones”.

12 Vid. Gómez, V. op. cit.



# Capítulo 8

## Equidad, solidaridad y otras variables socioeconómicas

---

DANIEL HERNÁNDEZ GONZÁLEZ  
*Actuario de Seguros*

“–¿Podrías decirme, por favor, cuál es el camino para salir de aquí?.  
–Eso depende mucho de adónde quieras ir –dijo el Gato.  
–No me importa mucho adónde...–dijo Alicia.  
–Entonces, tampoco importa qué camino sigas –dijo el Gato.”  
Alicia en el país de las maravillas. Lewis Carroll

### 1. Introducción

El modelo español de seguridad social se apoya explícitamente en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad, mientras que desarrolla su acción protectora a través de dos vías: el modelo no contributivo, de carácter asistencial, y el modelo contributivo, vinculado a la existencia de aportaciones previas que permiten considerar la equidad como principio inherente e implícito para esta modalidad.

La reforma de las prestaciones de seguridad social ha sido objeto de evaluación y estudio desde múltiples puntos de vista. Las propuestas se han amparado en los indicios de incertidumbre respecto al equilibrio económico-financiero futuro del sistema, aunque también en ocasiones han visto la luz con el objetivo de dar cobertura dentro de la Seguridad Social a otras políticas vinculadas con distintas variables socioeconómicas. Esta situación no es novedosa, de tal forma que se ha hablado del nacimiento de la Seguridad Social, no como del origen de un modelo de cobertura pensado para

evitar situaciones desfavorables que afecten al ciudadano, sino como un sistema de desactivación de conflictos sociales y revoluciones obreras<sup>1</sup>. En España podríamos encontrar un ejemplo sensible a estas afirmaciones en lo acaecido a raíz de las reconversiones industriales<sup>2</sup>.

Esta forma de proceder, más o menos cercana al espíritu que debería imperar en el sistema, es socialmente más fácil de aceptar en escenarios de equilibrio entre ingresos y gastos, puesto que los costes extraordinarios, adicionales o impropios son asumidos sin problemas por el modelo de protección en su conjunto. Sin embargo, la posible existencia de escenarios sujetos a desequilibrios negativos, junto a la correspondiente necesidad de ajustes para asegurar su sostenibilidad, limitan obligatoriamente la idea de una seguridad social contributiva como herramienta al servicio de cualquier situación de teórico desamparo que otorgue prestaciones sin las correspondientes partidas compensatorias.

En el estudio del presente y futuro de la Seguridad Social es habitual hablar de conceptos como la evolución demográfica, la esperanza de vida, el mercado de trabajo, la productividad, etc., pero no lo es tanto abordar otros argumentos relevantes, a buen seguro complicados, polémicos y espinosos, pero de indudable interés. En la presente colaboración se da cuenta, de forma sucinta, de la relación de la Seguridad Social con variables que pueden interferir en su evolución y funcionamiento, siendo imprescindible delimitar la naturaleza de cada una de las modalidades existentes puesto que la mejora del sistema público de protección no significa únicamente subir ilimitadamente el importe de las prestaciones o ampliar constantemente el campo de protección, sino cubrir de la mejor manera posible las necesidades existentes con los recursos disponibles, estos sí, de carácter finito.

## 2. La Seguridad Social como herramienta de política social

La incertidumbre sobre la sostenibilidad de la Seguridad Social y las posibilidades de reforma han sido objeto de numerosos estudios y propuestas que han intentado concretar las fuentes de incertidumbre y anticipar, cuantificar y resolver las consecuencias de su materialización. Junto

---

1 Service, R. (2007). *Camaradas. Historia del Comunismo*. Pág. 65-66.

2 Ojeda Avilés, A. (2005). "La Seguridad Social y su futuro: ¿Ajuste o reconversión?". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (nº 59). Pág. 15-33.

a alternativas como la separación y la transformación de las fuentes de financiación, el refuerzo del sistema por la vía de los ingresos, el aumento de la edad legal de jubilación o la ampliación del período que sirve de base para el cálculo de esta prestación, también ha habido lugar para el debate sobre acciones y políticas específicas que se han entendido beneficiosas para el sistema sin distinguir la propia naturaleza de su parte contributiva, que obliga a tener en cuenta principios mutuales y de equidad frente a la estricta solidaridad.

La Seguridad Social no rehuye el desarrollo de acciones en un amplio marco de participación, integración y protección social y, así, entre otras muchas actuaciones, facilita el acceso a prestaciones para personas que no han realizado una contrapartida suficiente en cuanto a cotizaciones, una parte de las cuales se encontraría sin tales ingresos en riesgo de exclusión social, mantiene un régimen de prestaciones contributivas de jubilación que, en la práctica y ante igualdad en la cuantía inicial de la pensión, se muestra más beneficioso para las mujeres que para los varones a causa de las diferencias en la esperanza de vida, integra bases mínimas en las lagunas de cotización, recoge acciones protectoras en caso de cuidados de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave o de riesgos durante la lactancia y el embarazo y exime de períodos previos de cotización en caso de accidente o de enfermedad profesional. Por otra parte, favorece la reasignación de capitales entre sectores económicos, permite concesiones al sector empresarial a través de las bonificaciones y reducciones de cotizaciones en los casos que así se determina e interviene en la planificación de la satisfacción de deudas empresariales mediante los fraccionamientos, aplazamientos y procedimientos especiales de recaudación.

Así pues, cumple con total garantía el papel constitucional de cobertura de situaciones de necesidad e incluso, adicionalmente, de otras que no son tanto, pero además lo hace con igualdad de trato al ciudadano en todo el territorio nacional, característica de la que adolece la protección social pública que se desarrolla en niveles inferiores al estatal<sup>3</sup>.

Dentro de este escenario el modelo no contributivo se financia mediante la vía impositiva, lo que le permite mantener un planteamiento en el que la solidaridad es un eje fundamental; sin embargo, el modelo contributivo,

---

3 Conviene no perder de vista la recomendación octava de la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, que habla de tener en cuenta “el nuevo marco competencial que sobre la Seguridad Social regulan los diferentes estatutos de autonomía”.

que no es ajeno a tal solidaridad<sup>4</sup>, mantiene cierta equidad entre aportaciones y prestaciones -especialmente en las contingencias comunes- y ello respalda su carácter de modelo económico-actuarial que trasciende de la perspectiva social. La cotización es un importante esfuerzo que se impone a los legalmente obligados, por lo que el respeto a dicho esfuerzo y el mantenimiento en límites razonables de la correspondiente equidad no pueden ser obviados para que a través de la Seguridad Social se planteen múltiples medidas que, en algún caso, debieran encuadrarse dentro de otras dinámicas y estrategias de acción. Los niveles asistenciales, la justicia social o la solidaridad son elementos claves en un sistema de protección social, pero no pueden satisfacerse de forma continua a costa de la equidad para los cotizantes, pues es el modelo en su conjunto el que con ello pierde valor.

Igualmente, es habitual hacer referencia a la existencia de prestaciones “indignas” por su cuantía como problema intrínseco del sistema, pero también como argumento para incardinar compromisos de diversa índole dentro de la Seguridad Social, aunque tal “falta de dignidad” es dudosa puesto que las prestaciones dependen normalmente de lo aportado –o no aportado- a un sistema que, además, es generoso si se compara lo que realmente ingresa el individuo con lo que éste recibe en términos esperados.

La Seguridad Social no es únicamente un conjunto de prestaciones, sino que es un entramado económico, financiero-actuarial y jurídico que posibilita la cobertura de situaciones de necesidad y requiere para ello la existencia de unos ingresos consolidados. No es posible entender, desarrollar y mejorar el sistema desde una única perspectiva, seguida continuamente por diversos estamentos y profesionales, que se centre únicamente en el otorgamiento de derechos teóricos olvidando las necesarias aportaciones para sustentarlos.

## 2.1 La inmigración

En este terreno se han expuesto argumentos acerca del beneficio para el sistema de seguridad social que ocasiona el fomento de las políticas de inmigración, puesto que un mayor número de inmigrantes, al incorporarse al mercado laboral, generaría un incremento positivo de los ingresos vía incremento de las cotizaciones, al igual que lo harían previsiblemente

---

4 La transferencia intergeneracional de recursos, la existencia de topes máximos en las prestaciones, las condiciones de acceso a las pensiones en caso de accidentes y enfermedad profesional o las cotizaciones sin conversión final en prestaciones son ejemplos de tal solidaridad.

las generaciones nacidas de esta inmigración, ya consideradas nativas. Aspectos adicionales y limitaciones a esta teoría se tratan en Conde et al.<sup>5</sup> y así, por ejemplo, para corregir el incremento de una tasa de dependencia futura es necesario que la estructura demográfica de la inmigración sea complementaria de la del país receptor.

La premisa central del beneficio de la inmigración sobre las cuentas de la Seguridad Social se encuentra sometida a matizaciones al mantenerse la incertidumbre a largo plazo, ya que los apoyos por la vía de los ingresos se producen en horizontes más cercanos y no se puede olvidar que quienes están realizando esas aportaciones en el presente se convertirán en buena parte en generadores de gasto, por ejemplo, al alcanzar la edad de jubilación –precisamente cuando mayor incertidumbre se espera–, sin que, entre otras variables, los reemplazos, las pautas de fecundidad o las oportunidades laborales que favorecen gran parte de la inmigración se mantengan obligatoriamente estables en el tiempo.

El argumento aludido tiene mayor sentido en un entorno económico en expansión y población nativa estable, pero no tiene en cuenta la no uniformidad del mercado de trabajo y de la economía en su conjunto, puesto que en momentos de recesión se puede producir el efecto contrario al deseado y las nuevas generaciones nacidas de esa inmigración no tendrán asegurado un puesto de trabajo. Lamentablemente, la oferta laboral no es, ni será, ilimitada, y no existe garantía de que los activos puedan financiar a los pasivos si la ocupación laboral no origina, como mínimo, unos incrementos de ingresos equivalentes a los nuevos gastos e, incluso, pudieran existir más ocupados sin que ello derive necesariamente en sostenibilidad.

No es, por tanto, la inmigración en sí la que es beneficiosa para el sistema de seguridad social, sino que lo es la existencia de un mercado laboral capaz de absorber la oferta de trabajadores.

## 2.2. El acceso de la mujer al mercado laboral

Otros planteamientos de estudio se han basado en el acceso de la mujer al mercado laboral como un acicate para los ingresos del sistema, por lo que habría que incidir en esta vía para garantizar el equilibrio presupuestario de la Seguridad Social, afirmaciones que, de nuevo y por sí solas, son sensibles a la discusión si se tiene en cuenta que, en buena parte de las profesiones, la variable sexo es absolutamente irrelevante. Sin embar-

5 Conde, J.I.; J.F. Jimeno; G. Valera (2006). “Inmigración y Pensiones. ¿Qué sabemos?”. Fundación BBVA. *Documentos de trabajo*, nº 2.

go, a la hora de realizar los correspondientes estudios en la materia sí son esenciales las variables tipo de jornada y ocupación, curiosamente bastante menos mencionadas.

Si nos centramos únicamente en el caso femenino, una parte del “beneficio en Seguridad Social” obtenido en el presente viene derivado de una mayor cotización por su indispensable incorporación al mercado de trabajo, pero también por el menor acceso de la mujer a prestaciones contributivas debido a la ausencia de carreras de cotización pasadas estables, aunque esta situación tendrá otro comportamiento en el futuro ya que, independientemente de la estructura de la fuente de ingresos, en la que lo verdaderamente importante es una cotización suficiente y no el sexo del cotizante, desde el punto del gasto sí habrá un número superior de mujeres que, afortunadamente, se habrán asegurado una pensión contributiva gracias a su previa incorporación al entorno laboral, mujeres que, además, tendrán previsiblemente una esperanza de vida superior a la de los varones y generarán mayores costes ante prestaciones no diferenciadas por sexo ya que, en el modelo actual y ante igual prestación de partida, las mujeres cobrarán en promedio montantes globales de jubilación superiores respecto a los hombres. Por tanto, los criterios que siguen esta línea exclusiva de trabajo se someten a la misma crítica que los ya citados anteriormente, puesto que se centran en escenarios a corto plazo y extrapolan los beneficios de una determinada situación, en este caso la incorporación de la mujer al entorno laboral, a escenarios marcadamente heterogéneos.

La incorporación de la mujer al mercado de trabajo en igualdad de condiciones es, por tanto, un objetivo imprescindible y perseguible en sí mismo, pero no por su vinculación con la sostenibilidad del sistema de protección de la Seguridad Social.

### 2.3. El número de hijos

G. Abío y C. Patxot<sup>6</sup> indican que “Esencialmente, el origen de los problemas financieros de los sistemas de pensiones de reparto se encuentra en la ausencia de una relación formal, en la fórmula de cálculo de las pensiones, entre la tasa de fecundidad y los beneficios que se reciben en concepto de pensiones, cuando en realidad esta relación existe en términos macroeconómicos. Por tanto, una reforma intuitiva del sistema de pensiones consistiría en ligar, de alguna manera, las pensiones al número de hijos

6 Abío, G.; C. Patxot. (2005). “Sistemas de pensiones y fecundidad. Un enfoque de generaciones solapadas”. Fundación BBVA. *Documentos de trabajo*, nº 3.

(...) Por un lado, esta propuesta conseguiría automáticamente el equilibrio financiero del sistema, eliminando su dependencia demográfica. Por otro lado, esta política podría restaurar la optimalidad [sic.] de la economía, aumentando así el bienestar general, a través de su influencia en la tasa de fecundidad, que a menudo no se tiene en cuenta (...) De hecho, dado que los hijos acabarán siendo contribuyentes del sistema, tenerlos y educarlos es una forma de aportar contribuciones a la Seguridad Social”.

Desde un punto de vista macroeconómico, bajo sus hipótesis de partida y los escenarios propuestos, las citadas autoras argumentan que una política que vincule las pensiones al número de hijos “parece atractiva porque aísla el sistema de pensiones de las fluctuaciones demográficas, asegurando de esta forma su viabilidad financiera”.

Este planteamiento es interesante y no está exento de sentido, pero, desde una perspectiva más práctica, hay que observar que ese sentido adquiere verdadero valor en el caso en el que los hijos que computan para una mayor prestación realmente se incorporen al sistema contributivo a través del mercado de trabajo y sustenten con sus cotizaciones las obligaciones del sistema. Sin entrar a valorar las hipótesis de partida utilizadas, parece claro que no todos los hijos van a acceder al mercado laboral español y a contribuir al sistema de seguridad social, mientras que los que sí lo hagan lo harán con diferente intensidad, tanto en tiempo como en importe de cotizaciones, especialmente en un mercado de trabajo no uniforme y de demanda limitada; tampoco hace falta insistir en que los activos de un momento temporal serán previsiblemente pasivos en un instante futuro, existiendo, por motivos de capacidad y recursos, restricciones en el máximo poblacional admisible.

Así pues, la estricta aplicación de esta alternativa obvia la necesaria equidad entre aportaciones y prestaciones puesto que la variable relevante para una mayor prestación por contingencias comunes dejaría de ser lo verdaderamente aportado para trasladarse hacia el número de hijos, variable que, por otra parte, tendrá una correlación directa con el gasto público en otras materias: sanidad, educación, ayudas familiares, etc. En este caso, es posible que quienes decidan no tener hijos, tener menos o no puedan tenerlos tiendan a verse desincentivados en cuanto a la realización de una cotización que no les revierte positivamente, puesto que mayores aportaciones no son símbolo de mejores prestaciones.

Igualmente, no faltarían problemas de aplicación práctica en cuanto a la determinación de si deben computar todos los hijos, solamente los que

llegan a una edad concreta o los que llegan a incorporarse al mundo laboral, pues es claro que no todos van a contribuir de igual forma al sistema mediante sus cotizaciones. El problema se complicará todavía más cuando se quiera abordar la cuestión de si debe ser más beneficioso a la hora de recibir una prestación contributiva tener dos o más hijos que cotizan por la base mínima que uno que cotiza por la base máxima.

Las deseables políticas públicas de incentivos a la natalidad no tienen por qué estar necesaria y totalmente vinculadas a las pensiones contributivas de la Seguridad Social, sino articularse a través de mecanismos propios que no intervengan en la equidad ni desincentiven la cotización o diluyan su capacidad y razón de ser. Por supuesto, cualquier decisión que alcance únicamente a uno sólo de los progenitores sería discriminatoria y no puede responder más que a la utilización inadecuada de la Seguridad Social para cumplir otros fines ajenos a la misma.

Por su parte, García Ninet<sup>7</sup> se ha acercado a la cuestión de referencia desde otro plano al hablar de las prestaciones de viudedad, indicando que: “Habría que tener muy en cuenta en los próximos años, por lo tanto, la cantidad de años que muchas mujeres han tenido que permanecer en sus casas al cuidado de sus hijos sin poder trabajar ante la imposibilidad de compatibilizar trabajo y familia y ello compensarlo con el reconocimiento de cotizaciones ficticias por cada hijo en función de una serie de años de imposibilidad de trabajo con cargo a los Presupuestos generales del Estado, pues son años de los que nos hemos beneficiado todos”.

Esta propuesta, desde luego no exenta de interés desde una perspectiva estricta de justicia social, presenta también aspectos inciertos en su aplicación y desarrollo, todavía más allá de lo indicado en cuestión de equidad, pues parece complejo determinar quién no pudo acceder al mercado laboral en tiempos pasados por la aplicación de un modelo sociopolítico determinado, aun cuando fuesen amplia mayoría, y quién decidió no hacerlo aunque hubiera podido, sin olvidar que las mujeres no han sido las únicas perjudicadas puesto que hay otros colectivos que han sufrido tradicional y persistentemente el olvido de la sociedad, por ejemplo, las personas con discapacidad. En todo caso, si se hubieran de reconocer estas cotizaciones ficticias al ciudadano, siempre convendría que al menos una parte tenga su correspondiente equivalencia por el lado de los ingresos.

---

7 García Ninet, J.I. (2010). “Cuestiones actuales y perspectivas de futuro del ordenamiento español de Seguridad Social”. *El Futuro Europeo de la Seguridad Social*. [Págs.307 - 326]. Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Editorial *Laborum*.

Para finalizar este apartado, la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, en la recomendación número 17, Mujer y Protección social, de su informe de diciembre de 2010, señala también “la importancia de la natalidad para el sostenimiento del sistema de pensiones en el futuro”. Con todo lo visto hasta este momento se podría decir que esta afirmación es razonable, sí, pero nos parece difusa, pues sólo será plenamente adecuada si quienes vienen de esa mejora de la natalidad pueden acceder a una economía en la que haya demanda de trabajadores, sin perjuicio de la posibilidad de complementar una natalidad insuficiente mediante los flujos migratorios. Por tanto, la aseveración referida a la importancia de la natalidad en el sistema futuro de pensiones, que ha calado hondo en diversos los estamentos sociales y profesionales, es, como mínimo, discutible.

#### 2.4. Actividad profesional

En los sistemas de seguridad social es posible articular un diseño que establezca los derechos teóricos y las obligaciones de los ciudadanos atendiendo a algunas de las particularidades que les son inherentes, por ejemplo, según el desarrollo de actividades laborales que pueden incidir en su salud y esperanza de vida. Aunque su concepción haya respondido a motivos de otra índole, el régimen de seguridad social de los empleados del carbón es un ejemplo que puede adecuarse a un sistema especial de protección atendiendo a las condiciones particulares de los beneficiarios.

Por otro lado, el Reglamento de pensiones parlamentarias y otras prestaciones económicas a favor de los ex-parlamentarios, aprobado por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado en fecha 11 de julio de 2006, indica en su exposición de motivos que “La regulación de las pensiones parlamentarias tiene como objeto situar a los parlamentarios españoles en un nivel equiparable a la media de los países de nuestro entorno”, estableciéndose en la norma que, si los parlamentarios no alcanzan el límite máximo de las prestaciones públicas, las Cámaras abonarán una prestación por la diferencia entre la pensión técnica y la pensión pública límite.

Así pues, entre otras particularidades, los miembros del Congreso de los Diputados y del Senado tienen una prestación adicional que les acerca a la prestación máxima en materia de pensiones públicas independientemente del montante económico ingresado personal y directamente por cotizaciones, siempre que hayan estado al menos siete años desempeñando este puesto y cumplan el resto de requisitos legales establecidos, y con la

particularidad de que el porcentaje computable será del 80% del límite máximo de percepción de pensiones públicas en caso de siete a nueve años de mandato, del 90% en caso de nueve a once años y el 100% por más de 11 años. Sin embargo, los beneficiarios de estas medidas están sometidos al régimen de seguridad social y los complementos a percibir van a cargo de partidas ajenas al mismo, por lo que no contribuyen a limar su sostenibilidad y desde esta perspectiva no debería haber objeciones al planteamiento vigente.

Ahora bien, a pesar de ello, no somos capaces de encontrar una motivación razonable y objetiva para el mantenimiento de una situación de privilegio con cargo a fondos públicos dentro del paradigma de la jubilación. En el caso de estos beneficiarios no parece que exista una causa lo suficientemente objetiva para mantener un sistema especial con respecto al resto de los ciudadanos, puesto que no está probado que su esperanza de vida sea sensiblemente inferior a la del resto de grupos profesionales ni que del ejercicio de su actividad se desprendan graves problemas para su salud. Posiblemente pueda pensarse en que este colectivo puede dejar de desarrollar su actividad con cada nueva composición de las respectivas Cámaras, pero hasta donde sabemos este es un riesgo al que están expuestos otros grupos profesionales y tampoco queda constatado que el abandono de la actividad realizada impida indefinidamente el ejercicio posterior de otra profesión. Por ello, no importan tanto las cuantías derivadas de esta situación legal, sino el que no se permita a otros ciudadanos el acceso a condiciones similares con fondos públicos.

Por último, es habitual que otros colectivos bien diferenciados tengan también unas condiciones de acceso a la jubilación que no se facilitan al resto de ciudadanos, utilizándose recurrentemente los mecanismos públicos legalmente establecidos con el único fin de regulaciones de empleo, sin que de nuevo existan suficientes, razonables y objetivos argumentos para el mantenimiento de situaciones de privilegio, pues en no pocas ocasiones hablamos de empresas con beneficios y sin ninguna dificultad económico-financiera permanente.

## 2.5 Discapacidad

La integración de las personas con discapacidad es un reto continuo y permanente y una obligación social indiscutible que, por fortuna, está siendo asumida de forma intensa por el conjunto de la sociedad. En comparación con tiempos no muy lejanos, los derechos de las personas con

discapacidad se han visto reforzados de tal forma que progresivamente este colectivo ha dejado de pertenecer a un subsistema social con horizontes limitados.

### *2.5.1 Discapacidad y edad de jubilación*

Las recomendaciones realizadas por la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo en diciembre de 2010 recogen, en su punto duodécimo, Edad de jubilación, que: “la jubilación anticipada debería reservarse a aquellos trabajadores que cuenten con largas carreras de cotización y, voluntariamente, opten por acogerse a ella. No obstante, mediante norma con rango de Ley, podrán establecerse mecanismos de jubilación anticipada a favor de colectivos que realicen actividades concretas –atendiendo a su especial penosidad, peligrosidad o insalubridad, y que acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad- así como en razón de su grado de discapacidad, cuando de forma generalizada y apreciable suponga una reducción de su esperanza de vida”.

Esta consideración ya se encuentra recogida en el vigente artículo 161 bis de la Ley General de Seguridad Social, donde se indica que la edad mínima para la jubilación “podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo e Inmigración o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas”, desarrollo reglamentario que, en lo que corresponde, viene dado a través del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento.

Por ello, una parte de las personas con discapacidad, al ser potencialmente menor su esperanza de vida, podrían acceder a la jubilación anticipada en los términos legislativamente establecidos, aunque sea ésta una medida que no favorezca el envejecimiento activo y el desarrollo profesional. Si bien desconocemos las tablas de mortalidad y los estudios utilizados para la culminación del Real Decreto 1851/2009, es obvio que el origen y las características de cada discapacidad son muy heterogéneos y la esperanza de vida de estas personas es tan variable como dichas fuentes.

Sin embargo, el argumento que permite el establecimiento de excepciones a la edad general de jubilación atendiendo a una menor esperanza de vida siempre lleva, de forma inmediata y por aplicación del mismo principio, a otros dilemas de calado. En primer lugar, hay colectivos que pueden no contar con una discapacidad legalmente reconocible o reconocida y tampoco presentan problemas para realizar las actividades de la vida diaria, pero que sin los correctos cuidados sí pudieran haberse hecho acreedores de una reducción en su esperanza de vida, por ejemplo y entre otras, las personas con adicciones a sustancias nocivas. Igualmente, puesto que existe también una diferencia marcada en la variable sexo, si de menor esperanza de vida se trata, de momento la correspondiente a los hombres es sensiblemente inferior a la de las mujeres: ¿Han de tener por ello los hombres una edad de jubilación inferior?

### *2.5.2 Incapacidad permanente*

Volviendo a las recomendaciones de la Comisión no permanente citada, en el punto decimotercero de su informe, Discapacidad, se indica que “La Comisión estima que el sistema de Seguridad Social constituye un instrumento de política social que debe contribuir, en mayor medida, a la plena inclusión de las personas con discapacidad. A tal fin, se han de intensificar los niveles de protección de las necesidades insuficientemente cubiertas de las personas con discapacidad y sus familiares (...).

De igual modo, se ha de promover que el Sistema de Seguridad Social no comporte trabas para la activación y, por tanto, el acceso al empleo de calidad de las personas con discapacidad, y que, al mismo tiempo, estimule, compatibilizándolas en su caso, el tránsito de medidas pasivas a medidas activas.

La Comisión entiende que debe flexibilizarse el régimen jurídico de las pensiones por incapacidad permanente, para moderar la incompatibilidad existente que obliga a elegir entre pensión o trabajo. Ello induce a las personas que han adquirido una discapacidad durante su vida laboral a optar por la pensión –y, consiguientemente, a permanecer en situación de inactividad- cuando podrían, en muchos casos, desarrollar una actividad laboral acorde con sus circunstancias”.

En resumen, lo que la Comisión propone, curiosamente en clara coincidencia con lo que demandan las asociaciones sectoriales, es la compatibilidad de la incapacidad permanente con el trabajo, curiosamente también bajo los principios contrarios a los indicados por la misma Comisión en el punto duodécimo de sus recomendaciones. Si aquí el argumento es el

fomento de una vida activa, allí era, como hemos visto, facilitar la salida del mercado de trabajo atendiendo a una menor esperanza de vida.

Una de las características de ciertas prestaciones contributivas de la Seguridad Social es su capacidad sustitutoria de las rentas salariales que en un periodo previo se percibían por el beneficiario. En el caso de la incapacidad permanente se trata así de evitar que quien ha contribuido al sistema con unas cotizaciones determinadas o que ha sufrido un accidente o una enfermedad profesional, se encuentre en una situación desfavorecida por el acaecimiento de un hecho que afecta de forma significativa a su integridad física, psíquica o sensorial.

En relación con la cuestión de referencia, por una parte se argumenta que las personas con discapacidad inactivas –que no desempleadas- se encuentran en esta situación a causa de la rigidez del mercado de trabajo y de la existencia de prestaciones públicas que teóricamente impedirían su integración. En la práctica, no todas las personas con discapacidad inactivas pueden o quieren acceder a un puesto de trabajo, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico ya existen acciones para la integración de este colectivo en el mundo profesional, por ejemplo en forma de bonificaciones a las cotizaciones, lo que permite dudar del argumento de que esas teóricas nuevas incorporaciones incrementarían los ingresos del sistema de forma relevante.

La compatibilidad propuesta no actúa sobre la demanda de trabajadores, por lo que las necesidades de los empleadores serán las que correspondan a cada instante, independientemente de que los puestos a cubrir sean accesibles o no a personas con discapacidad. Por lo tanto, también es dudosa la concreción de suficientes beneficios directos en empleo gracias a la aplicación de esta opción. Sin embargo, sí hay que reconocer que es esta una medida muy interesante para las personas con discapacidad que ya desempeñan una actividad laboral, que obtendrían unas retribuciones adicionales con cargo a todos los cotizantes del sistema de seguridad social.

Por otra parte, la medida propuesta no es independiente y afectaría indirectamente a los perceptores de prestaciones de jubilación y a los de viudedad, pero también a los beneficiarios de prestaciones no contributivas de invalidez, que también son personas con discapacidad y que no obtendrían este beneficio puesto que, de hacerlo, el sistema no contributivo en su conjunto perdería su sentido.

El fomento del tránsito desde una situación de pasivo a una situación de activo es una política muy adecuada primeramente desde una perspectiva

social, independientemente de los beneficios económicos que ello pudiera reportar a la Seguridad Social. La integración de las personas con discapacidad pasa por la consolidación de derechos que les permitan acceder a la sociedad en igualdad de condiciones que el resto de las personas, evitando comportamientos realmente discriminatorios y tratando de limitar las barreras que se encuentran en su vida diaria. La atención temprana de todo tipo de discapacidades, el desarrollo de planes efectivos en el medio rural, la planificación y la existencia de recursos adaptados, la información, los modelos educativos coherentes y la posibilidad de escolarización, el verdadero respeto a la diversidad o la inexistencia de estratos jerárquicos dentro de la discapacidad, entre otros muchos, son objetivos de los que una sociedad desarrollada no puede evadirse, aunque no conviene confundir igualdad y derechos con privilegios, solidaridad con subvenciones, o equidad y obligaciones con discriminación.

Por ello, a priori no parece que la compatibilidad de prestaciones contributivas de seguridad social por incapacidad permanente con el desarrollo de una actividad laboral genere muchos más beneficios de los perjuicios que puede ocasionar, no existiendo por el contrario problemas para la suspensión de la prestación en el momento de la incorporación al entorno laboral de forma que esta directamente se reactive a la salida del mismo.

## 2.6. Costes sanitarios

En cuanto a los costes sanitarios<sup>8</sup> es pertinente realizar una breve reflexión sobre la articulación de políticas que quisieran vincularlos a la prestación de jubilación, puesto que una de las alternativas que en algún momento se ha planteado para reducir el déficit en la materia es el establecimiento de políticas de gastos farmacéuticos y sanitarios compartidos (copago) para aquellas personas beneficiarias de una pensión de jubilación con un importe superior a un límite determinado, por ejemplo, el salario medio anual. Esta acción se ha sustentado teóricamente en que los pasivos con rentas altas no pueden abstraerse de la existencia de activos con salarios inferiores que sí hacen frente a una parte de los gastos farmacéuticos o en la siempre socorrida afirmación de que son quienes más tienen los que

---

8 Frente a la concepción mitológica y popular de que el sistema sanitario español es gratuito, es necesario dejar constancia de que son los sometidos a regímenes impositivos los que lo financian, por lo que para ellos el modelo vigente ya les supone un coste normalmente asociado a su renta o a su capacidad de gasto, coste que además someten obligatoria e íntegramente al principio de solidaridad.

deben asumir obligatoriamente acciones de solidaridad a favor de los más desfavorecidos.

Junto a los principios en los que se basa la acción protectora de la Seguridad Social: universalidad, unidad, solidaridad e igualdad, el importe de la pensión contributiva de jubilación se calcula atendiendo a las bases de cotización por las que han cotizado previamente los legalmente obligados, por lo que su cuantía, en mayor o menor medida, tiene una correlación directa con el importe de esos pagos. Es decir, cuanto mayor haya sido la cotización previamente realizada por el pensionista, mayor prestación de jubilación obtendrá, siempre con los límites marcados en la ley.

Los beneficiarios de una pensión de jubilación han realizado sus aportaciones al sistema con anterioridad al disfrute de los derechos inherentes a la misma y, puesto que el modelo de seguridad social español se basa en el sistema financiero-actuarial de reparto simple anual, dichos beneficiarios ya han financiado los correspondientes gastos en un tiempo pasado, gastos entre los cuales entendemos que se encontraba hasta no hace mucho tiempo la sanidad. De la satisfacción de los importes citados devienen sus ingresos actuales y, además, el que tengan una prestación superior a un límite determinado no depende de liberalidad alguna, sino de que con anterioridad han contribuido de forma superior a lo que lo han hecho quienes tienen prestaciones inferiores.

Por tanto, es cuando menos discutible el establecimiento de políticas sanitarias de pago compartido para pasivos según sus ingresos por prestaciones de jubilación mientras se obvian los gastos previos realizados, pues estas acciones no hacen otra cosa que perjudicar a quienes más han contribuido al sistema y, por ello, son un elemento ajeno al principio de equidad y desincentivadoras de la cotización. Igualmente, esta medida parcial no eliminará el perfil español de consumo desmedido de recursos sanitarios pero es que, además, puesto que los sometidos a regímenes impositivos son los que financian mediante sus impuestos el sistema sanitario, los pensionistas en la modalidad contributiva ya participan en la sostenibilidad del sistema dependiendo de su nivel de renta.

Si el pago compartido adicional debe o no establecerse en el ámbito sanitario, no sólo en el campo de los medicamentos sino también en el de servicios, es algo que trasciende del presente trabajo pero, de nuevo, la existencia de prestaciones contributivas de seguridad social no puede ser un escudo bajo el que se amparen múltiples ineficiencias, especialmente en el caso que nos ocupa, donde el déficit sanitario de las Comunidades

Autónomas responde a variables de muy diversa naturaleza, muchas de ellas directamente imputables al modelo que las mismas se imponen. Proponer un modelo de gastos compartidos mientras a su vez se mantiene esa ineficiencia, es decir, focalizar el problema únicamente en la necesidad de mayores ingresos pero no en la búsqueda de eficiencia en costes (gastar mejor frente al actual gastar más) no parece que sea el camino más atractivo, especialmente si no existe una firme separación presupuestaria que impida la dilución de las partidas a conveniencia. Si se establece un régimen de gastos compartidos que compense de alguna forma el crecimiento de la esperanza de vida y la mayor demanda de servicios sanitarios que esto supone y que además busque limitar el consumo innecesario de recursos, que lo sea para todas las personas que hacen uso del sistema, incluidos quienes tienen a España como destino vacacional sanitario.

## 2.7. Otros ejemplos

Recurrentes y muy diversos son los ejemplos de propuestas similares a las que aquí se han expuesto; hemos citado los procedimientos especiales de recaudación y la acción beneficiosa de la Seguridad Social derivada de los mismos aunque, sin embargo, su aplicación sesgada puede tener también amplios efectos nocivos pero más difíciles de detectar<sup>9</sup>. El Fondo de Reserva podría ser otra herramienta cuya finalidad original se puede trasladar a conveniencia hacia el cumplimiento de diferentes acciones de política económica, y no han sido pocas las voces que han criticado su política de inversión o la demora en el ingreso de los excedentes.

Han surgido también propuestas que se han centrado en la reducción o eliminación de bonificaciones para pequeñas y medianas empresas y para la contratación de jóvenes y mujeres, si bien son menos las que exponen y concretan de forma solvente la modificación de la estructura económica para facilitar el empleo. También se han presentado iniciativas para incentivar los planes privados de pensiones privados reduciendo las cotizaciones a la seguridad social por las aportaciones a estos fondos. En otro orden de cosas, recientemente hemos conocido una alternativa, bastante lógica en su concepción inicial y ya plasmada en la práctica, en la que las empresas

---

9 Hernández González, D. (2010) "Seguridad Social, insolvencia empresarial y concurso de acreedores". *Economía Española y Protección Social*, nº 2. Asociación de Actuarios, Estadísticos y Economistas de la Administración de la Seguridad Social. A este respecto, el caso de las Sociedades Anónimas Deportivas nos resulta especialmente llamativo.

que realicen planes de seguridad vial y movilidad tendrán reducciones en las cotizaciones. Ahora bien, esta acción no asegura la utilidad de esa formación para los fines propuestos, mientras que los ingresos del sistema pudieran resentirse si, sin que existan precauciones y/o controles para evitar posibles fraudes, las empresas –tengan más, menos o ningún conductor entre sus trabajadores– recurren a realizar tal formación, no como estrategia sino como mera herramienta de reducción de costes. Como cautela ante esta alternativa podemos hablar de lo ocurrido en el sector asegurador español privado, donde la aplicación de una propuesta muy similar acabó con la quiebra y liquidación de la innovadora compañía.

Por el contrario, que en las últimas recomendaciones de la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo se indique que “Las políticas activas de empleo que introduzcan bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social deberán efectuarse exclusivamente con cargo a la fiscalidad general. También se financiarán, con cargo a la fiscalidad general, cualesquiera acciones en materia de anticipación de la edad ordinaria de jubilación o de ayuda a sectores productivos determinados”, aunque seamos escépticos en cuanto a su desarrollo real, es un motivo de satisfacción y esperanza para cambiar una dinámica que amenaza al modelo vigente.

Como se ha visto, las medidas que se proponen desde diversos ámbitos son coherentes y válidas en un concepto amplio de protección social, lo difícil es establecer el límite que separa la liberalidad de la justicia social. Por ello, siempre importa determinar correctamente el destino para poder saber qué camino tomar. La correcta e inequívoca separación de lo que es asistencial y lo que es contributivo es, en nuestra opinión, un camino indispensable para tener un sistema de seguridad social adecuado y eficiente.

### 3. Conclusiones

No son pocas las tendencias orientadas a la utilización directa o indirecta de la Seguridad Social como herramienta para favorecer políticas que se entienden beneficiosas desde el punto de vista social, generalmente sin tener en cuenta la necesaria equidad que rige el sistema en su parte contributiva y obviando que la capacidad de gasto no es ilimitada. Además, los argumentos que se proponen para sustentar esta situación intentan justificar la asunción de estas acciones apoyándose en beneficios para el modelo

contributivo, obviando la existencia de la variable plazo y que estamos ante un sistema en el que acaecen gastos e ingresos y en el que la estructura de prestaciones no puede desarrollarse si no hay fuentes de financiación que la sustenten.

Siendo cierto que no existe una separación absoluta dentro de un escenario global de política social, determinadas acciones de protección deberían estructurarse y planificarse por y para sí puesto que su vinculación al modelo contributivo puede, en ocasiones, crear una mayor complejidad y desigualdad que las que se pretende resolver -si es que esa desigualdad realmente existiese-.

La Seguridad Social no puede abstraerse de la realidad social. De hecho, no lo hace, ya que es un mecanismo que actúa de forma incisiva para garantizar un estado de cobertura de las necesidades de los ciudadanos mediante una acción protectora uniforme en todo el territorio nacional. Pero debe actuar en lo que le es propio y no servir de coartada a grupos de presión ni a intereses corporativos frente al interés general. El sistema contributivo de seguridad social, que se desarrolla en un escenario de igualdad de derechos ante igualdad de obligaciones, debe responder a sus propios fines y mantener en su esencia la idea de un equilibrio entre esas aportaciones y prestaciones, aunque pueda ser mínimo en las derivadas de accidente y enfermedad profesional, todo ello para evitar su desnaturalización y la discriminación hacia el cotizante, al que cada vez se le exige un mayor esfuerzo contributivo. Si es necesario establecer cualesquiera acciones que pretendan otros objetivos, que estas conlleven las compensaciones correspondientes a favor del sistema o que se sometan y se evalúen dentro del modelo no contributivo de protección: serán igualmente eficaces o ineficaces, posiblemente injustas con los cotizantes y con otros colectivos pero, al menos, no causarán quebranto en la sostenibilidad de la Seguridad Social.

En definitiva, es habitual hablar de la incertidumbre futura de la Seguridad Social atendiendo a la materialización de riesgos demográficos y socioeconómicos, pero conscientemente se obvia el riesgo presente de la existencia de un modelo que, bajo los argumentos de protección, igualdad y solidaridad, se pretende que sirva para dar contenido y sustento a políticas que podrían estar desarrolladas en otro plano de actuación; y todo ello porque nuestra Seguridad Social ni está ni ha estado plenamente alejada del marco electoral, este sí, uno de los grandes y verdaderos problemas a los que se encuentra sometida.

# Capítulo 9

## La sostenibilidad y la financiación de la Seguridad Social

---

DRA. PEPA BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO  
*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona*

“La crisis se produce cuando lo viejo no acaba de morir y  
cuando lo nuevo no acaba de nacer”  
Bertolt Brecha

### Planteamiento

La presente comunicación tiene por objeto poner de relieve la significación y complejidad de dos artículos concretos del Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad social publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, el 1 de abril de 2011; esto es, el artículo 8, titulado “factor de sostenibilidad del sistema de seguridad social”, y la disposición adicional undécima, “alternativas de financiación complementarias”.

Artículo 8. Factor de sostenibilidad del sistema de seguridad social.  
Se introduce una nueva disposición adicional, la quincuagésima octava, en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad social, aprobado por Real decreto Legislativo 1/º1994, de 20 de junio, con la siguiente redacción:  
Disposición adicional quincuagésima octava. Factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social.

Con el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad, a partir de 2027 los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la rescisión y la esperanza de vida a los 67 años. Dichas revisiones se efectuarán cada 5 años, utilizando a este fin las previsiones realizadas por los organismos competentes”.

Disposición adicional undécima. Alternativas de financiación complementarias.  
Los Ministerios de Trabajo e Inmigración y de Economía y Hacienda y los agentes económicos y sociales, examinarán, en el marco de las recomendaciones del Pacto de Toledo, la conveniencia de establecer posibles escenarios de financiación complementaria de nuestro sistema de Seguridad Social en el medio y largo plazo”.

La relación entre ambos es obvia, se trata de determinar cómo va a afrontar nuestra futura seguridad social –o si prefieren nuestra seguridad social en el futuro- el problema de su propia viabilidad.

Se parte del hecho cierto de que la vulnerabilidad del modelo de Estado del Bienestar lo hace insostenible en su formulación actual, de modo que es necesario indagar la articulación de reformas en su configuración jurídica y financiera encaminadas a garantizar su estabilidad institucional.

¿Hay margen para apretar el cinturón? Teniendo en cuenta que nuestra sanidad es de las más baratas, muchas pensiones son indignas, las escuelas y universidades públicas necesitan más medios y los nuevos pobres saturan los comedores sociales. ¿Se encuentra el Estado de bienestar, en concreto el sistema de pensiones, en la UVI?

## 2. El sistema financiero de la seguridad social en España.

En octubre de 2010 el sistema de la Seguridad Social había perdido 44.985 afiliados respecto a agosto y en el último año casi 264.000, porcentajes más leves que en el 2009.

Si bien es cierto, el sistema financiero de la Seguridad social no ha caí-

do en picado, se han perdido dos millones de cotizantes por la crisis, y a marzo de 2010 las cuentas de la Seguridad Social suponían un superávit de un 0.56% del PIB.

La Seguridad social cerró el ejercicio de 2010 con un superávit de 2383 millones, lo que supone un descenso del 72% respecto al 2009. Lo importantes es que por primera vez en doce años, su aportación al déficit público no será positiva, medida en términos de contabilidad nacional. En los últimos cuatro años el superávit de la Seguridad Social había sido capaz de compensar las pérdidas de los servicios públicos de empleo y el FOGASA.

La suma del superávit de la Seguridad Social y el déficit del viejo Instituto Nacional de Empleo tendrá una aportación negativa al déficit público. La Seguridad Social ha salvado el superávit gracias a los intereses que le ha reportado el fondo de reserva (2610 millones de euros) cuya dotación asciende a más de 64.000 millones de euros<sup>1</sup>. Hay que recordar que más del 80% de este dinero está invertido desde hace un año en deuda pública española, lo que le ha permitido a este organismo beneficiarse del incremento de intereses.

La Seguridad social acabó el año 2010 con 218.857 trabajadores menos, un 1, 23%, hasta una media de 17.584.982 inscritos; pero ha registrado el primer avance en afiliación –fuera de estación- en los cuatro primeros meses del año 2011.

Los recursos movilizados para hacer frente a la crisis financiera, a través de gasto público en prestaciones, superan el 25% del PIB en los países desarrollados, según informes del Fondo Monetario Internacional y la Comisión Europea.

Dada la excepcional situación económica y el deterioro de las finanzas públicas, en 2011 se revalorizaron exclusivamente, en un 1 por ciento, las pensiones mínimas contributivas y las del SOVI no concurrentes.

La política de pensiones en 2011 se ha dotado con 112.215,76 millones de euros, un 3,6% más que en 2010.

Si nada cambiara el excedente, según las previsiones del Ministerio de Trabajo, durarían hasta 2023. Si se agotara el Fondo de Reserva nos daría un margen de 6 años más, hasta 2029.

---

1 Según datos de la Secretaría de Estado de la Seguridad social a pesar de que 2010 no ha sido un buen año, se han cumplido las previsiones de ingresos y gastos; y añaden más, España ha sido el único sistema de pensiones que no ha cerrado el 2010 con pérdidas, ya que hasta Alemania, y, a pesar de las reformas, ha cerrado con déficit.

### 3. El sistema de pensiones: pasado, presente y futuro.

Partamos de los siguientes datos: al principio de la democracia (1978) el número total de jubilados ascendía a 4 millones; a finales del 2009 el número total es de 8.6 millones de jubilado; la cuantía de la prestación se ha multiplicado en estos 31 años por 10, se ha pasado de cobrar 70 € por pensión a cobrar 776 €.

Cuadro 1. Edad media de jubilación (datos 2010)<sup>2</sup>

AÑOS	RÉGIMEN GENERAL	TOTAL DEL SISTEMA
2004	62.97	63.55
2005	62.87	63.45
2006	63.06	63.61
2007	62.92	63.47
2008	63.16	63.65
2009	63.26	63.73
2010	63.34	63.82

La OCDE censura la cuantía de las pensiones españolas en comparación con el salario.

En España la pensión sobre el sueldo medio neto representa un 84% frente al 71,8% de los países de la OCDE. No obstante, el problema radica en que estos datos deben analizarse con cuidado, puesto que en España el problema es la enorme dispersión de salarios, con una media poco representativa de 1993 € brutos al mes. Es una realidad que las pensiones de jubilación no son precisamente elevadas en España y se destina a sufragarlas un 9 % del PIB frente al 11,8 % de la media europea<sup>3</sup>. Por tanto, la solución no parece radicar en disminuir la cuantía de las pensiones, sino, como han afirmado numerosos autores hacer más productiva la economía y mejorar los salarios, dónde residiría la sostenibilidad del sistema, pero ¿cómo podemos incrementar la productividad y mejorar los salarios, si disponemos de tan alto número de parados, y las ayudas, subvenciones y préstamos para crear empresas se encuentran prácticamente paralizados para la pequeña y mediana empresa que es el núcleo de nuestra economía?<sup>4</sup>

2 Ministerio de Trabajo e Inmigración.

3 Véase cuadro 2.

4 De entre las propuestas formuladas en materia de Empleo y Productividad, destacamos dos, por el interés y relación con la seguridad social, así:

Cuotas: Aumentar las cotizaciones empresariales al desempleo que se pagan por los con-

Cuadro 2. Progresión de los Gastos: Evolución del sistema de Seguridad social (%PIB)<sup>5</sup>.

2005	2010	2015	2020	2025	2050
8,9 %	9,6 %	9,9 %	10,1 %	10,7 %	15,6 %

Aunque cuando una persona se jubila tiene por delante unos 20 años de esperanza de vida, la edad legal de retiro ha permanecido casi invariable en nuestra democracia<sup>6</sup>. Esto nos llevaba a los siguientes interrogantes: ¿Tiene sentido este esquema, si quiere mantener, incluso mejorar el sistema de pensiones? ¿Qué reformas hacen falta? Y ¿de cuánto tiempo disponemos para ello?

Cuadro 3. Evolución prevista de la esperanza de vida a los 65 años<sup>7</sup>.

AÑO	ESPERANZA DE VIDA A LOS 65 AÑOS
2007	19,91
2020	21,14
2030	21,86
2040	22,41

El Instituto Nacional de Estadística (INE) calculaba en diciembre de 2010 que el número de personas mayores de 65 años en nuestro país era de 7.846.029 personas. El total de pensiones contributivas era de 8.697.520 que protegían a un total de 7.910.200 pensionistas, lo que supone que hay unas 775.000 personas que reciben de forma concurrente dos o más pensiones contributivas de la Seguridad Social.

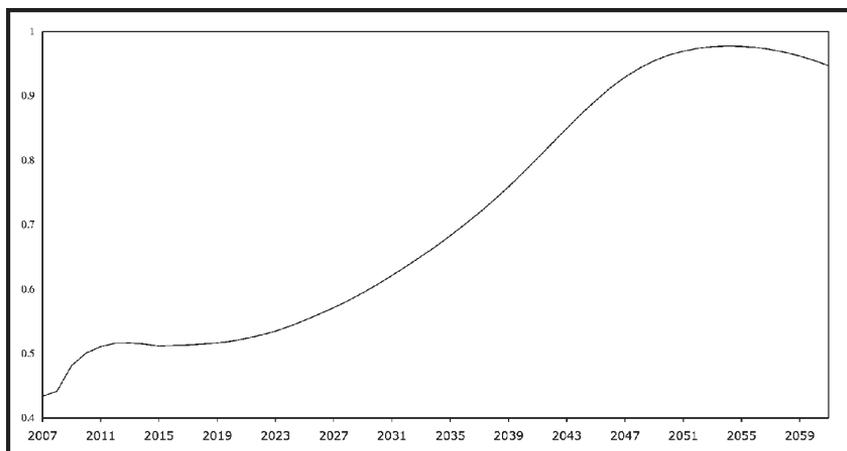
tratos temporales y reducir las de los indefinidos. Si por los primeros se paga un 6,5% de la masa salarial, por los segundos la cuota puede llegar a un 8,3%. Sustenta sus teorías en tablas de cálculo que demuestran que el gasto en prestaciones para trabajadores que perdieron su empleo temporal en 2009 duplicó el de quienes se quedaron sin un puesto de trabajo permanente (22 millones los primeros). La propuesta busca combatir el primer problema del mercado laboral español: la temporalidad, y se trata de una medida con una importante lógica: quienes tienen más opciones de perder su puesto de trabajo deben tener una cotización mayor por este motivo; mi duda en este aspecto, es quién se hará cargo de esta cotización, íntegramente el empresario, o compartida con el trabajador?

Prestación progresiva: introducir la progresividad en la protección por desempleo.

- 5 Tomado del Informe “Repercusiones del envejecimiento en el gasto público: previsiones para los Estados miembros (2004-2050)”.
- 6 La edad de jubilación ordinaria ha sido de 65 años, inalterable desde 1919, cuando la esperanza media de vida al nacer era de 41 años.
- 7 Instituto Nacional de Estadística (INE), estimación a enero de 2011.

Los gastos en prestaciones volvieron a bajar en noviembre de 2010, por quinto mes consecutivo con 2628 millones de euros, lo que representa un descenso del 4,1% respecto al mismo periodo de 2009, y por encima de octubre.

Cuadro 4. Proyección del número de pensiones por ocupado en ausencia de reformas<sup>8</sup>



En base a estos datos el Gobierno desde febrero de 2010 insistía en una dirección: la reforma del sistema de pensiones, incluyendo el incremento de la edad de jubilación.

El principal objetivo de la reforma, se insistía, era reducir el gasto de las pensiones públicas que representa el 10% del PIB, y que sin reformas habría llegado al 15% en 2040, es decir, garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones ante el envejecimiento de la población y preservar la solidaridad inter generacional existente en el mismo ámbito.

Todo ello se encontraba y encuentra en estrecha relación con las últimas reformas europeas - cambios que ya se han producido en Alemania, Reino Unido, Dinamarca, Suecia y Portugal- y las propias opiniones de los órganos políticos europeos, como por ejemplo las conclusiones del Consejo Europeo -17 de junio de 2010<sup>9</sup>- dónde se advertía y defendía que se “garanticen la sostenibilidad de las finanzas públicas a través de la reforma de los sistemas de pensiones, entre otros medios”.

8 De la Fuente, Angel; Doménech, Rafael, “El impacto sobre el gasto de la reforma de las pensiones: una primera estimación”, Colección de estudios económicos, FEDEA, 3-2011, pág. 9.

9 EUCO 13/10, pág. 2.

Dentro de esa misma lógica España, justificaba la congelación de las pensiones contributivas en base al cumplimiento del objetivo de reducción del déficit público contenido en el Plan de Ajuste del Gobierno. En este sentido, el preámbulo del Real Decreto-Ley 8/2010 de 20 de mayo<sup>10</sup>, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, que es la norma por la que se ha regulado esta congelación de pensiones, define literalmente su acción en los siguientes términos:

“El compromiso del Gobierno de España con la sostenibilidad de sus finanzas públicas (...) establece como objetivo, de acuerdo con el Procedimiento de Déficit Excesivo abierto por la Unión Europea, la reducción del déficit para el conjunto de las Administraciones Públicas hasta el 3 por ciento del Producto Interior Bruto (...) para lograr los objetivos recogidos en este Real Decreto-Ley resulta necesario, entre otras medidas, suspender excepcionalmente la revalorización de las pensiones de carácter contributivo para el año 2011”.

Según las conclusiones del Ministerio en torno a la reforma del sistema de pensiones, publicadas el 28 de enero de 2011, los objetivos de la misma podían resumirse de la siguiente manera:

- La reforma consolida y refuerza el sistema público de pensiones ante los desafíos del escenario demográfico y social de las próximas décadas.
- Elimina cualquier riesgo de desequilibrio financiero.
- Potencia la solidaridad y el compromiso entre generaciones.
- Garantiza más y mejores pensiones en el futuro.
- En definitiva, da confianza y tranquilidad a la sociedad española al fortalecer el corazón de nuestro Estado de bienestar.

¿Será suficiente este cambio? ¿Cuántos cotizantes habrá en el futuro? Con respecto a este último interrogante no hay datos lo suficientemente claros a día de hoy teniendo en cuenta la situación de crisis económica y del mercado de trabajo de España<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> BOE de 24 de mayo de 2010.

<sup>11</sup> Como mejora al sistema actual y para garantizar la viabilidad del sistema de seguridad social, se ha apuntado adaptar los contenidos de los futuros licenciados a las necesidades profesionales de forma que se mejore su empleabilidad. Obviamente no estamos ante una cuestión novedosa ni mucho menos; pero podríamos añadir no sólo los contenidos de los futuros licenciados, mejoremos también la formación profesional, que afortunadamente dejó de ser la vía para un pequeño grupo consi-

¿Hay riesgo de que la crisis se lleve por delante buena parte de los logros del estado de bienestar?

#### 4. La sostenibilidad del Estado Español

Inmersos todavía en una crisis mundial, los Estados –entre ellos España de forma acusada- se encuentran con una disminución de los ingresos de la seguridad social provenientes de contribuciones e impuestos frente al aumento de número de posibles beneficiarios<sup>12</sup>. La respuesta a dicha situación abarca las dos opciones siguientes: la expansión -fondos adicionales o la financiación del déficit- o la disminución del gasto en seguridad social.

La anunciada reforma del sistema de seguridad social español se inclina, sin muchas concreciones hacia un sistema mixto, como se refleja tanto en el espíritu de la norma como en disposiciones concretas, así al establecer medidas incrementando la edad de jubilación, desincentivando la jubilación anticipada o un nuevo periodo de cómputo para el cálculo de la pensión está proyectando una disminución del gasto público en pensiones, pero asimismo busca la creación de fondos extras a través de la disposición adicional 11ª al enunciar “la conveniencia de establecer posibles escenarios de financiación complementaria”.

En países con amplia cobertura en Seguridad social, el impacto positivo previsto –reducir gasto o aumentar ingreso- en lo que respecta al nivel de ingresos de las personas y al cambio en la demanda agregada global es significativo. En la mayor parte de los casos, los regímenes de seguridad social pueden desempeñar su función de estabilizadores automáticos, al actuar como medidas anti-cíclicas. Asimismo, recientes investigaciones sugieren que un incremento del gasto social durante o después de la crisis no afecta negativamente al crecimiento económico.

---

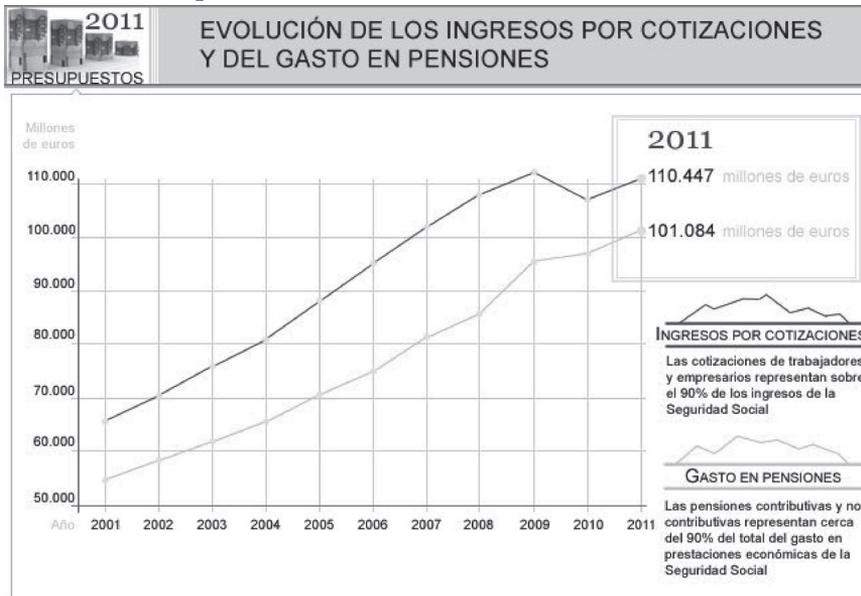
derado con bajo nivel para iniciar estudios universitarios. De tal manera, que la formación (universitaria, profesional) garantice la adecuación a una demanda concreta del mercado de trabajo, el español. Evitemos la huida de los profesionales a otros países, europeos o no, ¿ingenier@s en Alemania?, ¿enfermer@s en Gran Bretaña? y garanticemos un mayor número de cotizantes al sistema de Seguridad social.

12 El problema radica como ya se ha comentado en anteriores ocasiones en la temprana expulsión del mercado de trabajo, más si tenemos en cuenta el controvertido, hasta ahora, sistema de las prejubilaciones que genera un claro doble efecto negativo, a saber perjuicio para las cuentas públicas y perjuicio para el trabajador, que cotizará menos durante los años que permanezca en el paro y vea mermada su pensión.

Afirmamos que la cuestión de incrementar o no el gasto de la seguridad social en tiempos de crisis está estrechamente vinculada al conflicto inherente entre la sostenibilidad financiera a largo plazo y la función contracíclica del gasto en seguridad social y, en general del gasto público. Todo ello nos lleva a formularnos al menos la siguiente pregunta: ¿debe supeditarse, en tiempos de crisis, la adecuación de las prestaciones a las intervenciones políticas discrecionales? Dado nuestro actual panorama político ¿será la futura ley de reforma de la seguridad social una intervención discrecional, o se consolidará en la próxima legislatura a cargo del gobierno que corresponda?

El riesgo de la inviabilidad del sistema de pensiones, aunque sea a largo plazo, amenaza la sostenibilidad del Estado español, y de ahí la necesidad, mejor pronto que tarde, de efectuar serias reformas y de buscar medidas alternativas de financiación dada la incógnita ya planteada en torno tanto al número de cotizantes como al número de receptores de pensiones que existirán en el futuro.

Cuadro 5. Evolución de los ingresos por cotizaciones y del gasto en pensiones. Presupuestos 2011<sup>13</sup>



13 Revista Seguridad Social Activa, Ministerio de Trabajo e Inmigración, “Este gráfico compara la evolución en la última década de la principal fuente de ingresos y la principal partida de gasto dentro del presupuesto de la Seguridad Social. Los ingresos por cotizaciones experimentan un aumento del 2,86% respecto a 2010, hasta los 110.447 millones de euros. El gasto en pensiones contributivas y no contributivas sube hasta 101.084 millones, un 3,87% más que en 2010”

Este riesgo de inviabilidad supone un cebo perfecto para que España y su deuda sufran el acoso de los inversores ¿por qué? Porque si se sabe que las pensiones costarán en un futuro al Estado más de lo que ingresa en cotizaciones –obligado a agotar el fondo de reserva, o desviar fondos de otras partidas- nadie se aventurará a comprar su deuda. Y, esto, conlleva que la falta de atracción de los bonos españoles implicaría dejar a un lado la financiación tradicional del país; llevado al extremo podría, incluso, desembocar en la quiebra.

## 5. Conclusiones al hilo de la OIT.

En todas estas consideraciones- y quizás para terminar de alguna manera la reflexión iniciada con esta Comunicación- no pueden perderse de vista tanto el Convenio nº 102 de la OIT<sup>14</sup> como sus propios principios o requisitos básicos de los sistemas de pensiones.

Así, en primer lugar el citado Convenio exige que las pensiones de vejez se paguen en forma de renta vitalicia –pago periódico-, justamente para proteger la seguridad del ingreso de las personas de edad avanzada contra el impacto de fenómenos tales como las crisis financieras y económicas.

En segundo lugar, por lo que afecta a nuestro tema, destacamos los siguientes principios básicos de la OIT:

1º) Las prestaciones como derecho. Los derechos a prestaciones de jubilación deben especificarse como derechos previsibles.

Con este principio se plantea un problema ya repetido en las páginas que anteceden, ¿cómo vamos a prever los futuros pensionistas, cuando además de los problemas internos que se nos presentan, a nivel europeo y gracias a la coordinación de sistemas de Seguridad social, podemos tener más pensionistas por la movilidad de las pensiones de un Estado miembro a otro?

Podemos incluso preguntarnos, sí con el cambio de la situación económica el problema se resolvería. La opinión mayoritaria es negativa, puesto que el cambio económico y demográfico habría de ser de tal magnitud que difícilmente se producirá, de manera que la inactividad no resuelve el problema, sino que lo retrasa y todo ello, consideramos, reduce el margen de maniobra y hace más drástico el futuro ajuste .

---

14 Convenio sobre la Seguridad social (norma mínima) de 1952, ratificado por España el 29 de junio de 1988.

2º) Equivalencia actuarial colectiva de las cotizaciones y del nivel de las pensiones: el nivel de las prestaciones concedidas a todos los contribuyentes deben reflejar el nivel de las cotizaciones pagadas.

En este sentido cabe destacar que algún autor ha puesto de manifiesto –argumento del todo interesante– su negativa a pensar que dentro del Estado social y democrático de derecho se financien exclusivamente las prestaciones con las cotizaciones sociales, exigiendo que todos los recursos del Estado deben utilizarse para hacer frente a la totalidad de los gastos de ese Estado, también lo relativo a las pensiones ; y, ello, en base a que la Seguridad social es parte integrante del Estado y su quiebra sólo es concebible dentro de la quiebra del propio Estado; pasando a afirmar que el Estado no puede quebrar, todo lo más acercarse a la suspensión de pagos, pero tan sólo si antes se ha hundido toda la economía nacional, en cuyo caso no serían únicamente los pensionistas los que tendrían dificultades sino todos los ciudadanos: poseedores de deuda pública, funcionarios públicos, asalariados, inversores y, por supuesto, los tenedores de fondos privados de pensiones.

3º) Responsabilidad fiscal y financiera: se deberá financiar los sistemas de modo que se eviten incertidumbres sobre su viabilidad a largo plazo.

¿Acaso no es lo que establece el proyecto de Ley al afirmar la búsqueda de fuentes de financiación alternativas? ¿No debería el proyecto aprovechar esta ocasión y concretar, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, cuáles podrían ser éstas? Porque si no se hiciera así, ¿qué otro momento nos queda?

4º) Responsabilidad del Estado: el Estado debe seguir siendo el verdadero garante del derecho a disfrutar de una jubilación de coste asequible y de una pensión adecuada.

No nos podemos olvidar que el art. 41 de la Constitución Española no establece como derecho la seguridad social, pero sí encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad social, garantía de un sistema de seguridad social con carácter universal, es decir para todos los ciudadanos. ¿Seguirá manteniendo el sistema estas características tras la inclusión de nuevas fuentes de financiación del sistema de pensiones públicas?



# Capítulo 10

## La reforma de la jubilación y sus condicinantes (Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social)

---

### Tercera ponencia

JOSE LUIS TORTUERO PLAZA  
*Catedrático de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social de la UCM*

#### I. Planteamiento general

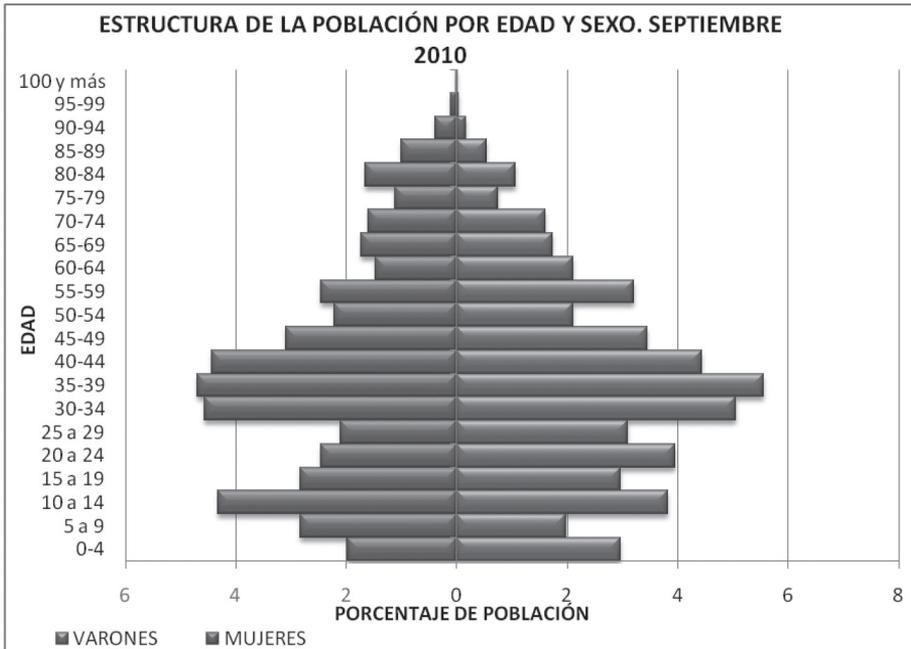
Es comúnmente aceptado que la jubilación constituye la médula espinal de cualquier sistema de protección social. Igualmente lo es, que su ordenación jurídica gira en torno al establecimiento de una edad fija o variable que articula el tránsito de la situación de activo a la situación de pensionista de jubilación. La edad se convierte así, en la llave maestra del sistema y adquiere por tanto connotaciones de especial relevancia. Precisamente por ello, hay que ser especialmente cuidadoso a la hora de redefinir la edad de jubilación, no sólo por la complejidad de la tarea en sí misma, sino por el entramado de condicionantes propios y ajenos o colaterales, presentes y futuros que actúan en un espacio múltiple de difícil y necesario equilibrio. La singularidad de los tiempos actuales está en que múltiples piezas del entramado global se han desencajado afectando al equilibrio del sistema y, por tanto, a su viabilidad. A todos estos temas me referiré a lo largo de las reflexiones que siguen.

De todos los riesgos cubiertos por la Seguridad Social consistentes en defectos de rentas, el más importante, con mucho, es el de vejez. Y ello, porque se trata de una contingencia caracterizada por la frecuencia de su cristalización, al constituir el término previsible y normal de la vida profesional del individuo, tan sólo alterada por situaciones cuantitativamente irrelevantes de invalidez y muerte. Podemos decir, por tanto, que la jubilación es receptora, en términos generales, del conjunto de ciudadanos que se incorporan a la población activa, de ahí la importante dependencia de las estructuras demográficas de cada país y de los fenómenos que inciden sobre aquéllas. La característica referida viene agravada por el progresivo aumento de la esperanza de vida de la población lo que deriva en el creciente disfrute temporal de la pensión y su añadida necesidad de su revalorización periódica, de forma que las pensiones mantengan, al menos, su poder adquisitivo.

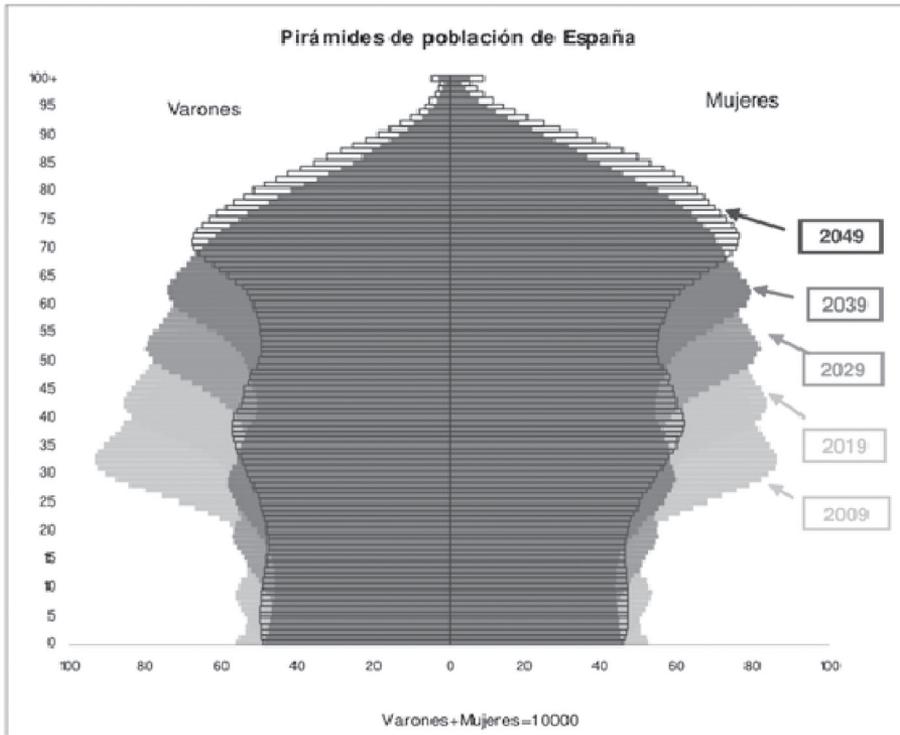
Junto a los elementos descritos, debemos añadir otro de singular importancia, a saber, la ruptura del equilibrio o de la proporcionalidad entre el conjunto de ciudadanos que entran en la población activa y los que salen de la misma para acceder a la jubilación. Esta ruptura viene provocada por la disminución progresiva y notable de la tasa de natalidad (si bien en la parte baja de la pirámide de población es donde más diferencias existen entre los países de la UE, se da como promedio del número de hijos por mujer la cifra de 1,5 – siendo el umbral de la rotación generacional el 2,1 – y se prevé una tasa de 1,6 para el 2030; en España, los datos más recientes, fijan el índice de fecundidad en 1,39 en el 2007, con una previsión para el 2017 de 1,46). No obstante, la disminución de la población nacional puede ser parcialmente compensada, como ha ocurrido en España en los últimos años, con el incremento de la población emigrante. Si bien los datos son muy desiguales en los países de la UE, en el periodo 1995-2007, España, Italia y el Reino Unido han recibido las tres cuartas partes de la migración europea<sup>1</sup>.

---

1 Commission of the European communities. Demography Report 2008, Brussels, SEC (2008)2911. La Comisión ha vuelto a realizar un Informe sobre el envejecimiento demográfico en el año 2009 (*“Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE”*), basado en las previsiones presentadas por Eurostat 2008 donde de nuevo vuelve a replantear la transición demográfica que está viviendo Europa y los costes sociales de dicha realidad. Ver la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones de 29 de abril de 2009 (COM (2009) 180 FINAL- no publicado en el Diario Oficial



Conviene también hacer referencia a los cambios en la intensidad de los flujos jubilatorios. Una característica notable con fecha en los calendarios europeos es la llegada a la jubilación de las generaciones del baby boom, esto es, de generaciones singularmente numerosas nacidas en Europa occidental y Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial, en el periodo de 1946 a 1964. En España el fenómeno se retrasó hasta avanzados los años cincuenta, esto es, hasta el periodo comprendido entre 1957 y 1977. La mayor intensidad en el flujo jubilatorio ha encendido las luces de alarma, tanto por el impacto que en sí mismo provocará el fenómeno, como por la confluencia de una reducción de la población activa motivada por la bajada de las tasas de natalidad. Con todo, adviértase que si bien los problemas de los sistemas de pensiones son en gran medida de origen demográfico, las soluciones están lejos de ser “sólo” de carácter demográfico.



Aunque parezca una obviedad, que lo es, debemos constatar que las generaciones que accedan a la jubilación, no llegan y se van, sino que se instalan con carácter definitivo, de ahí el escaso impacto de los Fondos de Reserva (el Fondo español a 2010 asciende a 64.001 millones de euros, lo que equivale al 6 % del PIB), que tan solo producirán un alivio temporal (a cifras del 2010, aproximadamente 10 mensualidades de la nomina de pensionistas).

El incremento de la esperanza de vida fue tremendamente importante en los últimos cincuenta años (desde 1960, el incremento medio de la UE ha sido de 8 años, con una importante brecha entre Oriente y Occidente en la UE.27, y que en particular se refiere al hombre, que puede esperar vivir sólo hasta los 65-70 años en ocho de los Estados miembros de Europa central y oriental, en comparación con un promedio de más de 76 años en la UE-15) y lo seguirá siendo, aunque con menor intensidad, en el futuro (las previsiones en la UE, son de 5 años de aumento sobre el dato actual hasta 2.050). Igualmente relevante es la esperanza de vida a los 65 años que se sitúa como media (UE.27) en

16,8 años para los hombres y 20,4 años para las mujeres, si bien la media es superada en los Estados del UE.<sup>15</sup> De ello deriva una desconexión creciente entre las edades jubilatorias fijadas, en términos generales, durante la primera mitad del siglo xx, y la actual esperanza de vida a los 60 y 65 años, lo que exige medidas de reordenación que pueden tener, como veremos, distinto alcance y contenido. Singularmente, cuando se anuncia que la ratio activos-pasivos fijada hoy es de aproximadamente cuatro personas en edad de trabajar por cada persona mayor de 65 años, en el futuro (2060), la ratio será sólo de dos activos<sup>3</sup>.

El conjunto de datos y las reflexiones planteadas tiene su reflejo económico en términos de impacto sobre el PIB, lo que constituye un elemento de preocupación de la UE - y de los mercados financieros- que de forma reiterada (recientemente, 2006 y 2009) advierte sobre los incrementos de gastos.

En el último informe (2009)<sup>4</sup> se reconoce que, en términos generales, se producirá una disminución del número de ciudadanos en condiciones de trabajar<sup>5</sup>, que reducirá las cotizantes y, consecuentemente, provocará la necesidad de soportar desde el sector público parte del coste del mantenimiento de la población con edades más avanzadas (pensiones, asistencia sanitaria y cuidados a los dependientes, entre otros).

Como consecuencia del envejecimiento de la población, aumentará la necesidad de que el sector público proporcione transferencias y servicios relacionados con la edad. Por consiguiente, se prevé que los efectos del envejecimiento de la población sobre el presupuesto serán substanciales en casi todos los Estados miembros, y se dejarán sentir ya en el transcurso de la próxima década.

Globalmente, sobre la base de las políticas actuales<sup>6</sup>, se prevé que el

---

2 FUENTE: *Europe in figures. Eurostat yearbook 2010*.

3 Comisión Europea, *Libro verde en pos de unos sistemas de pensiones adecuados, sostenibles y seguros*, SEC (2010) 830.

4 Todos los ratios referidos se encuentran cuantificados en los Anexos de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones de 29 de abril de 2009 (COM (2009) 180 FINAL- no publicado en el Diario Oficial).

5 No obstante, una primera conclusión consiste en la estimación de que en 2060 la población europea total será la misma, debido principalmente a los flujos migratorios y a la tasa de natalidad más alta de algunos de los países miembros respecto a otros. No obstante, dicha población tendrá una media de edad más avanzada.

6 En el referido informe se cuantifican a la baja las previsiones respecto de Estados que han iniciado políticas de reformas de distinto alcance.

gasto público derivado del envejecimiento de la población aumente por término medio en aproximadamente 4,75 puntos porcentuales del PIB de aquí a 2060 en la UE, y en más de cinco puntos porcentuales en la zona euro, debido principalmente a los gastos en pensiones, asistencia sanitaria y en cuidados de larga duración. En todo caso, se advierte que el aumento del gasto público probablemente será muy significativo (igual o superior a siete puntos porcentuales del PIB) en nueve Estados miembros de la UE (Luxemburgo, Grecia, Eslovenia, Chipre, Malta, Países Bajos, Rumanía, España e Irlanda), aunque para algunos países este gran aumento se producirá a partir de un nivel relativamente bajo.

## II. Datos básicos sobre la jubilación y la garantía de pensión mínima

### 1. La jubilación en datos

En lo referido a la pensión de jubilación, ya hemos señalado que se trata de la figura de mayor importancia que concentra el 59,3% de todas las prestaciones de pensión que ofrece el sistema de Seguridad Social.

Dentro de esta figura genérica de pensión de jubilación podemos a su vez, encontrar diferentes modalidades de pensión atendiendo, entre otros factores, a la edad con la que se accede a la misma, cuyos datos se recogen en los cuadros siguientes.

## Variación anual en número de altas de pensión por modalidad. Total Sistema (datos acumulados a junio)

CLASE DE PENSIÓN	2008			2009			VARIACIÓN 2009/2008			2010			VARIACIÓN 2010/2009				
	NÚMERO	%	PENSIÓN MEDIA	NÚMERO	%	PENSIÓN MEDIA	NÚMERO	%	PENSIÓN MEDIA	NÚMERO	%	PENSIÓN MEDIA	NÚMERO	%	PENSIÓN MEDIA	NÚMERO	%
JUBILACIÓN ANTICIPADA	56.391	42,25	1.213	60.312	40,82	1.258	7,0%	3,7%	59.404	40,24	1.309	-1,5%	4,1%				
CON COEFICIENTES REDUCTOR	32.086	24,04	1.031,45	36.030	24,39	1.087,67	12,3%	5,5%	36.337	24,61	1.153,82	0,9%	6,1%				
< 60	12.520	9,38	837,73	10.705	7,25	815,91	-14,5%	-2,6%	8.603	5,83	821,58	-19,6%	0,7%				
61	5.030	3,77	1.044,28	7.683	5,20	1.082,83	52,7%	3,7%	8.146	5,52	1.167,18	6,0%	7,8%				
62	4.827	3,62	1.063,31	5.791	3,92	1.170,48	20,0%	10,1%	7.159	4,85	1.173,62	23,6%	0,3%				
63	4.996	3,74	1.196,57	6.111	4,14	1.228,03	22,3%	2,6%	6.138	4,16	1.293,16	0,4%	5,3%				
64	4.713	3,53	1.324,69	5.740	3,89	1.368,02	21,8%	3,3%	6.291	4,26	1.432,35	9,6%	4,7%				
SIN COEFICIENTE REDUCTOR	2.715	2,03	1.598,65	3.124	2,11	1.694,38	15,1%	6,0%	3.512	2,38	1.728,92	12,4%	2,0%				
ESPECIAL A LOS 64 AÑOS	3.569	2,67	1.460,78	3.293	2,23	1.507,15	-7,7%	3,2%	3.204	2,17	1.544,82	-2,7%	2,5%				
JUBILACIÓN PARCIAL	18.021	13,50	1.428,58	17.865	12,09	1.479,71	-0,9%	3,6%	16.351	11,08	1.518,28	-8,5%	2,6%				
JUBILACIÓN > 65 AÑOS	77.065	57,75	992,73	87.427	59,18	1.057,41	13,4%	6,5%	88.222	59,76	1.118,57	0,9%	5,8%				
TOTAL JUBILACIONES NO SOVI	133.456	92,89	1.085,73	147.739	94,06	1.139,35	10,7%	4,9%	147.626	94,56	1.195,29	-0,1%	4,9%				
JUBILACIÓN SOVI	10.220	7,11	340,24	9.338	5,94	354,35	-8,6%	4,1%	8.490	5,44	360,61	-9,1%	1,8%				
TOTAL JUBILACIÓN	143.676	100,0	1.032,71	157.077	100,0	1.092,68	9,3%	5,8%	156.116	100,00	1.149,90	-0,6%	5,2%				

Fuente: Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

Cuantías y número de altas de pensión de jubilación en 2010 por modalidad y régimen. (Datos acumulados a junio).

MODALIDAD DE PENSIÓN	TOTAL SISTEMA			RÉGIMEN GENERAL			PORCENTAJE DE PENSIONES DERIVADAS DEL RÉGIMEN GENERAL RESPECTO DEL TOTAL
	NÚMERO	%	PENSIÓN MEDIA (EUROS/MES)	NÚMERO	%	PENSIÓN MEDIA (EUROS/MES)	
JUBILACIÓN ANTICIPADA	59.404	40,24	1.309	53.441	50,85	1.344	89,96
CON COEFICIENTES REDUCTOR	36.337	24,61	1.153,82	32.590	31,01	1.212,44	89,69
< 60	8.603	5,83	821,58	7.415	7,05	862,80	86,19
61	8.146	5,52	1.167,18	7.622	7,25	1.207,71	93,57
62	7.159	4,85	1.173,62	6.482	6,17	1.229,88	90,54
63	6.138	4,16	1.293,16	5.455	5,19	1.368,80	88,87
64	6.291	4,26	1.432,35	5.616	5,34	1.508,50	43,31
SIN COEFICIENTE REDUCTOR	3.512	2,38	1.728,92	1.521	1,45	1.824,14	43,31
ESPECIAL A LOS 64 AÑOS	3.204	2,17	1.544,82	3.157	3,00	1.554,14	98,53
JUBILACIÓN PARCIAL	16.351	11,08	1.518,28	16.173	15,39	1.524,09	98,91
JUBILACIÓN > 65 AÑOS	88.222	59,76	1.118,57	51.662	49,15	1.404,02	58,56
TOTAL JUBILACIONES NO SOVI	147.626	94,56	1.195,29	105.103	100,00	1.373,68	71,20
JUBILACIÓN SOVI	8.490	5,44	360,61	--	--	--	--
TOTAL JUBILACIÓN	156.116	100,00	1.149,90	---	--	--	--

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Seguridad Social.

Con carácter general podemos señalar que para el conjunto del sistema de Seguridad Social la mayoría de nuevas pensiones reconocidas, en concreto el 59,7%, son pensiones de jubilación denominadas ordinarias a las que se accede al cumplir los 65 años de edad. A su vez, el 40,2% de las nuevas altas se reconocen de forma anticipada a la edad legal de jubilación. Y el extinto régimen de Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (sovi) aún mantiene por su parte el 5,4% de las nuevas altas.

Comprobamos de esta forma la importancia relativa que tienen el conjunto del sistema las fórmulas de jubilación anticipada que suponen un volumen muy alto, 4 de cada 10, del total de nuevas pensiones reconocidas.

Llama igualmente la atención el hecho de que las cuantías de las pensiones en algunos casos sean especialmente más elevadas en las figuras de jubilación anticipada que en la jubilación ordinaria a los 65 años. En este sentido, resulta especialmente significativo el dato de que la cuantía de la pensión ordinaria a los 65 años se ha situado en el entorno de los 1.200 euros mensuales, la media de la jubilación anticipada ha alcanzado los 1.300 euros, y las figuras de jubilación parcial y jubilación especial a los 64 años superan los 1.500 euros.

Si centramos nuestra atención sobre las pensiones de jubilación derivadas del Régimen General, que concentra el 76% de los trabajadores en activo afiliados actualmente y el 71,2% de las nuevas altas de pensión de jubilación, excluidas las del SOVI, la importancia relativa de las pensiones anticipadas crece. De hecho, en el Régimen General son mayoría las pensiones anticipadas (50,8%), frente a las jubilaciones ordinarias a los 65 años (49,1%). De hecho, la mayoría de las jubilaciones anticipadas que se registran en el conjunto del sistema tienen su origen en el Régimen General (89,9%).

Dentro de la figura genérica de jubilación anticipada hemos de identificar varias modalidades específicas.

La más importante en términos absolutos es la jubilación anticipada con coeficientes reductores, con las que acceden a la jubilación el 31% de los trabajadores del Régimen General y el 24,6% del conjunto del sistema de Seguridad Social.

Le sigue en importancia la jubilación parcial, que utiliza el 15,3% de los trabajadores del Régimen General que, por cierto, son la práctica totalidad (98,9%) de quienes la utilizan.

Por su parte la modalidad de jubilación especial a los 64 años sirve para acceder a la jubilación al 3% de los trabajadores del Régimen General que, también en esta figura, aglutinan la práctica totalidad (98,5%) de que quienes la utilizan.

Finalmente, la figura de jubilación anticipada sin coeficiente reductor es utilizada por el 2,38% de los trabajadores de todo el sistema y se concentra muy especialmente en los regímenes especiales con trabajos especialmente penosos, tóxicos o peligrosos como la minería y los trabajadores del mar.

## 2. La pensión mínima de jubilación

Con la finalidad de completar el mapa de la jubilación en España, es conveniente constatar la incidencia de los complementos a mínimos en

esta contingencia, resaltando la relación existente, en cada régimen, entre el tiempo de cotización acreditado y la base media de cotización.

Relación entre el número de años cotizados, bases de cotización y la necesidad de complementos a mínimos en las nuevas altas de pensión de jubilación

	REGÍMENES DE AFILIACIÓN						TOTAL
	GENERAL	AUTÓNOMOS	AGRARIO	MAR	CARBÓN	HOGAR	
AÑOS COTIZADOS <sup>7</sup>							
<= 15	1,68	2,99	6,01	1,28	0,00	11,82	2,31
16-20	5,01	12,69	16,47	5,03	0,16	35,63	7,66
21-25	5,30	11,39	17,93	5,43	0,25	19,49	7,41
26-30	6,78	13,21	10,23	12,94	0,98	12,29	8,44
31-34	8,96	12,35	7,37	22,53	2,95	7,92	9,69
>= 35	72,27	47,37	41,98	52,78	95,66	12,85	64,48
TOTAL	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
BASES MEDIAS DE COTIZACIÓN (EUROS MENSUALES) <sup>8</sup>							
	1.645,52	962,12	735,64	1.338,61	2.638,40	725,75	--
COMPLEMENTOS A MÍNIMOS RECONOCIDOS EN LAS NUEVAS ALTAS DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN (%) <sup>9</sup>							
	11,02	27,49	66,65	12,84	0,23	66,42	17,73

Fuente: elaboración propia a partir de datos de Ministerio de Trabajo en Inmigración.

Los datos ofrecen dos espacios interrelacionados. Así, el Régimen Especial de la Minería del Carbón, en el que los trabajadores con carreras de cotización de 35 o más años suponen más del 95% de los nuevos jubilados, o en el Régimen General, donde suponen algo más del 72%, la incidencia de complementos a mínimos es ciertamente la más reducida del conjunto del sistema (el 0,23% y el 11,02% respectivamente). En la misma dirección apunta el hecho de que precisamente el régimen de afiliación cuyos trabajadores presentan un menor número de años cotizados, como el de Empleadas de Hogar en el que las trabajadoras con más de 35 años cotiza-

7 Datos de las carreras de cotización de las nuevas altas de jubilación en 2010 (datos hasta julio 2010).

8 Base media de cotización de 2009.

9 Datos 2009.

dos sólo representa el 12,8% de las nuevas jubilaciones, sea el que presenta una necesidad de complementos a mínimos más elevada del conjunto del sistema (66,4%).

Sin embargo, esta aparente relación entre años cotizados y necesidad de complementos a mínimos se quiebra en el caso de algunos regímenes especiales. Por ejemplo, el de Autónomos y el Agrario con perfiles de carrera de cotización en número de años son muy parecidos, de modo que el 47,3% de los autónomos han cotizado más de 35 años y el 41,9% de los trabajadores agrarios han hecho lo propio. Y aún a pesar de esta similitud los trabajadores agrarios precisan complementos a mínimos al jubilarse en una proporción (66,6%) que dobla la de los autónomos (27,9%).

Por tanto, la necesidad de complementos a mínimos en las pensiones no se deriva directamente del número de años cotizados sino que tiene una relación más directa respecto de las cuantías de las bases de cotización y, más concretamente, del doble hecho de que dichas bases sean especialmente bajas y que exista una imposibilidad práctica para elevarlas.

Los regímenes de afiliación con mayor necesidad de complemento a mínimos (Agrario, que las precisa en el 66,6% de las nuevas pensiones, y Empleadas de Hogar, que lo hace en el 66,4%) son los que cotizan por bases más bajas<sup>10</sup>, mientras que el resto de regímenes especiales cotizan por bases bastante superiores.

Una de las explicaciones de que el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos no comparta la relación anteriormente descrita, radica en la posibilidad que tienen los trabajadores de este régimen para elegir su base de cotización. Lo cual supone en la práctica un instrumento de planificación de la pensión que puede tener un impacto muy importante sobre la cuantía final de la misma.

La resultante de todo este escenario de nuevas altas de pensiones que

10 Aunque históricamente en el caso del Régimen Especial Agrario se ha venido manteniendo una base tarifada de cotización para los periodos de actividad próxima al salario mínimo interprofesional, desde el año 2007 se está operando una política de fuertes y paulatinos incrementos de las bases de cotización de tal forma que en 2011 está prevista una base de cotización de 986,70 euros mensuales para los grupos de cotización 2º a 11º, y de 1.393,80 euros mensuales para el grupo 1º. No obstante, el efecto de este incremento en las bases de cotización no ha tenido todavía efecto significativo sobre las cuantías de las nuevas pensiones. Y a ello hay que añadir, además, el hecho de que junto a la base de cotización prevista para periodo de actividad que hemos visto, conviva también la base determinada para los periodos de inactividad, actualmente equiparada a la cuantía de la base mínima del Régimen General, lo que produce una disminución en la base media de cotización.

hemos descrito, nos muestra una realidad en la que destaca el hecho de que las cuantías de las nuevas altas son bastante superiores a las de la media del sistema. Lo cual no impide, sin embargo, que dentro de este grupo de nuevos pensionistas haya dejado de existir la dualidad propia del mercado de trabajo y también presente una parte importante de pensionistas que continúan precisando complementos a mínimos.

### III. Datos sobre las tasas de actividad y ocupación de los trabajadores de mayor edad

En distintas partes de este trabajo se ha puesto de manifiesto la baja tasa de ocupación existente en la franja de edad de los 55 a los 65 años, incluso antes, y con especial incidencia a partir de los 60 años, así como sus importantes implicaciones de todo orden y de gran alcance. Prueba de ello, es que la cuestión ha venido siendo una problemática con identidad propia en el marco de la UE, básicamente desde mediados de los 80 y singularmente desde los inicios de la Estrategia de Lisboa, así como en las políticas y planes de empleo de los distintos Estados.

De las múltiples implicaciones referidas, conviene destacar su íntima relación con los sistemas de protección social y singularmente con la estructura de la jubilación. En este orden podríamos decir que en materia de trabajadores de mayor edad, las políticas de empleo y las políticas de pensiones constituyen las dos caras de una misma moneda y, por tanto, entre ambas se establece un importante grado de dependencia. En efecto, una ordenación de los instrumentos de protección social que facilita la retirada temprana del mercado laboral contribuye a la existencia de unas bajas tasas de actividad y ocupación de los trabajadores de más edad. Igualmente, las bajas tasas de actividad y ocupación dificultan y condicionan la puesta en práctica de políticas de pensiones. Todo ello, sin perjuicio de constatar las estrategias y necesidades empresariales que están en el origen de la situación descrita, así como la caracterización del segmento de la población activa referido a los trabajadores de mayor edad.

## Trabajadores mayores de 50 años: actividad y ocupación

SEXO/EDAD	POBLACIÓN TOTAL 2010*	Nº ACTIVOS 2010*	Nº OCUPADOS 2010 *	TASA % OCUPADOS RESPECTO TOTAL POBLACIÓN 2007	TASA % OCUPADOS RESPECTO TOTAL DE LA POBLACIÓN 2008	TASA % OCUPADOS RESPECTO TOTAL POBLACIÓN 2009	TASA % OCUPADOS RESPECTO TOTAL POBLACIÓN 2010
<b>VARONES</b>							
50-54 AÑOS	1.346.498	1.214.100	1.137.567	85,94	83,76	79,05	76,36
55-59 AÑOS	1.218.621	936.075	861.067	73,05	73,62	69,51	67,88
60-64 AÑOS	1.083.406	525.200	474.233	46,13	47,70	43,16	40,89
65-69 AÑOS	869.372	83.475	62.533	9,50	8,04	7,21	6,57
70 Y MÁS AÑOS	2.267.886	25.050	24.033	1,10	1,09	1,09	1,03
<b>MUJERES</b>							
50-54 AÑOS	1.375.353	814.300	867.800	53,97	55,13	54,75	56,96
55-59 AÑOS	1.274.997	529.800	550.367	38,17	40,20	41,18	41,49
60-64 AÑOS	1.165.047	268.475	297.833	21,47	21,75	22,92	23,79
65-69 AÑOS	981.231	31.750	49.100	3,22	4,12	4,53	4,62
70 Y MÁS AÑOS	3.288.928	13.925	15.767	0,42	0,50	0,42	0,47
<b>TOTAL</b>	<b>14.871.339</b>	<b>4.442.150</b>	<b>4.340.300</b>				

\* Los datos de 2010 contienen información hasta el tercer trimestre.

Fuente: elaboración propia a partir de datos INE.

Tal y como podemos comprobar la economía de nuestro país está infrutilizando el potencial de crecimiento económico que suponen los trabajadores mayores de 50 años.

Los trabajadores varones entre 50 y 54 años han visto reducida su tasa de ocupación respecto del total de la población de su grupo de edad del 85,9% en 2007 hasta el 76,36% en el tercer trimestre de 2010, registrando una caída de más de 9 puntos porcentuales en su ocupación. Coincidiendo con la tendencia que ya se apuntaba respecto de la tasa de actividad conforme aumenta la edad, se ha producido una reducción similar en el grado de ocupación registrado en los trabajadores de entre 55 y 59 años, de los que tan sólo tienen empleo el 67,8%. Sin embargo, el salto más abrupto sigue situándose en los trabajadores del entorno de los 60 años, en los que apenas el 40,8% tienen trabajo.

En el caso de las trabajadoras, la intensidad y duración de la crisis económica ha impelido a las familias a movilizar todos sus recursos para en-

contrar empleo, por lo que el colectivo de mujeres ha mejorado ligeramente su tasa de ocupación, éstas continúan presentando un diferencial enorme respecto de los hombres. En el caso del 2010, las mujeres de entre 50 y 55 años con empleo sólo representan al 56,9% del total de mujeres en esta edad, en el caso de aquellas que tienen entre 55 y 59 años sólo están empleadas el 41,4%, y por encima de los 60 años tan sólo tienen empleo una de cada cuatro, el 23,7% del total.

Es aquí por tanto, en la baja ocupación del colectivo de trabajadores de mayores de 50 años, donde reside uno de los principales riesgos para la sostenibilidad del sistema de pensiones, habida cuenta de que el sistema productivo renuncia a utilizar, en algunos intervalos de edad, más de la mitad del capital humano del que dispone nuestra economía.

## IV. La edad de jubilación y su reforma

### 1. Introducción

La importancia del tema exige la revisión cautelosa y, a la vez, rigurosa de los parámetros que rodean la jubilación, entre ellos, todos los que confluyen en el entorno de la edad de jubilación.

La edad de jubilación se ha convertido en los últimos treinta años en un concepto cíclicamente revisado y en continua experimentación, sobre el que inciden una multiplicidad de variantes. Por un lado, los efectos de las sucesivas crisis económicas, de las transformaciones en los modos de producción, de la composición y estructura del mercado de trabajo, de la globalización de las economías y de los mercados, del paro creciente o sostenido... Por otro, las ya apuntadas y referidas al envejecimiento de la población, en sus distintas dimensiones. Y finalmente, el impacto de todas ellas sobre los problemas actuales y futuros de financiación de los sistemas de pensiones. Todas estas variantes hacen oscilar la relación dominante entre política de empleo y política de pensiones, sin que se haya llegado a un punto de equilibrio, lo que impacta sobre las relaciones necesarias entre los ciclos vitales y la proyección protectora de los sistemas de pensiones<sup>11</sup>.

No cabe duda, que en los tiempos actuales la fijación de la edad de jubilación debe efectuarse teniendo en cuenta la esperanza de vida de los

---

11 Por todos, MONEREO PEREZ JL. Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante, Revista Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. Extraordinario 74, 2008, págs. 49-134

ciudadanos. Y ello, porque con la financiación actual y con la futura, hoy planteada, cabe el peligro de que los Sistemas de Seguridad Social tengan dificultades para soportar el pago creciente de pensiones de jubilación, suficientes y revalorizadas, durante largos períodos de tiempo. En este orden de cosas es necesario redefinir los espacios de imputación de la protección social, distinguiendo claramente los que responden a las cotizaciones sociales en un sistema financiero de reparto. Claridad que permitirá ponderar adecuadamente los medios de financiación desde una concepción autónoma de la seguridad social y dar un contenido real al término “contributividad”. Clarificación que, en modo alguno, impide la fijación de fuentes complementarias de financiación, o mejor y además una nueva redistribución de las mismas aligerando los impuestos sobre la nómina para aumentar la productividad e incorporar fuentes procedentes del capital.

Si bien el punto de partida en los distintos Estados de la Unión Europea es diferente, lo cierto es que, desde hace algunos años, se ha consolidado, entre otras, una serie de tendencias agrupadas en los siguientes bloques: a) elevación ponderada de la edad de jubilación con criterios igualitarios para hombres y mujeres; b) desincentivación o penalización de las jubilaciones anticipadas; c) fomento o incentivación del retraso en el acceso a la jubilación; d) endurecimiento de las exigencias contributivas mediante reformas paramétricas; e) reformas sistémicas que pretenden, de forma voluntaria u obligatoria, redistribuir riesgos entre lo público y lo privado, esto es, entre el mercado y la sociedad.

Aunque todas las tendencias forman parte de un “todo”, cada una tiene su propia problemática y ofrece márgenes de actuación distintos.

Si nos referimos a la edad de jubilación y nos situamos en la edad emblemática de los 65 años, nos damos cuenta de que el margen de actuación de cada Estado es distinto condicionando el impacto más o menos traumático de las medidas. Cierto es, que se ha producido una evolución paulatina de las edades de jubilación en la generalidad de los Estados, sin embargo también lo es, que el punto de partida era diferente. No es lo mismo moverse entre los 60 y los 65 años que superar la edad “talisman” de los 65 años. Con todo, el margen de actuación hacia el futuro es cada vez menor, en la medida en que durante los últimos quince años se ha recortado el espacio hacia la edad de 65 años. De esta forma, si el resto de las medidas no producen efecto, tendremos que cambiar la “edad emblemática”, lo que ya han comenzado a diseñar distintos Estados de la Unión Europea (Alemania, Reino Unido, Dinamarca, Irlanda, Suecia, entre otros) que con

fórmulas distintas y de aplicación progresiva elevan el umbral jubilatorio hacia los 67 años, asociando generalmente su impacto con la llegada de las generaciones del baby boom.

En este orden España cuenta con una posición privilegiada en términos temporales, en la medida en que la presión demográfica ejercida por las generaciones del baby boom se producirá con efectos retardados, lo que nos debería permitir afrontar las reformas necesarias desde una posición más sosegada y teniendo en cuenta las experiencias de los Estados europeos donde el impacto de las referidas generaciones está próximo.

Sin embargo las teorías han dado paso a las realidades impuestas por la presión de los mercados financieros, que buscan o imponen su llamada “confianza” en reformas inmediatas que podríamos llamar de “impacto escénico o mediático”, que no siempre producen los efectos reales anunciados y necesarios, como veremos mas adelante.

Sin duda los sistemas de pensiones deben enfrentarse a dos retos importantes, la elevada esperanza de vida de los ciudadanos y la llegada de las masivas generaciones del baby boom. No obstante, los retos referidos no son ajenos a un sin fin de variantes, que van desde los niveles de crecimiento económico y productividad, hasta alcanzar unas tasas de ocupación razonable de hombres y mujeres a partir de los 55 años.

2.- Apuntes sobre las líneas de una necesaria estrategia global frente a las reformas mediáticas: políticas de empleo, garantías frente al despido por edad y políticas de pensiones

### *2.1 Reformas penalizadoras y la ruptura del pacto social*

En todo el entramado de reformas es necesario crear un marco de actuaciones multidireccionales que evite, en lo posible, que las reformas se conviertan simplemente en instrumentos de penalización de los derechos de los trabajadores presentes y futuros, al margen de su voluntad y sin capacidad de respuesta posible, lo que supone una clara ruptura del “pacto social” construido a lo largo de la vida activa.

La elevación de la edad de jubilación hacia los 67 años o el incremento considerable (de 35 a 41 años) del tiempo de cotización para acceder a la pensión plena, son simplemente instrumentos penalizadores que provocan una reducción generalizada y drástica de las pensiones, en un país con un alto nivel de cobertura y con un bajo nivel económico de protección, como vimos en los datos reflejados en el epígrafe II. No cabe duda que las

dificultades para mantener actividad hasta los 67 años, provocará un aumento considerable de las jubilaciones anticipadas con la correspondiente reducción de la pensión. Igualmente, las dificultades para acreditar larguísimas carreras de seguro (41 años) disminuirá la cuantía de las pensiones, al recomponerse los criterios de cálculo entre tiempo de cotización y cuantía de la pensión, penalizando a las futuras generaciones que tendrán grandes dificultades para conformar carreras de seguro suficientes.

Desde las cuentas públicas ambas medidas son efectivas, no tanto por las medidas en sí mismas, como veremos, sino por su efecto derivado, esto es, porque ambas provocarán una reducción de las pensiones al estimular o forzar su anticipación. Sabido es que las pensiones anticipadas con aplicación de coeficientes reductores, esto es, reducidas, son en términos económicos, actuariales rentables para el Sistema, aunque no lo sean para el trabajador.

En este planteamiento el trabajador carece de capacidad de respuesta. En efecto, el mantenimiento de la actividad laboral no depende de la voluntad del trabajador y menos aun, con un entramado normativo laboral y de pensiones que fijan el centro de imputación en la decisión del empresario ofreciéndole todo tipo de cauces para facilitar la expulsión, en orden a gestionar intereses estratégicos de carácter económico, organizativo o de producción. Tampoco el trabajador tiene posibilidades de respuesta buscando otras alternativas protectoras. Los bajos niveles salariales medios, la escasez de planes de pensiones de empresa, la premura de las reformas y la situación de crisis económica, dificultan considerablemente la canalización de fórmulas complementarias, en forma individual o colectiva.

Todo lo anterior nos conduce a diseñar las reformas con un planteamiento global, centrando las actuaciones en la potenciación de las medidas de incentivación a la contratación y a la permanencia en el empleo, así como los programas de formación continua. Igualmente, es necesario reordenar las garantías frente a la expulsión del mercado laboral por edad. Finalmente, las reformas en la edad de jubilación, deben ir acompañadas de una reestructuración rigurosa de los mecanismos jubilatorios, de forma que se eliminen instrumentos de “salida” incontrolados y financiados con cargo a fondos públicos y/o a la pensión del trabajador.

No cabe duda que en todo este entramado, el empresario como generador de riqueza y productor de empleo, es una pieza fundamental, formando parte inseparable de la sociedad que se transforma y adapta a las nuevas realidades. En este orden, son necesarias las medidas de reforma

que contribuyan a redireccionar las estrategias empresariales fomentando el valor añadido del capital humano de mayor edad. Sin embargo, esto no es suficiente. El papel nuclear que juegan las empresas exige instalar un mecanismo de apoyo que contribuya de forma decisiva a la búsqueda de nuevas estrategias, singularmente para las pequeñas y medianas empresas siempre inmersas en planteamientos generales de compleja y difícil adaptación.

El presente no es el mejor de los momentos para hacer reformas de gran calado y en múltiples direcciones, esto es, para conformar un nuevo y necesario compromiso social en el que todas las generaciones de trabajadores y empresarios están comprometidas. La crisis económica, su devastador efecto sobre el empleo, la destrucción de buena parte del tejido empresarial y su reconversión, así como las exigencias de reconducir el déficit público, no son el mejor de los escenarios. Sin embargo, la reforma nos viene impuesta por los mercados financieros, buscando la llamada “confianza”. En este orden, la reforma que se pide no es la necesaria, incluso la de mayor efectividad, sino la reforma de impacto “mediático”.

## *2.2 Políticas de empleo insuficientes*

A pesar de la importancia y múltiples efectos que podría tener una política “agresiva” que fomentara el acceso y la permanencia en el empleo de los trabajadores a partir de los 50-55 años y hasta la edad de jubilación (65 años o edad superior), lo cierto es que las medidas que con carácter estatal se han venido implantando son escasas, ahora y antes, excesivamente prudentes y de alcance limitado, podríamos decir que son medidas “blandas” y ajenas a su relevancia. Todo ello, sin perjuicio de una ordenación bastante compleja, con marcado carácter antifraude y nada innovadoras, al centrarse básicamente en la bonificaciones de las cotizaciones sociales.

Posiblemente en la situación actual de crisis económica de gran alcance, los trabajadores de mayor edad no sean la principal prioridad de las políticas de empleo, prueba de ello ha sido la recomposición de los planteamientos de la UE en los últimos años.

No obstante, es necesario advertir que, si bien la mayor prioridad de las políticas de empleo está en jóvenes, principales afectados por la situación de crisis y con importantes repercusiones de futuro, el envejecimiento de la población y la crisis anunciada sobre la viabilidad financiera de los sistemas de protección social, aconsejan a nuestro juicio un cambio de estrategia en las políticas de empleo de los trabajadores de mayor edad.

### *2.3 Garantías frente al despido a partir de una determinada edad.*

Sin perjuicio de las consideraciones apuntadas que refieren a las medidas incentivadoras existentes y a su necesaria renovación, es necesario advertir que nuestro ordenamiento jurídico carece de medidas singulares de garantía que contribuyan a crear el espacio necesario y propicio para que las políticas incentivadoras de la permanencia en activo alcancen mayor nivel de efectividad, al tiempo que contribuyan a reconducir las estrategias empresariales.

La insuficiencia de la ordenación actual de la edad como elemento de discriminación, exige reconsiderar la calificación de los supuestos de despido, de forma que el despido a partir de los 55 años tan solo admitiría las calificaciones de procedencia y nulidad, eliminando con ello la calificación del despido como “improcedente”. Dicho en otros términos, se trata de eliminar el despido indemnizado, sin causa legal o con causa insuficiente, dando el protagonismo que merece al elemento edad. De esta forma el despido de un trabajador a partir de los 55 años se incorporaría a la lista de las causas de nulidad del despido o de la decisión extintiva recogidos en los artículos 55.5, 53.4 del Estatuto de los Trabajadores y artículos 108.2 y 122.2 de la Ley de Procedimiento laboral.

A nuestro juicio, es esta la única medida que podría contribuir de forma efectiva a propiciar un cambio razonable en las políticas empresariales, al tiempo que permitiría alcanzar a una mayor efectividad de las políticas directas o complementarias. Se trata en definitiva, de incorporar medidas de impacto que contribuyan de forma eficiente al mantenimiento en activo, y/o propicien la búsqueda de soluciones alternativas a la expulsión del trabajador de mayor edad. Igualmente, la medida dificultaría la utilización del desempleo como instrumento complementario de la estrategia de expulsión.

Sin perjuicio de lo anterior, sería conveniente incorporar un tratamiento singular para las PYMES. En efecto, es posible que en función del tamaño de la empresa, las soluciones alternativas al despido sean inviables, lo que aconseja un planteamiento singularizado.

### *2.4 Reordenación de las políticas de pensiones*

Con carácter general, es necesario reconducir las fórmulas que permiten o facilitan la salida prematura de los trabajadores del mercado laboral, de tal forma que las políticas de fomento de la contratación y permanencia en activo, los elementos de garantía y las políticas de pensiones formen un

todo armónico, compacto y sin fisuras. Todo ello nos debe permitir, con los instrumentos incentivadores necesarios, aumentar la tasa de ocupación de los trabajadores de mayor edad y facilitar la prolongación de la vida activa.

Desde la óptica referida, la reordenación de la política de pensiones y de otros mecanismos de protección sustitutoria y complementaria cumplen un papel esencial.

En este orden parece necesario retrasar la edad jubilación anticipada y reservarla para aquellos supuestos donde no sea posible la aplicación de medidas alternativas (sin perjuicio de su voluntariedad en sentido estricto), así como vincularla a fórmulas que permitan el mantenimiento de la cotización a cargo del empresario cuando sean utilizadas en procedimientos reglados; dar prioridad a la utilización de una jubilación parcial reordenada y equilibrada en sus costes, mediante técnicas que permitan, la continuidad razonable de la actividad, la contratación indefinida del relevista y el mantenimiento de las cotizaciones completas hasta la edad de jubilación. Con carácter más agresivo, sería necesario suprimir las jubilaciones pactadas en convenio colectivo, así como la jubilación especial a los 64 años.

El conjunto de medidas permitirá aumentar la tasa de ocupación y por tanto dotar de mayor efectividad a las medidas que incentiven la permanencia en activo, e incluso a las que retrasen la edad de jubilación.

### 3. La edad legal de jubilación y la edad real de expulsión del mercado laboral: la construcción de la “edad protegida” como condicionante de las reformas

Es comúnmente aceptada y constatada la existencia de una variable diferencial entre la edad teórica o legal y la edad real de jubilación. Tras ese lapsus temporal de distinta importancia, pero común en todos los Estados de la UE, se encuentran las múltiples fórmulas existentes que permiten la jubilación anticipada. La figura es extremadamente compleja por sus múltiples connotaciones y por las distintas funciones que ha cumplido desde finales de los años setenta. En su funcionalidad se han entremezclado el ejercicio de derechos de los trabajadores configurados como conquistas sociales, políticas de redistribución del empleo que han buscado, con criterios más ideales que reales, el relevo generacional, las transformaciones continuas del sistema productivo, donde las jubilaciones anticipadas (reales o proyectadas) han servido de soporte a los grandes procesos de reconversión y son utilizadas permanentemente como un instrumento más

de gestión de los recursos humanos en un proceso de continuo cambio y adaptación de la organización productiva, donde los tiempos de inflexión no se vislumbran a corto plazo.

Con todo, en el tratamiento de las jubilaciones anticipadas debe ponderarse su vinculación a otro tipo de instrumentos que receptionan la expulsión de los trabajadores del mercado de trabajo. Basta con analizar el índice de ocupación existente entre los 50 y los 64 años (y especialmente entre los 60 y los 64 años), para darse cuenta de la magnitud del problema y de sus derivaciones. Hasta tal punto esto es así que los resultados de las elevaciones de la edad de jubilación y de las medidas de incentivación a la permanencia en activo dependen en gran medida del volumen de los sujetos receptores. De esta forma, y aunque cada medida cumple su función, son prioritarias las destinadas a elevar a toda costa los índices de ocupación en los márgenes de edad previos a la jubilación, prueba de ello es que el aumento de la tasa de ocupación de los trabajadores entre 55 y 64 años constituye uno de los objetivos de la Estrategia para el Empleo de la Unión Europea, específicamente desde el Consejo de Estocolmo de marzo del 2001. Los datos al 2007, esto es antes de iniciarse la actual crisis, para la UE.<sup>27</sup> ofrecían una cierta esperanza, la tasa de empleo para las personas de 55-64 años aumentó en casi ocho puntos porcentuales del 36,9% en 2000 al 44,7% en 2007 y 12 Estados miembros habían llegado a los objetivos de Lisboa (aumentar la tasa de empleo de la franja de 55-64 años al 50% en el 2010), entre ellos todos los países nórdicos (Suecia y Dinamarca, son lo que tienen mayor tasa de empleo) y bálticos, lo que anunciaba un cierto freno a las jubilaciones anticipadas. Seguramente los datos serán otros tras la crisis financiera en la que estamos inmersos.

También hemos advertido que las jubilaciones anticipadas no actúan como únicos instrumentos de anticipación de la edad, sino que normalmente van acompañadas de otros, tales como, la protección por desempleo y/o la utilización indebida de la incapacidad temporal. La combinación de todos ellos provoca una reducción de la “edad protegida” inferior a la anunciada y difícilmente sostenible en términos de equidad y de viabilidad del sistema.

Lo anterior nos permite afirmar que las valoraciones que se efectúan sobre la reducción o la racionalidad de la diferencia de edad entre la edad legal y la edad real de jubilación, pueden ser engañosas si refieren solo a la edad de acceso y no a la edad protegida.

La referida escenografía y la necesidad de actuar sobre ella de forma

prioritaria condicionan cualquier planteamiento de reforma de la jubilación. De nada sirve la elevación de la edad de jubilación a los 67 años o la potenciación de la permanencia voluntaria en activo a partir de los 65 años, si los sujetos receptores de las medidas son cuantitativamente escasos y lo son porque la mayoría están jubilados antes de cumplir los 65 años.

La afirmación realizada y presente en buena parte de mis reflexiones, tiene dos caras. De poco sirven las reformas si atendemos a la población receptora y en términos de equidad del Sistema. Por el contrario, sirven de mucho si con la elevación de la edad de jubilación no pretendemos conseguir un aumento de la población ocupada, sino una reconducción generalizada de las pensiones ordinarias a las pensiones anticipadas y reducidas en su cuantía.

#### 4.- La elevación de la edad de jubilación a los 67 años

Como hemos visto, se trata de la medida estrella de las reformas que se ha o se está cristalizando en distintos Estados de la UE, incluido el español. La elevación de la edad de jubilación por encima de los 65 años, bien con carácter rígido o flexible, se ordena con carácter progresivo, singularmente mediante su vinculación a la llegada de las generaciones de baby boom a la jubilación.

Es precisamente esta combinación de escenarios la que convierte a la medida en una “fórmula de impacto mediática” que por su propia configuración anuncia el fuerte impacto de la medida y ofrece una cierta dosis de seguridad financiera, evitando o disminuyendo el incremento excesivo del gato público y sus efectos. Posiblemente, esa dosis de seguridad o confianza es la que exigen los mercados financieros que, de una u otra forma, presionan para que se afronte la reforma. La cuestión está en determinar cuánto hay de espejismo y de impacto real.

Sin perjuicio de lo anterior, la tendencia o realidad anunciada y su puesta en práctica en varios Estados, pone de manifiesto la existencia de cierto convencimiento –avalado por estudios de distinto tipo y alcance– sobre su necesidad y, lo que es más importante, su efectividad. En este orden parece acuñarse la siguiente reflexión: sin perjuicio de otros instrumentos complementarios, la forma más eficaz de enfrentarse a los problemas demográficos y, singularmente a la elevación de la esperanza de vida, es la elevación de la edad de jubilación. Singularmente por el doble efecto de la medida, esto es, bien el trabajador continúa trabajando hasta los 67 años, bien queda derivado a pensiones anticipadas y reducidas.

El planteamiento que nos ocupa, pone de manifiesto varias cuestiones, que aconsejan su clarificación previa.

Es claro que no todos los Estados de la UE están en el mismo punto de partida, ni recibirán el impacto demográfico de las generaciones del baby boom, en el mismo espacio temporal, lo que permite ponderar los tiempos de actuación, singularmente en España.

Cierto es que la elevación de la edad ordinaria de jubilación por encima de los 65 años, (por ejemplo a los 67 años) es una medida de impacto, sin embargo plantea significativos elementos de controversia, a saber:

- Impacta de frontalmente sobre una conquista social de gran calado, lo que sin duda propiciará una importante respuesta social, como ya ha ocurrido en otros Estados de la UE. En España rompería el pacto intergeneracional histórico, hoy cristalizado en nuestra Ley de Seguridad Social.
- Su efectividad real está en función de otras medidas, singularmente de la elevación de la tasa de ocupación de los trabajadores a los 65 años, lo que implica, en términos de coherencia y rigor, la supresión de las jubilaciones anticipadas, así como el control sobre otras fórmulas complementarias que contribuyan a la expulsión prematura del mercado laboral. Por tanto su efectividad, en términos macroeconómicos de Sistema, tiene carácter dependiente y, en gran medida, es ajena a la propia elevación de la edad de jubilación.
- Por el contrario, si la elevación de la edad no va acompañada de otras medidas que conduzcan al mantenimiento del empleo, la elevación de la edad de jubilación alcanza su efectividad mediante la derivación de los trabajadores expulsados o que no pueda seguir trabajando a las jubilaciones anticipadas y reducidas en su cuantía.
- Es compleja en su ejecución universal, en la medida en que no todos los colectivos y actividades son susceptibles de la permanencia en activo –en forma obligatoria- por razones de salud y seguridad laboral.
- Igualmente abriría las puertas a otras contingencias derivadas tanto de riesgos profesionales, como comunes, singularmente a las de incapacidad temporal y permanente, que bien actuarían de puente hacia la nueva edad, o con carácter sustitutorio de la jubilación.

Las reflexiones anteriores, entre otras, aconsejan a nuestro juicio optar por otras medidas, tanto en materia de políticas de empleo, como de pensiones, que permitan elevar la tasa de ocupación a partir de los 55 años y,

al tiempo, potenciar adecuadamente el retraso voluntario en el acceso a la jubilación a partir de los 65 años.

## V. Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad social

### 1. Planteamiento General

El proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social, inicia su andadura legislativa en un claro escenario de consenso político y social. En efecto, el proyecto de reforma ha venido precedido por la renovación del Pacto de Toledo y la firma del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, suscrito por el Gobierno, la CEOE, CEPYME, CCOO y la UGT, retomando así el escenario de consenso que propició la reforma del 2007 en materia de seguridad social.

Con carácter previo al análisis del proyecto de Ley, conviene resaltar que han quedado fuera partes importantes del Acuerdo Social y Económico, básicamente y por lo que aquí interesa, las referidas a las políticas de empleo de trabajadores de mayor edad, que constituyen la otra cara de la moneda y condicionan la efectividad de la misma reforma. En otro caso, habrá que realizar su valoración en términos de impacto sobre los niveles de protección en materia de jubilación.

En efecto, bajo el título “Estrategia global para el empleo de los trabajadores de más edad”, el Acuerdo realiza una valoración y un compromiso en los siguientes términos:

“La tasa de empleo de los trabajadores entre 55 y 64 años de edad se sitúa actualmente en el 43,7 %, cinco puntos por debajo de la tasa de empleo de estos trabajadores en los países de la Unión Europea-15 y diecinueve puntos por debajo de nuestra tasa general de empleo, que es el 62, 8 %.

Para mejorar la situación del empleo de los trabajadores de más edad, resulta necesario adoptar una visión más integral de las políticas públicas a desarrollar que, junto a los incentivos económicos hasta ahora utilizados, integre los valores positivos que presenta el mantenimiento de estos trabajadores en la empresa.

Por otra parte, el desarrollo de políticas de la prolongación de

la vida laboral aconseja la adopción de nuevas medidas también en el ámbito del empleo que proporcionen oportunidades de empleo durante toda la vida activa y, por tanto, que contribuyan a aumentar la edad en la que los trabajadores abandonan el mercado de trabajo y acceden a la jubilación, lo cual debe redundar tanto en un mejor funcionamiento del mercado de trabajo que aproveche la experiencia y cualificación de los trabajadores de mayor edad, como en la mayor sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social.

Teniendo presente lo anterior, las partes firmantes acuerdan que el Gobierno, previa consulta y negociación con las organizaciones empresariales y sindicales firmantes, elabore, con anterioridad al 30 de septiembre de 2011, una Estrategia global de empleo de los trabajadores de más edad, que incluya medidas en materia de empleo, formación y condiciones de trabajo, con los objetivos de favorecer su mantenimiento en el mercado de trabajo y promover la reincorporación al mismo de aquellos que pierden su empleo en los últimos años de su vida laboral”.

Siguiendo la línea de reformas paramétricas iniciadas en otros Estados de la UE, la Ley española proyecta los cambios más significativos en las siguientes materias: la edad de jubilación, los elementos que integran el contenido económico de la prestación y las jubilaciones anticipadas, tanto plenas, como parciales.

Característica de la reforma, consustancial a la seguridad social, es su aplicación lenta y progresiva, que se inicia en el año 2013 y se proyecta, según las materias, hasta el año 2022 o 2027. No obstante y si atendemos a los precedentes más inmediatos (aplicación progresiva de la reforma del 2007, suprimida por el RD Ley 8/2010, de 20 mayo), la proyección en el tiempo no proporciona un elemento de seguridad jurídica, en la medida en que puede ser reordenado en función de las circunstancias de cada momento. Sin perjuicio de lo anterior, parece que la reforma pretende, siguiendo el criterio de otros Estados de la EU, que la proyección temporal de reforma esté concluida para recibir a las generaciones del baby boom, esto es, las nacidas a partir de 1957, que cumplirán los 65 años en el año 2022, aunque el mayor impacto se producirá con la llegada de los nacidos a mediados de los años 60, cuando la Ley este plena aplicación

Los elementos descritos y el retraso en su aplicación hasta el año 2013, pueden provocar una precipitación de las jubilaciones en todas sus va-

riantes, estos es, tanto ordinarias, como anticipadas y, singularmente las vinculadas planes de reordenación de la actividad empresarial. El efecto mediático de la reforma anunciada -singularmente en lo referente a la edad de jubilación, el retraso de las jubilaciones anticipadas de carácter voluntario, la nueva ordenación de la jubilación anticipada por crisis y los importantes reajustes en la jubilación parcial-, el periodo de negociación con los agentes sociales y su postergada entrada en vigor, han provocado la suficiente alarma social y empresarial para precipitar jubilaciones con el actual estatus legal, o para proyectar reajustes empresariales anticipados y con la misma finalidad.

Un último comentario general. La reforma se ha diseñado con una extraordinaria complejidad, lo que dificulta notablemente la concreción de los postulados en preceptos jurídicos, que al final es lo relevante. En este orden, la técnica jurídica utilizada no es buena, en muchas ocasiones y en temas muy importantes, como veremos, la regulación induce al error o a la interpretación equívoca. Esperemos que en la tramitación parlamentaria se incorporen algunas depuraciones técnicas.

## 2.- La edad de jubilación

### *2.1 La contributividad de la edad de jubilación*

La medida estrella aplicada también como vimos en otros Estados de la UE, es la modificación de la edad general de jubilación, que se eleva de forma progresiva ( 2013-2027) desde los 65 a los 67 años, por tanto la edad ordinaria de jubilación a partir del año 2027 será a los 67 años. A esta edad se podrá acceder acreditando cotizaciones a partir del periodo mínimo de cotización exigido de 15 años, que no ha sufrido variación.

No obstante, la regla de la edad se flexibiliza para quienes acrediten largas carreras de seguro, de forma que quienes acrediten 38 años y 6 meses de cotización podrán acceder a la jubilación a la edad tradicional de 65 años.

De esta forma, la edad de jubilación se fija en dos escalones, a los 65 y los 67 años- y viene predeterminada por el tiempo de cotización, de manera que si el trabajador acredita más de 15 años y menos de 38 años y 6 meses, su edad de jubilación será los 67 años (o la que corresponda en su aplicación progresiva); si acredita 38 años y 6 meses o más de cotización, su edad será los 65 años. Aunque, la norma es poco clara, cabe una tercera posibilidad, a saber, el trabajador podrá acceder a la jubilación en el intervalo

entre los 65 y 67 años, fijándose la concreción de la edad en el momento de cumpla los 38 años y 6 meses de cotización. Sería preferible que esta posibilidad se dijera expresamente.

De esta forma la edad de jubilación ordinaria deja de ser una edad única y general para quienes acreditan el periodo mínimo de cotización (15 años) para convertirse en una edad variable y escalonada entre los 65 y 67 años, cuya concreción individual viene determinada por las cotizaciones acreditadas. Es pues el esfuerzo contributivo el que determina la edad de jubilación.

Sin perjuicio del periodo transitorio, la apuesta por hacer depender la edad de jubilación del esfuerzo contributivo, premiará a las próximas generaciones que acreditan largas carreras de seguro, para después ir generalizando el transito a los 67 años, en la medida en que las vidas laborales son más cortas.

Dado que el tiempo de cotización es el que fija la edad de jubilación, dos reglas son de interés. En primer lugar, para su acreditación no computan las cotizaciones por pagas extraordinarias, al igual que ocurre para la cobertura del periodo mínimo de cotización (15 años) que permite el acceso al derecho. En segundo lugar, para el cómputo de años y meses de cotización se toman años y meses completos, sin que se equiparen las fracciones.

## *2.2 Aplicación transitoria y progresiva de la edad de jubilación*

Es común en las reformas de la seguridad social que su aplicación se realice de forma paulatina y progresiva, con la finalidad, entre otras, de suavizar su impacto. En la aplicación de la futura edad de jubilación, también hemos seguido el mismo criterio, coincidente en su estructura con el aplicado en otros países de la UE. No obstante, se pretende hacer coincidir la exigencia de los 67 años con la llegada a la edad de jubilación de las generaciones más numerosas del baby boom, esto es, las nacidas a partir de mediados de los años 60.

Con la finalidad de ordenar la elevación progresiva de la edad de jubilación, se incorpora a la LGS la nueva disposición transitoria vigésima. En su ordenación, se combinan los dos factores, cotizaciones acreditadas y edad, en el sentido referido en el epígrafe anterior, esto es, se van fijado en forma progresiva los periodos de cotización que dan acceso a la jubilación a los 65 años o a la escala ascendente que oscila entre los 65 años y 1 mes en el año 2013 hasta los 67 años a partir del año 2027.

El ritmo de crecimiento de las cotizaciones exigidas y de la edad es dife-

rente. Así, las cotizaciones exigidas para acceder de forma permanente a la jubilación a los 65 años, se fijan para el año 2013 en 35 años y 3 meses y se elevan progresivamente de 3 en 3 meses hasta alcanzar los 38 años y 6 meses a partir del año 2027. Por los que refiere a la edad exigida para quienes acrediten cotizaciones inferiores a las previstas en cada momento, se inicia su elevación en los 65 años y 1 mes para el año 2013, incrementándose en 1 mes por año hasta el 2018 y de dos meses por año desde 2019 al 2027, donde se alcanza la edad de 67 años.

Esta especie de jeroglífico queda expresado de forma más gráfica en el siguiente cuadro:

AÑO	PERÍODOS COTIZADOS	EDAD EXIGIDA
2013	35 AÑOS Y 3 MESES O MÁS MENOS DE 35 AÑOS Y 3 MESES	65 AÑOS 65 AÑOS Y 1 MES
2014	35 AÑOS Y 6 MESES O MÁS MENOS DE 35 AÑOS Y 6 MESES	65 AÑOS 65 AÑOS Y 2 MESES
2015	35 AÑOS Y 9 MESES O MÁS MENOS DE 35 AÑOS Y 9 MESES	65 AÑOS 65 AÑOS Y 3 MESES
2016	36 O MÁS AÑOS MENOS DE 36 AÑOS	65 AÑOS 65 AÑOS Y 4 MESES
2017	36 AÑOS Y 3 MESES O MÁS MENOS DE 36 AÑOS Y 3 MESES	65 AÑOS 65 AÑOS Y 5 MESES
2018	36 AÑOS Y 6 MESES O MÁS MENOS DE 36 AÑOS Y 6 MESES	65 AÑOS 65 AÑOS Y 6 MESES
2019	36 AÑOS Y 9 MESES O MÁS MENOS DE 36 AÑOS Y 9 MESES	65 AÑOS 65 AÑOS Y 8 MESES
2020	37 O MÁS AÑOS MENOS DE 37 AÑOS	65 AÑOS 65 AÑOS Y 10 MESES
2021	37 AÑOS Y 3 MESES O MÁS MENOS DE 37 AÑOS Y 3 MESES	65 AÑOS 66 AÑOS
2022	37 AÑOS Y 6 MESES O MÁS MENOS DE 37 AÑOS Y 6 MESES	65 AÑOS 66 AÑOS Y 2 MESES
2023	37 AÑOS Y 9 MESES O MÁS MENOS DE 37 AÑOS Y 9 MESES	65 AÑOS 66 AÑOS Y 4 MESES
2024	38 O MÁS AÑOS MENOS DE 38 AÑOS	65 AÑOS 66 AÑOS Y 6 MESES
2025	38 AÑOS Y 3 MESES O MÁS MENOS DE 38 AÑOS Y 3 MESES	65 AÑOS 66 AÑOS Y 8 MESES
2026	38 AÑOS Y 6 MESES O MÁS MENOS DE 38 AÑOS Y 6 MESES	65 AÑOS 66 AÑOS Y 10 MESES
A PARTIR DEL AÑO 2027	38 AÑOS Y 6 MESES O MÁS MENOS DE 38 AÑOS Y 6 MESES	65 AÑOS 67 AÑOS

### *2.3 La edad de jubilación y los beneficios por cuidado de hijos*

La reforma incorpora un elemento de ponderación en la determinación de la edad de jubilación y la acreditación de los periodos de cotización exigibles, que trae su causa en el tiempo dedicado por mujeres y hombres al cuidado de los hijos.

Por un lado y a los exclusivos efectos de determinar la edad de jubilación exigible en cada momento, se computa como periodo cotizado ficticio, sometido a las siguientes condiciones:

- Que exista una interrupción de la cotización, derivada de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo.
- Que la interrupción se produzca en un periodo temporal determinado, a saber, entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior a dicha situación.

El tiempo computable será de nueve meses por cada hijo o menor adoptado o acogido con un límite máximo acumulado de dos años, y sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización.

Por último, el beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores y en caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre.

Bien entendido que la ficción tan solo opera para fijar la edad ordinaria – no anticipadas- de jubilación que corresponda en cada momento, la cual como hemos visto depende del periodo de cotización acreditado, Por tanto, no se computa a efectos del cálculo de la pensión.

Por otro lado, se eleva a 3 años la prestación familiar contributiva regulada en el artículo 180.2 de la LGS. De esta forma se abarca la totalidad del periodo máximo de excedencia por cuidado de hijos establecida en el artículo 46.3 del ET. La singularidad de esta bonificación ésta en que los 3 años -o el tiempo inferior disfrutado- se computa como efectivamente cotizados a “todos los efectos prestaciones” y referidos a las contingencias de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

### *2.4 El carácter dependiente de la reforma y sus efectos derivados*

Si unimos las dificultades para mantenerse en activo a partir de los 55-65 años, a las dificultades para acreditar largas carreras de seguro, singularmente y en forma generalizada en un futuro no muy lejano, el resul-

tado es claro, la reforma alcanzara su eficacia económica provocando la precipitación de jubilaciones anticipadas con pensiones reducidas. Incluso, los efectos pueden ser más complejos o dramáticos si tenemos en cuenta el endurecimiento de los requisitos de acceso a las jubilaciones anticipadas, lo que puede provocar simplemente la expulsión del espacio protector contributivo de trabajadores que dedicaron gran parte de su vida activa a contribuir a la financiación del sistema de reparto.

Podríamos decir por tanto, que el éxito de la reforma está fuera de la reforma. Por un lado, depende del sistema productivo, en el entendimiento de que genere empleo estable y suficiente en todas las franjas de edad y singularmente, el mantenimiento del empleo hasta la edad de jubilación. Por otro lado, depende de los propios trabajadores que contribuirán al éxito de la reforma soportando reducciones de sus pensiones.

### 3. Las jubilaciones anticipadas

La reforma intenta incorporar un cierto equilibrio en la estructura jubilatoria procediendo a la reordenación de los distintos tipos de jubilación anticipada, ya sea con carácter pleno o en forma parcial, cuyos resultados aparecen difuminados

En forma grafica, se puede decir que la reforma ordena el siguiente mosaico de posibilidades:

- Crea una jubilación anticipada reconocida como derecho a los 63 años y con 33 años de cotización.
- Reordena la jubilación a los 61 años reservándola para supuestos de crisis económica o cierre de empresa.
- Mantiene el derecho histórico de la jubilación a los 60 años para los trabajadores que pertenecieron al Mutualismo Laboral antes de 1-I-1967, hasta su expiración natural.
- Suprime la jubilación a los 64 años.
- Mantiene la jubilación forzosa pactada en convenios colectivos a tenor de la disposición adicional décima del ET.
- Reordena la jubilación parcial anticipada buscando un equilibrio de costes.

Como punto de partida a las reflexiones que siguen, es necesario insistir en que la jubilación anticipada ejercitada como derecho constituye más bien un juego de palabras o un eufemismo alejado de la realidad desde hace muchos años. En efecto y como ya he afirmado en múltiples ocasio-

nes, las jubilaciones anticipadas constituyen, salvo excepciones irrelevantes, mecanismos de gestión de los recursos humanos a disposición de los empresarios, que son utilizados para reordenar las plantillas, ya sea mediante instrumentos formales o informales.

El planteamiento es importante en la medida en que debe afectar a la regulación de los distintos tipos de jubilación anticipada. En efecto, si atendemos simplemente a su reconocimiento como derecho y no a su utilización, la penalización por el adelanto de la edad jubilatoria repercute siempre en el trabajador que ve reducida su pensión. Por el contrario, si atendemos a su utilización y ésta viene impuesta directa o indirectamente, por el empresario, éste debería soportar la penalización capitalizando – al menos en parte – las cotizaciones hasta la edad de jubilación.

Consecuencia adicional –y siempre partiendo de la misma afirmación, las jubilaciones anticipadas son instrumentos de gestión de recursos humanos en las empresas-, es que los distintos tipos jubilatorios forman parte de un todo interconectado a modo de vasos comunicantes, lo que quiere decir que su ordenación debe ser transversal. Si por el contrario, simplemente realizamos una ordenación singularizada de cada figura, el resultado no contribuye a la ordenación de un todo armónico e, incluso como veremos, puede provocar efectos perversos y no deseados.

Cierta y lamentablemente las reflexiones planteadas están lejos de la realidad normativa, aunque la antesala de la norma este conformada por acuerdos sociales y políticos. Incluso, las reflexiones realizadas son compartidas.

### *3.1 La jubilación anticipada por crisis y el posible abaratamiento del despido*

#### 3.1.1 Reordenación de la jubilación a los 61 años

La reforma reordena la jubilación anticipada a los 61 años prevista para los trabajadores no mutualistas, en una jubilación anticipada a la misma edad, que traiga su causa en “una situación de crisis o cierre de la empresa que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral”, procediendo para ello a dar nueva redacción al apartado 2 del artículo 161.bis de la LGS.

A estos efectos se fijan los requisitos exigidos al trabajador, sin más variaciones que la elevación del periodo de cotización exigible que pasa de los 30 a los 33 años y la causa motivadora que da acceso a la jubilación. Los requisitos son los siguientes:

- a) Tener cumplidos los 61 años de edad, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el apartado 1 del artículo 161.bis.
- b) Encontrarse inscritos en las oficinas de empleo como demandantes de empleo durante un plazo de, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación.
- c) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.
- d) Que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de crisis o cierre de la empresa que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral.

Sin perjuicio del cambio de rumbo de la figura en función de la causa de acceso a la jubilación anticipada, que analizare en el epígrafe siguiente, es destacable el endurecimiento de las condiciones de acceso, esto es, del periodo de cotización exigible, que pasa de 30 a 33 años. El mayor nivel de contributividad coincide, más o menos, con la elevación ya analizada de 35 años a 38 años y 6 meses, produciéndose un desplazamiento general del incremento de la cotización exigida.

No obstante la lógica interna, el endurecimiento de los requisitos casan mal con las causas de acceso que pretende acoger la expulsión de trabajadores procedentes de situaciones de crisis o cierre de empresas. Parece que la reforma pretende influir en la edad de anticipación mediante la elevación de la cotización exigible, buscando de forma indirecta un desplazamiento hacia la edad. Sin embargo, es más probable que el resultado se alcance con un mayor desplazamiento al desempleo contributivo y asistencial. Esta fórmula de compensación -que he denominado “edad protegida”- no es nueva y se seguirá utilizando. En definitiva, cambiamos pensión de jubilación por prestación de desempleo. Dicho lo cual se abre un espacio razonable de duda sobre el efecto desprotección.

Si tenemos presente que se trata de situaciones ajenas a la voluntad del trabajador, que provocan la expulsión del mercado laboral a una edad elevada (61) y con escasísimas posibilidades de recolocación, el endurecimiento de los requisitos puede provocar un efecto perverso, esto es, la des-

protección. El endurecimiento debe operar sobre las causas de forma que se reduzca su utilización por el empresario, pero no sobre las exigencias del trabajador. Es una utopía pensar que el endurecimiento de las exigencias al trabajador actuará como condicionante de la conducta empresarial, de forma que el incumplimiento de las exigencias jubilatorias provocará el mantenimiento del empleo, como lo demuestra la práctica habitual.

Finalmente, es necesario advertir que se trata de una reforma pensando en el futuro, lo que incorpora elementos adicionales de duda sobre su acierto. En efecto, si atendemos a las carreras de seguro actuales y de las próximas generaciones, el cumplimiento de largos periodos de cotización suele ser característica mayoritaria, sin embargo, si pensamos en el futuro las dificultades para su acreditación se incrementan.

### 3.1.2 Las causas de la crisis

Sin duda el centro neurálgico de la nueva ordenación de la jubilación anticipada por crisis está en la determinación de las causas que permiten el acceso a la misma. En este orden el apartado d) del artículo 161.bis.2, identifica las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a la jubilación en los siguientes términos:

- a. El despido colectivo por causas económicas autorizado por la autoridad laboral, conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.
- b. El despido objetivo por causas económicas, conforme al artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores.
- c. La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- d. La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante.
- e. La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor.

Si bien existe una cierta lógica en las causas previstas, conviene realizar las matizaciones siguientes:

- Las causas descritas abren las puertas de la jubilación anticipada como fórmula protectora del trabajador que ve extinta su relación laboral a partir de los 61 años y acredita una larga carrera de seguro, 33 años de cotización.
- El listado de causas es selectivo, quedando fuera múltiples supuestos de extinción, incluso algunos utilizados de forma masiva, como por

ejemplo el despido disciplinario reconocido como improcedente, que también constituye un cese involuntario.

- El listado y su vinculación al carácter involuntario del cese en el trabajo, deposita en el empresario la “elección de la causa extintiva”, suponemos que vinculada a la situación de crisis.
- La incorporación en el listado del despido objetivo por causas económicas (indemnizable con 20 días de salario) y la no inclusión del despido disciplinario reconocido como improcedente (indemnizable con 45 días de salario), puede provocar un efecto sustitución y por derivación un abaratamiento del despido. Ante la imposición del empresario basada en sus propios intereses, la opción del trabajador es clara, aceptar la indemnización de 45 días y cerrar las puertas de acceso a la jubilación anticipada ó aceptar el despido objetivo -sin impugnaciones, claro- con 20 días de indemnización y acceder a la jubilación anticipada, lo que es garantía de futuro a los 61 años.
- Quedan fuera los despidos colectivos basados en causas técnica, organizativas o de producción (ET, arts. 51 y 52), lo que quizás provocara una reinterpretación de las causas en la medida en que todas tienen una “valoración económica” que impacta en la continuidad de la actividad empresarial.

De todo lo anterior, se desprende una valoración negativa en la tipificación de las causas, en la medida en que bien pueden provocar efectos no deseados (abaratamiento del despido disciplinario) o bien convertirse en causas teóricas con la consiguiente desnaturalización del efecto perseguido.

### 3.1.3 Jubilación anticipada por extinción de la relación laboral consecuencia de la violencia de género

Novedad importante, es la incorporación de los supuestos de extinción del contrato por violencia de género. La incorporación se realiza aprovechando la figura y su régimen jurídico, por tanto, el acceso a la jubilación anticipada en estos supuestos exige – y así debe entenderse aunque nada dice expresamente el precepto-, el cumplimiento de los requisitos generales –afiliación y alta o situación asimilada- y particulares recogidos en los apartados a),b) y c) de la letra A) del artículo 161 bis.2.

Junto a la novedad, la laguna, seguramente motivada por una imperfección técnica. El precepto refiere a la “extinción de la relación laboral”, dejando fuera de la protección a la trabajadora autónoma que cesa definitivamente en la actividad como consecuencia de la violencia de género, si-

tuación prevista como “Situación legal de cese de actividad” por el artículo 5 de la

Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

### *3.2 La jubilación anticipada voluntaria*

#### 3.2.1 Una figura sorprendente

Ya he afirmado en varias ocasiones, que hablar de jubilaciones anticipada de carácter voluntario es un eufemismo, en la medida en que la posibilidad de acceso es utilizada mayoritariamente por el empresario y anecdóticamente por el trabajador.

Dicho lo anterior, en términos teóricos la figura es nueva y su ámbito de aplicación es generalizado. Parece como si actuara en forma de sustitución de la vieja jubilación anticipada de los trabajadores que pertenecieron al Mutualismo Laboral, de próxima expiración natural.

El renacimiento de una jubilación anticipada y voluntaria constituye una reforma sorprendente, en la medida en que actúa a contracorriente de las líneas trazadas desde la UE que, desde hace años viene pregonando su desincentivación o su supresión, con la finalidad de facilitar la permanencia en el empleo o dificultar la salida de los trabajadores de mayor edad.

Cuál es la justificación de tal decisión. La respuesta es compleja. Podíamos pensar que actúa como compensación a la elevación de la edad de jubilación a los 67 años, para los trabajadores con carreras de seguro razonablemente largas, a partir de los 33 años de cotización. También sería posible una interpretación intermedia. Así por un lado, su carácter voluntario permite su aplicación en términos estrictos y, por otro, el legislador –concedor de su utilización por el empresario– pretende retrasar la expulsión de los trabajadores de los 60-61 años actuales a los 63 años.

La segunda interpretación parece la más razonable, sin embargo su aplicación queda restringida a las causas no previstas en la jubilación anticipada “por crisis”, esto es, en teoría a los despidos colectivos (ET.art.51 y 52) por causas técnicas, organizativas y de producción, así como a los despidos objetivos y disciplinarios, entre otras causas de extinción.

En todo caso, es una apuesta arriesgada, si entendemos que el objetivo último socialmente defendible y el principal condicionante del éxito de la reforma, no es otro que elevar considerablemente las tasas de ocupación de los trabajadores de mayor edad. En este orden, la ausencia de garantías ante la extinción del contrato por edad y las puertas nuevas y viejas que

permiten la expulsión anticipada de los trabajadores, no permite ser demasiado optimista.

### 3.2.2 Requisitos de acceso

Partiendo de la exigencia de los requisitos generales de acceso a las prestaciones, esto es, estar en alta o situación asimilada a la de alta, la letra B del apartado 2 del artículo 161.bis establece los siguientes requisitos:

- a) Tener cumplidos los 63 años de edad, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el apartado 1 del artículo 161.bis.
- b) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.
- c) Una vez acreditados los requisitos generales y específicos de dicha modalidad de jubilación, el importe de la pensión ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada.

De los requisitos referidos y listados por la norma, debemos distinguir entre requisitos de acceso al derecho y requisitos de reconocimiento de la pensión. A tal conclusión llegamos en función de la literalidad del apartado c) que establece una condición singular - “una vez acreditados los requisitos generales” (no mencionados, de afiliación y alta o asimilada) “y los específicos” (edad y cotización)-, consistente en que la pensión supere una cuantía mínima. En este orden distinguiremos ambos requisitos.

- Requisitos de acceso al derecho

La jubilación anticipada voluntaria pivota sobre la acreditación de requisitos generales y singulares de edad y cotización.

Por lo que se refiere a los generales, el trabajador deberá estar afiliado y en alta o situación asimilada. En éste orden, es equívoca la referencia contenida en el primer párrafo del apartado 2 del 161.bis, que refiere al “cese voluntario en el trabajo”. A mi juicio, la norma pretende resaltar la “volun-

tariedad”, lo que no quiere decir que la aplicación de la figura se circunscriba a los trabajadores “que estén en activo” y “cesen voluntariamente”. Dicho en otros términos, cumplidos los requisitos generales de afiliación, alta o situación asimilada, el trabajador puede acceder a la jubilación voluntaria aunque no esté en activo.

Por lo que refiere a la edad, el trabajador deberá haber cumplido 63 años, sin que sean aplicables los coeficientes reductores de la edad en función del tipo de actividad realizada.

Con referencia a sus precedentes en orden a la edad, se ha producido una elevación que va desde los 60 y 61 años a los 63 años, con la idea de mantener y retrasar el acceso a la jubilación anticipada. La finalidad perseguida es de momento una incógnita, aunque es posible imaginar que el retraso en el acceso a la jubilación no procederá de un mayor tiempo de activo, sino más bien de una mayor extensión de los mecanismos complementarios de protección, a saber, prestaciones y subsidios por desempleo y subsidios de incapacidad temporal. No obstante, es posible que se produzca un cierto retraso en la que he denominado “edad protegida”.

El periodo de cotización exigido se eleva igualmente a los 33 años, exigencia común para ambos tipos de jubilación anticipada, por crisis o voluntaria. Para su acreditación y siguiendo la regla general en la jubilación, no se computan los denominados días cuota por pagas extraordinarias. Por el contrario, si se computa el tiempo de servicio militar o prestación sustitutoria hasta el límite de 1 año.

- Requisito de reconocimiento

Sin perjuicio de que el trabajador cumpla los requisitos generales y específicos, la norma impone una condición restrictiva para el reconocimiento de la jubilación anticipada voluntaria. La restricción consiste en evitar que las jubilaciones anticipadas con aplicación de coeficientes reductores –como veremos seguidamente- deriven en pensiones mínimas, incrementando así el gasto en complementos a mínimos.

Por tanto, si una vez calculada la pensión anticipada, su cuantía es inferior a la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar –con cónyuge o no a su cargo y unidad económica unipersonal- al cumplimiento de los 65 años, no cabe su reconocimiento.

La medida puede provocar dos tipos de expulsiones. Unas razonables y referidas a quienes tienen capacidad para organizar su carrera de seguro y la elección de las bases de cotización. Otras dramáticas, para quienes

han sido expulsados del mercado laboral, tienen bases de cotización bajas y proceden del subsidio de desempleo. A estos elementos habría que añadir las importantes restricciones operadas por la reforma en materia de cobertura de lagunas, que afectan a quienes tienen carreras de seguro discontinuas.

La restricción deja pocos espacios de actuación según los colectivos afectados. Quienes pueden decidir, la regla fuerza a realizar cálculos y, en su caso, permanecer en activo. Para quienes no pueden decidir, las soluciones son escasas para su rectificación de futuro (¿volver a trabajar a los 63 años y hasta que alcance la pensión mínima o hasta la edad ordinaria de jubilación!) y son escasas y costosas para el trabajador si nos situamos en el “diseño preventivo”, en la medida en que, bien no dependen del trabajador, bien pasan por la realización de convenios especiales a su cargo.

La regla puede ser razonable para evitar jubilaciones anticipadas, pero para ello el legislador, como ya advertí, debería distinguir cuando la jubilación es “voluntaria en sentido estricto y así queda acreditado” y cuando la jubilación llamada voluntaria es utilizada por el empresario “como instrumento de gestión de los recursos humanos”, en cuyo caso debería imponerse al mismo la carga de las cotizaciones hasta la edad ordinaria de jubilación u otra fórmula similar que evite la desprotección del trabajador.

En los términos en que está planteada la norma busca su eficacia económica con “los ojos vendados” e ignorando los espacios de impacto.

### *3.3 Cuantificación de las pensiones mediante la aplicación de coeficientes reductores*

Las pensiones por jubilación anticipada, ya traigan su causa de la situación de crisis o cierre de empresa o, tengan carácter voluntario (aparente o real), se calculan aplicando el mismo sistema de coeficientes reductores, aunque como veremos el resultado es distinto en ambos casos.

También en esta materia, la técnica jurídica utilizada es defectuosa, al reiterar en el mismo artículo un idéntico sistema de cálculo. Posiblemente hubiera sido más técnico habilitar un apartado C) dedicado a la cuantificación de las pensiones. Igualmente, es poco clara la aplicación del periodo transitorio. Sin embargo, entiendo que es aplicable, aunque la norma debería afirmarlo, basta con añadir al referirse a la edad “...en su aplicación transitoria”, para evitar equívocos.

La penalización consiste en la reducción de la pensión mediante la aplicación de coeficientes reductores en función de la edad de acceso a la jubi-

lación anticipada. Su cuantificación se estructura mediante los siguientes parámetros:

- Determinación de los trimestres, que en el momento del hecho causante, le falten al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el artículo 161.1.a), esto es, 65 o 67 años o la que corresponda en su aplicación transitoria.

El precepto no hace ninguna mención a la aplicación paulatina y progresiva -hasta el año 2027- de los periodos de cotización que permiten el acceso a la jubilación a los 65 o 67 años (ver la tabla recogida en el epígrafe 2.2 ). Sin embargo, una interpretación razonable me inclina a interpretar que la edad de referencia será la que corresponda en cada momento teniendo en cuenta la aplicación paulatina y progresiva recogida en la disposición transitoria vigésima.

A los exclusivos efectos de determinar la edad de jubilación (65 o 67 años) se consideraran cotizados los años que resten desde la fecha del hecho causante hasta el cumplimiento de la edad que le corresponda.

La aplicación de la referida regla ofrece notables diferencias en función de la tipología de la jubilación anticipada de que se trate.

Así, cuando la jubilación es por crisis o violencia de género y el hecho causante se produce a los 61 años, se darán por cotizados los años que le resten para cumplir la edad de jubilación que le corresponda. Operación que a posteriori podría permitirle fijar la edad de referencia para la aplicación de coeficientes reductores en 65 años. En definitiva, con la técnica referida la situación es similar a la existente antes de la reforma y los coeficientes reductores se aplicaran por el tiempo que reste hasta el cumplimiento de los 65 y no los 67 años.

Como decía, el efecto es diferente cuando nos referimos a la jubilación voluntaria. Así, al trabajador con 63 años y 33 de cotización exigidos, se le aplica una bonificación hasta la edad de jubilación que le corresponda, lo que facilmente elevara la edad de referencia para la aplicación de coeficientes reductores hasta situarla en los 67 años.

- La fijación del coeficiente reductor dependerá del tiempo de cotización acreditado en la fecha del hecho causante, así:
  - Cuando el trabajador acredite un periodo de cotización inferior a 38 años y 6 meses -lo que le permitiría el acceso a la jubilación ordinaria a los 67 años o a la edad transitoria que corresponda- el

coeficiente reductor será del 1,875 por cada trimestre, lo que equivale a un 7,5 por 100 anual.

- Cuando el trabajador acredite un periodo de cotización superior a 38 años y 6 meses –lo que le permitiría el acceso a la jubilación ordinaria a los 65 años- el coeficiente reductor será del 1,625 por cada trimestre, lo que equivale a un 6,5 por 100 anual.

Novedad importante es la utilización de la referencia trimestral. La diferencia entre el computo trimestral y anual está en que la penalización por fracciones afecta solo al trimestre y no al año.

- Regla importantísima y nueva, es que los coeficientes reductores se aplican sobre la pensión teórica ya calculada y por tanto sometida los límites impuestos por el artículo 47 de la LGS y cuantificados en las Leyes de Presupuestos. Lo que quiere decir que si la pensión está “topada” el coeficiente reductor se aplica sobre el tope vigente, en la fecha del hecho causante. Hasta ahora, la aplicación del coeficiente se realizaba sobre la pensión “sin topar”. Lógicamente la medida, razonable a mi juicio, supone una merma para aquellos trabajadores que tienen bases máximas de cotización.

#### 4. Cálculo de la pensión de jubilación

Como se sabe, el conjunto de las prestaciones del sistema se calculan utilizando dos factores, a saber, la base reguladora y el porcentaje aplicable. Estos factores adquieren una singularidad especial en la pensión de jubilación, en la medida en que, por un lado constituye el reflejo de la vida activa del trabajador y por otro, conforma la renta del trabajador al final de su vida activa. Estos factores han estado siempre en permanente evolución buscando un espacio de equilibrio y equidad, no siempre fácil de conseguir en función de múltiples factores, unos referidos a la vida activa y otros a la esperanza de vida, siendo ambos desiguales entre mujeres y hombre.

La reforma ha impactado sobre los elementos que conforman el cálculo de la pensión, siguiendo la línea de las reformas europeas de carácter paramétrico, sin olvidar la incorporación de elementos de compensación, singularmente en materia de género.

##### 4.1 Base reguladora

En la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, nuestro sistema ha sido históricamente especialmente generoso y especial-

mente abierto a conductas fraudulentas o interesadas. En este orden, la base reguladora se ha calculado sobre los últimos 2 años, 8 años y, finalmente los últimos 15 años. En paralelo se han tomado medidas para evitar el incremento indebido o interesado de cotizaciones durante los años previos a la jubilación, que son los que conforman la base reguladora.

La reforma ha elevado el periodo de cálculo situándolo en 25 años, si bien con una aplicación paulatina y progresiva durante el periodo 2013-2022, para lo cual se da nueva redacción al apartado 1 del artículo 162 y a la disposición transitoria quinta. Veamos en qué términos.

#### 4.1.1 Cálculo de la Base

La base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será el cociente que resulte de dividir por 350 (25 años, lo que equivale a 300 meses más 50 meses de pagas extraordinarias), las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses (25 años) inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

#### 4.1.2 Aplicación Transitoria

Como decía la aplicación de la nueva base reguladora se realizara en forma progresiva durante el periodo 2013-2022. El punto de partida es la situación actual, 180 meses dividido por 210, incrementándose a partir del 2013 en 12 meses cada año hasta llegar a la fórmula general de 300 meses dividido por 350, a partir del 1 de enero del 2022. El iter sería el siguiente: año 2013=192/224; año 2014=204/238; año 2015=216/252; año 2016=228/266; año 2017=240/280; año 2018=252/294; año 2019=264/308; año 2020=276/322; año 2021=288/336.

#### 4.1.3 Reglas de cálculo y cobertura de lagunas

Las reglas tradicionales de cálculo de la base reguladora no han sufrido variación, por un lado, las bases correspondientes a los 24 meses anteriores al mes previo al hecho causante se toman por su valor nominal, esto es, la desactualización de las bases en relación con el IPC es soportado por el pensionista; por otro, las restantes bases se actualizan de acuerdo con el diferencial del IPC.

Por el contrario, ha sufrido una variación importante el procedimiento, ciertamente generoso hasta ahora, de cobertura de lagunas en el periodo de cálculo de la base reguladora. El sistema previo a la reforma, permitía sin límite temporal, cubrir las lagunas existentes con la base mínima vigente en cada momento para los trabajadores mayores de 18 años.

La reforma incorpora una nueva técnica donde se pondera parcialmente, esto es, con límite temporal, el esfuerzo contributivo. Las reglas extraordinariamente complejas se basan en los siguientes criterios:

- Cada mes cotizado durante los 36 meses previos al periodo de cálculo de la base reguladora, dará derecho a la integración de 1 mensualidad con laguna, siendo el límite de la integración de 24 mensualidades. La integración se efectúa con la base por la que cotizo y se actualizará o no dependiendo de la posición de la laguna, esto es, si está en los primeros 24 meses, no se actualiza; si está posicionada en el periodo restante, si se actualiza como las demás bases con el diferencial del IPC.
- Las 24 mensualidades con lagunas más próximas al periodo referido, estos, al integrado con bases reales, se integran con el 100 por 100 de la base mínima vigente en la fecha correspondiente.
- Las restantes mensualidades con laguna de cotización, se integraran con el 50 por 100 de la base mínima vigente en la fecha correspondiente.

El resultado de todas las operaciones no es otro que la reducción del tiempo de la cobertura de lagunas al 100 por 100 de la base mínima y, por tanto si se da el caso, la reducción de la base reguladora y con ella de la pensión.

#### *4.2 Porcentaje aplicable*

La cuantificación de la pensión viene determinada por la aplicación del porcentaje correspondiente a la base reguladora, con la singularidad en la pensión de jubilación de que el porcentaje aplicable varía en función de los años de cotización acreditados, a partir del periodo mínimo exigido que da acceso al derecho.

La reforma ha respetado el porcentaje mínimo, esto es, el 50 por 100 aplicable cuando se acredita el periodo mínimo de cotización de 15 años, que tampoco ha cambiado.

Por el contrario, ha variado la valoración de los años sucesivos, esto es, a partir del decimosexto y la técnica de cálculo utilizada, que pasa de ser anula a mensual, así como en número de años de cotización exigidos para alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora, que pasa de 35 a 37 años. Incremento que supone un endurecimiento más en la nueva ordenación.

En el orden referido, a partir del año decimosexto, cada mes adicional de cotización, comprendidos entre los meses 1 y 248, vale el 0,19 por 100 (lo que supone, 2,28 por 100 anual y un total para los 248 meses -20 años

y 8 meses-, del 47,12 por 100) y los que rebasen el mes 248, valen el 0,18 por 100 ( lo que supone un 2,16 por 100 anual), sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 por 100, salvo en el supuesto a que se refiere el apartado siguiente.

El resultado numérico de la regla sería el siguiente:

1. 15 años . . . . .	50,00 %
2. 20 años y 8 meses (248 meses al 0,19) . .	47,12
3. 1 año y 4 meses ( 16 meses al 0,18). . . . .	2,88
4. Total: 37 años . . . . .	100,00 %

Es destacable la falta de sintonía entre las cotizaciones exigibles para alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora, esto es, 37 años, y las cotizaciones exigibles para determinar la edad de jubilación, esto es, si se acredita un periodo inferior a 38 años y 6 meses, la edad será de 67 años. Ello quiere decir que un trabajador de tenga 37 años cotizados no podrá superar el 100 por 100 de la base reguladora y sin embargo su edad de jubilación se retrasa hasta los 67 años o la edad en que acredite el referido periodo.

#### *4.3 Reglas de cálculo para ponderar la expulsión del mercado de los trabajadores de mayor edad*

La expulsión prematura del mercado laboral de los trabajadores de mayor edad venía provocando un efecto negativo en la conformación de la base reguladora de la pensión de jubilación. En efecto, los últimos años cotizados por estos trabajadores, singularmente para los procedentes del subsidio por desempleo, ofrecían bases sensiblemente inferiores a las efectuadas en periodos previos de su vida activa.

La reforma pretende, durante el periodo transitorio de aplicación de la base reguladora (2013-2022), ofrecerles una fórmula alternativa, consistente la posibilidad de elección de un periodo de cálculo mayor (20 o 25 años) al vigente en cada momento, de forma que al ampliar el periodo se puedan incorporar bases de cotización de mayor cuantía.

Las exigencias previstas para poder optar por esta posibilidad y los términos de la opción, son los siguientes:

- Haber cesado en el trabajo por causa no imputable a su libre voluntad, en los términos del artículo 208.1.1 de la LGS
- Haber experimentado una reducción de las bases de cotización respecto a las acreditadas antes de la extinción del contrato, durante al menos 24 meses y a partir de los 55 años.

- Para los trabajadores autónomos cuando haya transcurrido 1 año desde la fecha en se agotaran la prestación por cese en la actividad, siempre lógicamente que tenga 55 o más años, aunque la norma nada dice.

Acreditadas las circunstancias referidas los términos de la opción serían los siguientes:

- Desde 1-I-2013 al 31-12-2016, podrán optar entre la base reguladora consistente en el resultado de dividir por 280 (20 años: 240 meses más 40 meses de pagas) las bases de cotización durante los 240 meses (20 años) inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante y la que corresponda en cada momento ( año 2013=192/224; año 2014=204/238; año 2015=216/252; año 2016=228/266).
- Desde 1-I-2017 al 31-12-2021, podrán optar entre la base reguladora consistente en el resultado de dividir por 350 (25 años: 300 meses más 50 meses de pagas) las bases de cotización durante los 300 meses (25 años) inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante y la que corresponda en cada momento (año 2017=240/280; año 2018=252/294; año 2019=264/308; año 2020=276/322; año 2021=288/336).

Lógicamente, las operaciones de cálculo serán realizadas por la seguridad social, ya que el trabajador no tiene acceso a toda la información. La operación consistirá en realizar un doble cálculo y proporcionar la base más favorable. Es indudable que existen formulas más sencillas.

#### *4.4 Incentivos a la permanencia voluntaria en activo*

La reforma insiste en mantener el incentivo a la permanencia en activo a partir de las edades generales de jubilación (65 o 67 años) a pesar de la elevación de la edad de jubilación. Pensar en seguir trabajado, para los que lo estén, a partir de los 67 años, es cuando menos sorprendente.

Tradicionalmente se han establecido dos tipos de incentivos, unos para el trabajador consistente en posibilitar la mejora de su pensión mediante el establecimiento de porcentajes adicionales por edad y, otros, para los empresarios, trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, consistente en la exoneración parcial de las cotizaciones. Ambos tipos de incentivos se reordenan, procediéndose a la reforma de los artículos 112 bis, disposición adicional trigésimo segunda y artículo 163.2 de la LGS.

#### 4.4.1 Incentivos sobre la pensión del trabajador

La nueva redacción del artículo 163.2 de la LGS deja intacto la estructura del incentivo, reforma la cuantía del incentivo con criterios contributivos y, finalmente adapta su aplicación a las nuevas edades de jubilación.

Por lo que se refiere a la edad, el incentivo actuará a partir de los 65 años, para quienes continúen en activo y acrediten 38 años y 6 meses de cotización. Igualmente, el incentivo se aplicara a quienes acrediten a partir 15 años y menos de 38 años y 6 meses y permanezcan en activo una vez cumplidos los 67 años. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación transitoria de la edad y la cotización exigible, lo que quiere decir que el incentivo se aplicará a partir de la edad en que el trabajador puede acceder a la jubilación y continúe trabajando.

El esfuerzo contributivo del trabajador se refleja en la fijación de los nuevos incentivos (hasta ahora era del 2% con 15 años de cotización y del 3% con 40 o más años), con las siguientes cuantías:

- Entre 15 y 25 años de cotización el incremento será del 2 por 100 adicional.
- Entre 25 y 37 años de cotización el incremento será del 2,75 por 100 adicional.
- A partir de los 37 años de cotización el incremento será del 4 por 100 adicional.

Sin duda la nueva estructura es más razonable en todos sus tramos, con las siguientes matizaciones:

- Se mantiene la universalidad de la medida establecida en la reforma del 2007, en el sentido de que alcanza a todos los que tengan derecho a la pensión de jubilación, fijarse el incentivo a partir de los 15 años de jubilación.
- Se pondera el tiempo de cotización, de forma que el incentivo aumenta por tramos en función del periodo cotizado.
- Se eleva el incentivo máximo pasando del 3 por 100 actual al 4 por 100.
- Los nuevos porcentajes tienen una aplicación gradual extendida entre el año 2013 y el año 2027, en los términos de la disposición transitoria vigésima primera.
- El incentivo máximo del 4 por 100 queda conectado con el tiempo de cotización, 37 años, que permite alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora. De esta forma se rectifica la ordenación anterior donde

existía una desvinculación de 5 años, entre los 35 años exigidos para alcanzar el 100 por 100 y la fijación del mayor incentivo establecido (3 %) al cumplir los 40 años de cotización.

- En todo caso y como ya advertí y reitero ahora, la ponderación de los 37 años de cotización (100 por 100 y 4 por 100 adicional) es más un espejismo ya que no permite jubilarse o seguir trabajando para obtener el incentivo adicional a los 65 años, ya que para jugar una u otra regla habría que haber cotizado 38 años y 6 meses, o los que corresponda en la aplicación transitoria de edad y periodo de cotización.

Finalmente y aunque la norma nada dice, es de suponer que los incentivos juegan a partir de la edad de jubilación que corresponda en cada momento, según la secuencia temporal (2013-2017) establecida en la disposición transitoria vigésima de la LGS. A estos efectos y como hemos visto, también los nuevos porcentajes tienen la misma aplicación transitoria y en el mismo periodo.

#### 4.4.2 Incentivos en las cotizaciones para trabajadores y empresarios

En paralelo a los incentivos en materia de pensiones singularmente destinados a los trabajadores, la reforma acomoda las reglas para la exoneración de cuotas de trabajadores y empresarios, así como para trabajadores por cuenta propia. A estos efectos, se reforman el artículo 112 bis y la disposición adicional trigésimo segunda de la LGS.

Por lo que refiere a los trabajadores por cuenta ajena y a sus empresarios, la exoneración de cuotas alcanza a las previstas para contingencias comunes, salvo la incapacidad temporal, siempre que el trabajador esté vinculado al empresario con un contrato por tiempo indefinido, así como los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas.

La exoneración será aplicable cuando el trabajador permanezca en activo a partir de las siguientes edades y con la acreditación de los siguientes tiempos de cotización:

- 65 años de edad y 38 años y 6 meses de cotización
- 67 años de edad y 37 años de cotización

Los supuestos de referencia armonizan distintos elementos de la reforma. Así, la fijación de 65 años y 38 años y 6 meses de cotización, está en armonía con la posibilidad de acceder a la jubilación a los 65 años, momento a partir del cual, si se mantiene la actividad, entraría en juego la exoneración de cuotas y el porcentaje adicional al que ya nos referimos. Por otro

lado, si el trabajador acredita un periodo de cotización inferior a 38 años y 6 meses, su edad de jubilación será los 67 años o la edad que corresponda. No obstante, la exoneración de cuotas se produce a partir de los 37 años de cotización, momento en el que se alcanza el 100 por 100 de la pensión.

Por lo que refiere a los trabajadores por cuenta propia, las reglas de aplicación son idénticas, con la singularidad de que quedan excluidas de la exoneración, en su caso, la incapacidad temporal y las contingencias profesionales. No obstante y con efectos del día 1 de enero de 2013 la cobertura de las contingencias profesionales tendrá carácter obligatorio para todo el sistema y referida a las nuevas altas. Por tanto, la exclusión en la exoneración de las contingencias profesionales va referida a quienes tengan la cobertura voluntaria.

Finalmente y como regla universal en la jubilación, quedan fuera de computo las cotizaciones por pagas extraordinarias. Igualmente, Las exenciones referidas, no serán aplicables a las cotizaciones relativas a trabajadores que presten sus servicios en las Administraciones públicas o en los Organismos públicos regulados en el Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

## 5. La Jubilación parcial

Nuevamente se procede a la reordenación de la jubilación parcial en un intento de regulación basada en el equilibrio de costes.

### 5.1 *Un instituto un permanente reforma*

Los mecanismos de combinación del trabajo a tiempo parcial y de la jubilación parcial, antes y después de edad ordinaria de jubilación, deben adquirir una mayor relevancia, bien como forma de adaptación del trabajo a la jubilación para colectivos singulares (me refiero a los colectivos que gozan de reducción de la edad de jubilación en función de la tipología de trabajo, donde la medida debería ser obligatoria y prioritaria frente a la simple reducción de la edad de jubilación), bien como instrumento general de ordenación.

Hasta ahora la figura ha pasado por distintos estadios, desde su desconocimiento, rechazo e infrautilización, hasta su descubrimiento y utilización desproporcionada e interesada en términos de gestión de los recursos humanos de las empresas. Sin embargo, la finalidad de la figura ni es, ni ha sido, ni debe ser, la de facilitar los reajustes de plantillas mediante financiación de la seguridad social.

La ordenación jurídica contenida en los artículos 12.6 del ET y 166.2 de la LGSS, ha experimentado múltiples cambios en los últimos años, unos con la finalidad de hacer atractiva la figura para los empresarios (las sucesivas reformas efectuadas en el 2001), otros, los más recientes incorporados por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, para corregir sus excesivas bondades y limitar su utilización incorrecta.

Si bien parece que la figura no ha encontrado su espacio de equilibrio, lo cierto es que se hace necesario favorecer una ordenación razonable y finalista o, en su defecto acudir a una distribución de costes más equitativa.

Son múltiples los elementos de ordenación de la figura que exigen un replanteamiento, la edad del trabajador que accede a la jubilación parcial, los límites al cambio de jornada, las características del contrato de relevo y, singularmente, su financiación equilibrada.

Si atendiéramos a su historia desde que se incorporo a nuestro ordenamiento jurídico en 1984 y analizáramos la sucesivas reformas llegaríamos a la conclusión de que todos los elementos estructurales referidos –edad, límites de jornada, contrato de relevo- han sido replanteados, desde la mayor rigidez a la mayor flexibilidad, o si se prefiere, se han ido readaptando a la búsqueda de una mayor utilización de la figura. Por tanto, es posible que un nuevo replanteamiento de los elementos configuradores en términos de mayor rigidez o de mayores exigencias desincentiven su utilización.

No obstante, es imprescindible encontrar un espacio de equilibrio y buscar los elementos incentivadores directos o complementarios en espacios internos y externos a la propia figura.

### *5.2 Los espacios de la reforma*

La reforma de la jubilación parcial se centra básicamente, en una adaptación de su ordenación a los nuevos parámetros que fijan la edad de jubilación y a la importante incorporación de criterios que buscan un equilibrio de costes. Para ello, se reforma el apartado 1 y las letras e) y f) del apartado 2 y se añade una nueva letra g) a dicho apartado 2) del artículo 166, así como se añade una nueva disposición transitoria vigésima segunda. Igualmente y se da nueva redacción al primer párrafo del apartado 6 y al apartado 7 del artículo 12 del ET, con la finalidad de adaptar ambos textos legales.

Sin perjuicio de las imperfecciones técnicas referidas a que en unos apartados se hace referencia a la aplicación transitoria de la edad de jubilación y en otros se silencia, parece razonable entender que siempre que la LGS o el ET refieran a la edad ordinaria de jubilación establecida en el artí-

culo 161.1.a) de la LGS, lo será conforme a la aplicación transitoria prevista en la disposición transitoria vigésima.

En este orden, quedan sin variación, tanto las modalidades de jubilación parcial, antes y a partir de la edad ordinaria de jubilación y vinculada o no a la exigencia del contrato de relevo, así como los instrumentos de ordenación referidos a la edad de acceso, reducción de jornada y contrato de relevo.

### 5.2.1 Adaptación a la edad general de jubilación

La reforma sustituye la referencia al cumplimiento de los 65 años por el cumplimiento de la edad que corresponda (entre 65 y 67) en función del tiempo de cotización acreditado- art. 161.1.a)- y de su aplicación transitoria (disp.trans.20ª).

La adaptación es lógica en la medida en que la jubilación parcial utiliza como parámetro de referencia la edad ordinaria de jubilación, de forma que al cambiar esta última se produce un efecto dómينو que alcanza a la propia jubilación parcial.

Consecuencia de la adaptación es la determinación de sus espacios de impacto, a saber, la fecha que determina el acceso a la jubilación ordinaria y con ella duración de la jubilación parcial y del contrato de relevo, así como, la fecha a partir de la cual la jubilación parcial es independiente de la celebración o mantenimiento del contrato de relevo.

De lo anterior se deriva que a partir de la entrada en vigor de la Ley, a la complejidad del binomio jubilación parcial-contrato de relevo, se añade la complejidad en la fijación de la edad de jubilación ordinaria, así como de los elementos a ella vinculados.

### 5.2.2 El equilibrio de costes.

Una de las críticas tradicionales referida a la jubilación parcial, consistía en el desequilibrio de los costes, en la medida en que su ordenación desplazaba a la seguridad social todos los instrumentos incentivadores presentes y futuros de la figura.

La reforma pretende buscar un mayor equilibrio al imponer al empresario y trabajador el coste de la cotización completa durante la jubilación parcial. A estos efectos la letra g) del apartado 2 del artículo 166, establece que:

“Sin perjuicio de la reducción de jornada a que se refiere la letra c), durante el periodo de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiere correspondido de seguir trabajando éste a jornada completa”.

Para fijar la aplicación progresiva del nuevo precepto, se añade la disposición transitoria vigésima segunda, que establece que:

“La base de cotización durante la jubilación parcial a que se refiere el segundo párrafo de la letra g) del apartado 2 del artículo 166 se aplicará de forma gradual conforme a los porcentajes calculados sobre la base de cotización a jornada completa de acuerdo con la siguiente escala:

- Durante el año 2013, la base de cotización será equivalente al 30 por 100 de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa.
- Por cada año transcurrido a partir del año 2014 se incrementará un 5 por 100 más hasta alcanzar el 100 por 100 de la base de cotización que le hubiera correspondido a jornada completa.
- En ningún caso el porcentaje de base de cotización fijado para cada ejercicio en la escala anterior podrá resultar inferior al porcentaje de actividad laboral efectivamente realizada”.

Al mismo tiempo se simplifica la redacción de la letra e) del apartado 2 del artículo 166, quedando reconducido a la exigencia de correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del relevado, de modo que la base correspondiente al relevista no podrá ser inferior al 65 % de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial.

#### a) Reducción de jornada y costes de cotización

Una de las características teóricas de la jubilación parcial es la flexibilidad en la adaptación de la jornada previa a la jornada reducida, estableciéndose un abanico que va desde el 25 por 100 al 75 por 100, que se complementa en términos porcentuales de reducción de jornada con la pensión de jubilación parcial.

Posiblemente, el hecho de que la reducción de la jornada transfiriera sus costes a la seguridad social – pensión parcial para compensar la reducción de jornada y cómputo ficticio, a efectos de la jubilación plena, del tiempo de trabajo y de las bases de cotización como si se hubiera trabajado a jornada completa con el 100 por 100 del salario- ha propiciado que la figura se utilizara con finalidad distinta a la querida por el legislador. En este orden, la reforma pretende asociar la reducción de la jornada a los costes reales en materia de cotización, de manera que la seguridad social asuma el coste de

la pensión parcial anticipada y el empresario y el trabajador el coste de las cotizaciones plenas a efectos de la pensión definitiva. De esta forma, durante el tiempo de disfrute de la jubilación parcial, empresario y trabajador cotizaran a la seguridad social por la base que hubiese correspondido de seguir trabajando a jornada completa.

El elemento de flexibilidad está en que el empresario puede elegir, en función de sus intereses y necesidades organizativas, entre todo el abanico de posibilidades que ofrece la reducción de jornada – entre el 25% y el 75% y que va asociada a la correspondiente reducción de salario y cotización-, sabiendo que el coste de la cotización es fijo, esto es, por el 100 por 100 del salario a jornada completa. De esta forma, la opción por el porcentaje de reducción de la jornada es independiente del coste de la cotización.

Evidentemente, la reforma es de gran calado –la más importante y acertada de su historia- y seguramente situará la jubilación parcial en el lugar que le corresponde. La mejor y más equilibrada distribución de costes entre la seguridad social, el empresario y el trabajador, provocará una utilización “menos interesada” y más acorde con la filosofía del instituto, sea cual sea su nivel de impacto cuantitativo. En este orden, es socialmente preferible una menor y más racional utilización de la figura, que mantener la utilización de los fondos públicos al servicio de los intereses empresariales, que nunca quisieron ver la finalidad social del instituto y el sentido de su incentivación a cargo de fondos públicos.

#### b) Aplicación paulatina en la distribución de costes

Sin perjuicio de la importancia de la medida analizada, el legislador ha vuelto a ser extremadamente generoso en la aplicación paulatina de su impacto, desplazando su vigencia plena hasta el año 2027, momento a partir del cual se aplicará el 100 por 100 de la base de cotización completa. La excesiva transitoriedad es, a mi juicio, un error, en la medida en que seguiremos subvencionando con cargo a los fondos de la seguridad social los reajustes de personal en los próximos 15 años. En definitiva, la transitoriedad dulcifica considerablemente el impacto de la reforma.

El tiempo dirá sí las reducciones de las jornadas se asocian a la aplicación de la evolución de los costes en materia de cotización, que posiblemente sea la finalidad utópica querida por el legislador o, simplemente, asistiremos a una valoración interesada de costes. En todo caso, habrá que estar a los resultados para actuar en consecuencia, estos es, para reducir el periodo transitorio.

### 5.3 *La reforma del cálculo de la jubilación parcial*

Ya me he referido al importante impacto que tiene el nuevo apartado 3 del artículo 163 de la LGS sobre el cálculo de las pensiones, cuando se aplican coeficientes reductores por edad o por reducción de jornada, que es el caso que ahora nos ocupa.

El referido precepto establece que el “coeficiente derivado de la reducción de jornada en los casos de jubilación parcial” se efectuara, en su caso, “sobre el importe inicial de la pensión limitada en el momento del hecho causante, de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la LGS”.

La reforma cierra de esta forma una puerta que nunca debió quedar abierta. En efecto, hasta ahora la pensión de jubilación se calculaba sin la aplicación del “tope de pensión” y sobre ella – pensión no topada- se aplicaba el coeficiente por reducción de jornada. De esta forma y en proporción, se podía percibir mayores ingresos por jubilación parcial, ya que la reducción de la pensión se producía sobre una pensión teórica que el trabajador nunca percibiría de jubilarse con carácter pleno. Si nos situamos en valores del 2011, la pensión de jubilación topada está fijada en 34.970,74 Euros anuales y el tope de cotización en 38.761,2 Euros anuales. Hasta ahora la pensión se calculaba aplicando el tope de cotización – 38.761,2 E- y sobre él la reducción de jornada. A partir de ahora, la pensión se calculará aplicando el tope de pensión -34.970,74 E- y sobre él la reducción de jornada.

Sin perjuicio del sentido equitativo de la reforma, su impacto es limitado, ya que tan solo afecta a quienes tengan una base reguladora que supere el límite máximo de la pensión vigente en cada momento.

### 5.4 *La coordinación entre la LGS y el ET*

La reforma alcanza también a la ordenación de contrato a tiempo parcial y al contrato de relevo regulados en los apartados 6 y 7 del artículo 12 del ET.

La finalidad reformadora está en sustituir las referencias contenidas en los referidos apartados a la edad de 65 años, por la edad que corresponda en función de la aplicación transitoria del artículo 161.1.a) de la LGS, establecida en la disposición adicional trigésima. Dicho en otros términos, se trata de una mera labor de coordinación normativa.

Por otro lado, desaparece la compleja ordenación contenida en la letra d) del apartado 7, referida a las dificultades para que relevista y relevado compartieran el mismo puesto de trabajo. A estos efectos y tras establecer que podrán compartir el mismo puesto de trabajo, el precepto impone

como condición absoluta la correspondencia de cotizaciones, en los términos ya analizados y establecidos en el artículo 166.2.e) de la LGS.

### *5.5 La reforma y los pensionistas de jubilación parcial*

Si bien la disposición final sexta del proyecto de Ley, establece que la misma entrará en vigor a partir del día 1 de enero de 2013, excepciona y singulariza determinados preceptos y situaciones.

Así, a quienes hayan accedido a la pensión de jubilación parcial con anterioridad al 25 de marzo de 2011, se les seguirá aplicando en todos los extremos la regulación vigente antes de la entrada en vigor de la Ley.



# Capítulo 11

## Pensión de jubilación anticipada de desempleados a partir de los 61 años

---

JORDI GARCIA VIÑA  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad de Barcelona*

Para tener derecho a la pensión de jubilación es requisito tener cumplidos 65 años de edad, conforme la art. 161.1.a) TRLGSS<sup>1</sup>. Este requisito es exigible, en todo caso, cuando se acceda a la pensión sin estar en alta o en situación asimilada a la de alta.

Esta edad mínima puede ser rebajada o anticipada, sólo para trabajadores en alta o en situación asimilada a la de alta, en determinados supuestos especiales, entre los que destaca la jubilación anticipada a partir de los 61 años sin tener la condición de mutualistas, posibilidad introducida por la Ley 35/2002, de 12 de julio, en la actualidad regulada en el art. 161.bis TRLGSS, introducido por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre<sup>2</sup> y que va a ser modificada según se desprende del proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social<sup>3</sup>.

- 
- 1 Según el proyecto de ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, la edad es de 67 años de edad o de 65 años, cuando se acrediten 30 años y 6 meses de cotización, teniendo en cuenta la aplicación transitoria de esta medida.
  - 2 Sobre la finalidad de este tipo de jubilación véase GORELLI HERNANDEZ, RODRIGUEZ RAMOS y VILCHEZ PORRAS, *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, pág. 270.
  - 3 Sobre este proyecto véase ESTEBAN LEGARRETA, "Anticipación de la jubilación y reestructuración de empresa. Un comentario crítico a partir del anteproyecto de reforma de la Seguridad Social", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, número 337, 2011, págs. 13 ss.

2. Se establecen dos modalidades de acceso a la jubilación anticipada, la que deriva del cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador y la que deriva del cese voluntario en el trabajo por el mismo, para las cuales se exigen los siguientes requisitos:

Sin embargo, este régimen ha de denominarse de jubilación anticipada para distinguirlo de los mecanismos de prejubilación existentes en otros países de la Unión Europea, aunque no demasiados, como por ejemplo Italia<sup>4</sup>, Portugal<sup>5</sup> o Alemania<sup>6</sup>, siendo Francia el país donde dicho régimen alcanza una regulación más sistemática, por medio de la denominada *allocation de préretraite*<sup>7</sup>. En España, existen mecanismos de tránsito entre el cese efectivo del trabajo y el régimen ordinario de jubilación que no han sido regulados<sup>8</sup>, salvo en lo referente a la suscripción del convenio especial de Seguridad Social (art. 51.15 TRET y Disposición Adicional 31 TRLGSS) y a la posibilidad de acceder a la prestación de desempleo asistencial (artículos 215 ss TRLGSS)<sup>9</sup>.

Su fundamento se encuentra en un pacto entre el trabajador y el empresario y que normalmente se lleva a cabo en un contexto de regulación

- 
- 4 Regulado por la Ley 23 de agosto de 2004, n.243. *Norme in materia pensionistica e deleghe al Governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria*, que fue modificada por la Ley 24 de diciembre de 2007, n. 247. *Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale*.
- 5 Prestación de *pré-reforma*, artículos 318 a 322 del Código de Trabajo, aprobado por Ley 7/2009, de 12 de febrero. Concretamente, el art. 318 define esta situación como “*a situação de redução ou suspensão da prestação de trabalho, constituída por acordo entre empregador e trabalhador com idade igual ou superior a 55 anos, durante a qual este tem direito a receber do empregador uma prestação pecuniária mensal*”.
- 6 Véase la prestación de prejubilación, regulada por la Ley 13 de abril de 1984, modificada por la Ley 22 de abril de 2005.
- 7 Véase art. L-5428.1 y art. R-5123-33 del Código de Trabajo.
- 8 Sobre este tema véase, entre otros, LOPEZ CUMBRE, *La prejubilación*, Madrid, Cívitas, 1998, págs. 67 ss y CABEZA PEREIRO, “*Algunas consideraciones sobre la prejubilación a la vista de la doctrina reciente*”, *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil, con motivo de su jubilación*, Madrid, Iustel, 2007, págs. 1287 ss.
- 9 Véase, como nueva opción, la enmienda número 164 presentada por el Grupo socialista al Proyecto de Ley de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo (procedente del Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero).

de empleo, con o sin expediente, o de bajas incentivadas para reducir o reestructurar la plantilla de la empresa<sup>10</sup>.

En este caso, normalmente, se ofrece al trabajador, con una edad no muy lejana a la edad de jubilación, la posibilidad de resolver el contrato de trabajo<sup>11</sup> a cambio de recibir determinadas contraprestaciones económicas de la empresa, por medio de las indemnizaciones por extinción y de complementos para poder mantener el nivel salarial que tenía cuando trabajaba, junto a las prestaciones por desempleo<sup>12</sup>.

En relación a los beneficiarios, pueden acceder a esta modalidad de jubilación anticipada los trabajadores que reúnan los siguientes requisitos (art. 161.bis.2 TRLGSS):

- 1) Tener 61 años de edad real<sup>13</sup>. A tal efecto, no son de aplicación las bonificaciones de edad, de las que puedan beneficiarse los trabajadores de algunos sectores profesionales por la realización de actividades penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres u otras circunstancias como la discapacidad del trabajador.
- 2) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de:

30 años, sin que se tenga en cuenta, a tales efectos, la parte proporcional por pagas extraordinarias (días cuotas), ni el abono de años y días de cotización por cotizaciones anteriores a 1 de enero de 1967, según la Disposición transitoria segunda 3.b) de la OM 18 de enero de 1967. Sin embargo, sí se computa como cotizado a la Seguridad Social el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año<sup>14</sup>.

10 Sobre la crítica a este sistema véase MARTINEZ GIRON y ARUFE VARELA, “La nueva regulación de la prejubilación por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, *Tribuna Social*, número 230, 2010, pág. 12.

11 Sobre la relación entre la prejubilación y la extinción el contrato de trabajo véase STS 14 de diciembre de 2001 (RJ 2001, ) y STS 24 de julio de 2006 (RJ 2006, ).

12 Sobre estas prejubilaciones véase MARTINEZ BARROSO, “El impacto de las jubilaciones anticipadas en el sistema de pensiones”, *Temas Laborales*, número 103, 2010, págs. 101 ss.

13 Los tribunales han entendido que la diferencia de edad con la jubilación anticipada de los mutualistas no supone discriminación, ya que aunque la distinción se fundamenta directamente en la edad de los trabajadores afectados, el coeficiente reductor varía no sólo en función de los años de cotización sino también en función de los años cumplidos en la fecha de jubilación, ya que se trata de dos regímenes jurídicos distintos. Sobre esta cuestión véase, especialmente, la STS 23 de mayo de 2006 (RJ 2006, 4472) y STS 21 de febrero de 2008 (RJ 2008, 3032).

14 STSJ Cataluña 19 de enero de 2011 (Jur. 2011, 135946).

Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias.

Del período de cotización, al menos 2 años deberán estar comprendidos dentro de los 15 inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho o al momento en que cesó la obligación de cotizar, si se accede a la pensión de jubilación anticipada desde una situación de alta o asimilada al alta sin obligación de cotizar.

En el caso de trabajadores contratados a tiempo parcial, según el art. 1.2 Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, para acreditar el período mínimo de cotización de 30 años, se computan exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización:

El número de horas efectivamente trabajadas se divide por 5, equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales.

Al número de días teóricos de cotización obtenidos, se aplica el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para determinar tanto los períodos mínimos de cotización, teniendo en cuenta que la fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo, como el número de años cotizados a efectos de fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión, donde la fracción de año se computa como un año completo.

- 3) Encontrarse inscritos, como demandantes de empleo, en las oficinas del servicio público de empleo, durante un plazo de, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de jubilación. No obsta al cumplimiento de este requisito la simultaneidad de la inscripción señalada con la realización de una actividad por cuenta propia o ajena, siempre que dicha actividad sea compatible con la inscripción como demandante de empleo, según la legislación vigente, conforme el art. 1.3 Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre.
- 4) El cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se ha de haber producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador.

Se entiende por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no

existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma<sup>15</sup>. Se considera en todo caso que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria, cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1 TRLGSS, que son los siguientes<sup>16</sup>:

Expediente de regulación de empleo<sup>17</sup> o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.

- Muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, cuando determinen la extinción del contrato de trabajo.
- Despido.
- Despido basado en causas objetivas.
- Resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40, 41.3, 49.1.m) y 50 TRET.
- Expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador.
- Resolución de la relación laboral, durante el período de prueba, a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado, o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción.

d) Que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de crisis o cierre de la empresa que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral. A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes:

- a. El despido colectivo por causas económicas autorizado por la autoridad laboral, conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.
- b. El despido objetivo por causas económicas, conforme al artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores.

15 En caso contrario, no tiene derecho, como por ejemplo, STSJ Galicia 20 de septiembre de 2010 (Jur. 2010, 348900).

16 Según la STSS 4 de octubre de 2010 (RJ 2010, 6835) y la STS 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8471) la mención a este precepto no ha de ser considerada de manera restrictiva, sino meramente ejemplificativa.

17 STS 31 de marzo de 2003 (RJ 2003, 4966).

- c. La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- d. La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante.
- e. La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor.

La extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género dará acceso a esta modalidad de jubilación anticipada.

El Tribunal Supremo ha matizado su opinión en relación con los trabajadores de Telefónica que cesaban mediante acuerdos de prejubilación, ya que en unos primeros momentos entendió que no se incluye en esta modalidad cuando el interesado extinguió la relación laboral de forma consentida al suscribir un contrato de prejubilación sin que hubiera un expediente de regulación de empleo, ya que no concurre el requisito de involuntariedad exigido legalmente<sup>18</sup>. Posteriormente cambia el criterio y considera involuntario el cese en el trabajo producido en el marco de un expediente de regulación de empleo, aunque el trabajador hubiera aceptado voluntariamente su adscripción al mismo y mediara un acuerdo de prejubilación<sup>19</sup>.

Hay que tener en cuenta que respecto a las jubilaciones anticipadas causadas entre el 1 de enero de 2004 y el 1 de enero de 2008, tienen carácter involuntario en cese producido en virtud de un expediente de regulación de empleo y cuando por dicha causa en este período se hubiera denegado la pensión anticipada o se hubiera reconocido en cuantía inferior a la que procediera, cabe la revisión de estas decisiones a instancia de los interesados afectados (Disposición final tercera Ley 40/2007, de 4 de diciembre).

18 Entre otras véase, STS 10 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 1704), STS 17 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3245), STSTS 30 de abril de 2003 (RJ 2003, 6561), STS 24 de junio de 2003 (RJ 2005, 4856), STS 23 de octubre de 2006 (RJ 2006, 7731), STS 2 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8888) y STS 2 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 984).

19 Entre otras véase STS 13 de octubre de 2006 (RJ 2006, 9043), STS 23 de octubre de 2006 (RJ 2006, 7731), STS 23 de mayo de 2007 (RJ 2007, 6112) y STS 7 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2589).

No es necesario que el trabajador se encuentre inscrito como demandante de empleo<sup>20</sup>, ni que el cese en el trabajo no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador, según el art. 1.6 Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, cuando se trate de un trabajador al que la empresa, en virtud de obligación adquirida en acuerdo colectivo<sup>21</sup> o a través de suscripción de un contrato individual de prejubilación<sup>22</sup>, haya abonado, como mínimo, durante los 2 años anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación, una cantidad que, en cómputo global, no sea inferior al resultado de multiplicar por 24 la suma de los siguientes importes<sup>23</sup>:

La cuantía mensual de la prestación que hubiera correspondido al trabajador en concepto de prestación contributiva por desempleo, de haber accedido a la situación legal de desempleo, en la fecha de la extinción del contrato de trabajo.

El importe mensual de la cuota satisfecha por el trabajador en el convenio especial suscrito por aquél.

- B) Respecto del cese voluntario en el trabajo:
- a) Tener cumplidos los 63 años de edad, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el apartado anterior.
  - b) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

20 Sobre la no exigencia de este requisito véase STS 14 de abril de 2010 (RJ 2010, 4653).

21 STSJ Cataluña 19 de octubre de 2010 (Jur. 2010, 383338).

22 Término que según MARTIN VALVERDE y GARCIA MURCIA, “probablemente corresponda al mutuo acuerdo extintivo en el marco de un proceso de reestructuración o bajas incentivadas”, Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social. Volumen I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 811. sobre este acuerdo véase, entre otras, STSJ Cataluña 29 de noviembre de 2010 (Jur. 2011, 89743).

23 STSJ Comunidad Valenciana 20 de octubre de 2010 (AS 2010, 3027). Sobre este supuesto véase MONEREO PEREZ, “ERES, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, número extra de Seguridad Social, 2010, págs. 186 ss.

c) Una vez acreditados los requisitos generales y específicos de dicha modalidad de jubilación, el importe de la pensión ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada.

A estos efectos hay que entender por acuerdo colectivo cualquier acuerdo negociado entre representantes de los trabajadores y de los empresarios, como por ejemplo, un plan de prejubilaciones<sup>24</sup>, no siendo necesario que se trate de un convenio colectivo estatutario<sup>25</sup>.

Para la acreditación del cumplimiento de este requisito, la empresa debe emitir una certificación en la que consten las cantidades abonadas al trabajador, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo, al menos durante los 2 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación, así como las bases de cotización por desempleo de los 180 días inmediatamente anteriores a la baja en la empresa. El trabajador, junto con la solicitud de la pensión de jubilación, debe presentar la certificación de la empresa ante la Entidad gestora correspondiente.

También pueden acceder a la jubilación, según el art. 1.5 Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, los trabajadores que teniendo 61 años de edad, acreditando el período mínimo de cotización exigida, encontrándose inscritos como demandantes empleo, si la extinción de la relación laboral anterior no se debió a causa imputable a la libre voluntad del trabajador, siempre que se encuentre en alguno de los siguientes supuestos<sup>26</sup>:

Los beneficiarios de la prestación de desempleo, cuando ésta se extinga por agotamiento del plazo de duración de la prestación o por pasar a ser pensionista de jubilación, de conformidad con lo señalado en las letras a) y f), apartado 1, del art. 213 TRLGSS.

Los beneficiarios del subsidio por desempleo, de nivel asistencial, mayores de 52 años.

A los trabajadores mayores de 52 años que no reúnan los requisitos para acceder al subsidio por desempleo de mayores de dicha edad, una vez

24 STSJ Comunidad Valenciana 13 de octubre de 2010 (Jur. 2011, 17795).

25 Según la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 17 de enero de 2003, el acuerdo sólo afecta a los representados en la negociación, aunque pueden haber adhesiones individuales.

26 STSJ Cataluña 9 de diciembre de 2010 (Jur. 2011, 89028).

agotada la prestación por desempleo, y continúen inscritos en las oficinas del servicio público de empleo.

En el caso de que hayan de computarse cotizaciones acreditadas en diferentes regímenes de la Seguridad Social, según la Disposición adicional segunda Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, como regla general, se reconoce la prestación el régimen en el que el trabajador esté en alta, en el momento del hecho causante, siempre que reúna todos los requisitos para el acceso a la pensión establecidos en el mismo, computándose a tales efectos exclusivamente las cotizaciones acreditadas en dicho régimen; En el supuesto de que no fuera posible acceder de este modo a la jubilación, se reconoce la pensión en el régimen de Seguridad Social en el que no se estaba en alta, siempre que se reúnan los demás requisitos para el acceso a la jubilación, computándose a tales efectos exclusivamente las cotizaciones acreditadas en dicho Régimen; Si tampoco fuera posible el acceso a la jubilación aplicando la regla anterior, se aplica el régimen donde el interesado acredite el mayor número de cotizaciones. Finalmente, si aplicando tales reglas, el régimen que reconoce la pensión es el Régimen General, o el Régimen Especial de la Minería del Carbón o el Régimen Especial del Mar cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena, el interesado puede acceder a la jubilación anticipada por la vía del artículo 161.3 TRLGSS, en caso contrario, no cabe la aplicación de este mecanismo de jubilación anticipada<sup>27</sup>.

La cuantía de la pensión de jubilación que resulte, por aplicación a la base reguladora del porcentaje correspondiente, es objeto de reducción mediante la aplicación<sup>28</sup>, por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir los 65 años, de los siguientes coeficientes reductores, según el art. 161.bis.3 in fine TRLGSS<sup>29</sup>:

---

27 Resolución de la Dirección General del INSS de 31 de marzo de 1998. Sobre un tema similar, véase STS 21 de enero de 2009 (RJ 2009, 1832).

28 Según VIDA SORIA, MONEREO PEREZ, MOLINA NAVARRRETE y QUESADA SEGURA, esta medida “se sitúa en la línea político-jurídica de desincentivar la anticipación de la edad ordinaria de jubilación”, Manual de Seguridad Social, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 354.

29 Hay que tener en cuenta que esta tabla también se aplica a los trabajadores jubilados que tuvieran la condición de mutualistas y que, teniendo 30 o más años de cotización, soliciten la jubilación anticipada por cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador. Sobre esta cuestión véase STS 21 de febrero de 2008 (RJ 2008, 3032).

AÑOS DE COTIZACIÓN ACREDITADOS	COEFICIENTE
ENTRE 30 Y 34 AÑOS	7,5 %
ENTRE 35 Y 37 AÑOS	7 %
ENTRE 38 Y 39 AÑOS	6,5 %
CON 40 O MÁS AÑOS	6 %

Para el cómputo de los años de cotización en orden a la determinación de los correspondientes coeficientes reductores, se computan, en su caso, los años y días de cotización, según la escala de abono de años por el cumplimiento de una edad a 1 de enero de 1967 y se toman años completos de cotización, sin que se equipare a un año la fracción del mismo, según el art. 2.2 Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre.

Una vez causado el derecho, conforme el art. 2.3 Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, los coeficientes reductores de la edad por la realización de trabajos penosos, tóxicos, peligrosos o insalubres, son tenidos en cuenta en orden a la determinación del correspondientes coeficiente reductor de la pensión de jubilación.

En los casos de acceso a la jubilación anticipada a que se refiere este apartado A), la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 161, de un coeficiente del 1,875 por 100 por trimestre para los trabajadores con menos de 38 años y 6 meses cotizados, y del 1,625 por 100 por trimestre para los trabajadores con 38 años y 6 meses cotizados o más.

A los efectos de determinar dicha edad legal de jubilación se considerarán cotizados los años que le resten al interesado desde la fecha del hecho causante hasta el cumplimiento de la edad que le corresponda. Para el cómputo de los periodos de cotización se tomarán periodos completos, sin que se equipare a un periodo la fracción del mismo. Este sistema de cálculo se aplica de manera igual a los supuestos de jubilación anticipada por cese voluntario en el trabajo

El hecho causante se produce el día del cese en la actividad laboral, según el art. 3 de la OM 18 de enero de 1967, cuando el trabajador está en alta o el día de presentación de la solicitud, en las situaciones asimiladas a

la de alta, teniendo en cuenta las dos siguientes excepciones: 1) En caso de excedencia forzosa, el día del cese en el cargo que dio origen a la asimilación y 2) En caso de traslado fuera del territorio nacional, el día del cese en el trabajo por cuenta ajena.

En cuanto a los efectos económicos, en caso de los trabajadores en alta, se empiezan a computar desde el día siguiente al del cese en el trabajo, cuando la solicitud se haya presentado dentro de los 3 meses siguientes a aquél o con anterioridad al mismo y en otro caso, se devenga con una retroactividad máxima de 3 meses desde la fecha de presentación de la solicitud; mientras que en el caso de los trabajadores en situación asimilada a la de alta, el cómputo se inicia desde el día siguiente al de la solicitud o cuando se produzca el hecho causante, según sea la situación asimilada de que se trate.

En relación al derecho de opción, los trabajadores que, reuniendo todos los requisitos para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación en la fecha de entrada en vigor de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, no lo hubieran ejercitado, aunque no hubiesen cesado en el trabajo, pueden optar por acogerse a la legislación anterior para obtener la pensión en las mismas condiciones a que hubiesen tenido derecho el día anterior al de la entrada en vigor de dicha ley. En los supuestos de opción a favor de la legislación anterior a la citada ley, las cotizaciones efectuadas a partir de 5 de agosto de 1997 no se computan a efecto alguno ni procede su devolución y en todo caso, esta opción tiene carácter irrevocable.

En cuanto al abono, las pensiones se abonan en 14 pagas, una por cada uno de los meses del año y dos pagas extraordinarias al año, que se hacen efectivas junto con las mensualidades de junio y noviembre y por el mismo importe que el de la mensualidad ordinaria correspondiente a dichos meses.

En los supuestos de reconocimiento inicial o de reanudación del percibo de una pensión, así como en los casos de suspensión del percibo de la pensión o extinción de la misma, la paga extraordinaria correspondiente se abona en razón de sextas partes.

Se garantizan las cuantías mínimas, según edad y cargas familiares, teniendo en cuenta que la pensión, incluido el importe de la pensión mínima, se revaloriza al comienzo de cada año, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo previsto para dicho año y que la pensión de jubilación está sujeta a tributación en los términos establecidos en las normas regula-

doras del Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) y sometida, en su caso, al sistema general de retenciones a cuenta del Impuesto.

El disfrute de la pensión, según el art. 165 TRLGSS, es incompatible con la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, o con la realización de actividades para cualesquiera de las Administraciones Públicas, que den lugar a su inclusión en el Régimen General o en alguno de los regímenes especiales, con las salvedades siguientes:

Las personas que „accedan“ a la jubilación pueden compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos establecidos. Durante dicha situación, denominada jubilación parcial, se minora el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

Los pensionistas de jubilación pueden compatibilizar el percibo de la pensión „causada“ con un trabajo a tiempo parcial en los términos establecidos. Durante dicha situación, denominada jubilación flexible, se minora la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

En todo caso, los pensionistas que, el 28 de noviembre de 2002, tuvieran suspendida la pensión por incompatibilidad con los trabajos realizados pueden acogerse a la jubilación flexible. Los efectos de la rehabilitación del percibo de la pensión, en el importe que corresponda, en función de la jornada realizada, tendrán una retroactividad máxima de 3 meses desde la fecha de la solicitud, sin que, en ningún caso, puedan ser anteriores a 28 de noviembre de 2002.

Finalmente, la realización de otros trabajos, que no sean a tiempo parcial y en los términos establecidos, produce los siguientes efectos:

La pensión de jubilación se suspende, así como la asistencia inherente a la condición de pensionista.

El empresario está obligado a solicitar el alta e ingresar las cotizaciones que, en su caso, correspondan.

Las nuevas cotizaciones sirven tanto para incrementar, en su caso, el porcentaje ordinario de la pensión, que puede llegar hasta el 100% con 35 años cotizados, como para acreditar el porcentaje adicional del 2%, desde la fecha en que se acrediten los 35 años de cotización y se puede incremen-

tar en un porcentaje adicional del 3%, desde la fecha en que se acrediten los 40 años de cotización. Sin embargo, en ningún caso las nuevas cotizaciones pueden modificar la base reguladora.

La extinción de la pensión se produce por fallecimiento del pensionista.

Se regula en la Disposición Adicional 31 TRLGSS la obligación de suscribir un convenio especial con las siguientes reglas<sup>30</sup>.

En aquellos expedientes de regulación de empleo de empresas no incuridas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con 55 o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existe la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de dichos trabajadores.

Las cotizaciones de dicho convenio abarcan el período comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y la fecha en la que el trabajador cumpla los 65 años.

Las cuotas se determinan aplicando, al promedio de las bases de cotización del trabajador en los últimos 6 meses de ocupación cotizada, el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial. De la cantidad resultante, se deducirá la cotización, a cargo del Instituto de Empleo, Servicio Público de Empleo Estatal, correspondiente al período en el que el trabajador pueda tener derecho a la percepción del subsidio de desempleo, calculando la misma en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial.

Las cotizaciones serán a cargo:

Del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla los 61 años de edad. Se ingresarán en la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), bien de una sola vez, dentro del mes siguiente al de la notificación por parte de la citada TGSS de la cantidad a ingresar, bien de manera fraccionada, garantizando el importe pendiente mediante aval solidario o a través de la sustitución del empresario en el cumplimiento de la obligación por parte de una entidad financiera o aseguradora, previo consentimiento de la TGSS.

Del trabajador a partir del cumplimiento por el mismo de los 61 años. Las aportaciones serán obligatorias y a cargo exclusivo del trabajador, de-

30 Sobre este tema véase POQUET CATALA, "Convenio especial con la Seguridad Social para trabajadores incursos en expedientes de regulación de empleo", *Actualidad Laboral*, número 1, 2011, págs. 1 ss. Véase la modificación propuesta en la Disposición adicional sexta del proyecto de ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

biendo ser ingresadas hasta el cumplimiento de la edad de 65 años o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada.

Finalmente, en los supuestos de fallecimiento del trabajador, de reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente o de realización de actividades en virtud de las cuales se efectúen cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, se reintegrarán al empresario, previa regularización anual y en los términos que reglamentariamente se establezcan, las cuotas que, en su caso, se hubieran ingresado por el convenio especial correspondientes al período posterior a la fecha en que tuviere lugar el fallecimiento o el reconocimiento de la pensión, así como las coincidentes por la realización de las actividades citadas hasta la cuantía de las cuotas correspondientes a estas últimas.

La gestión y el reconocimiento del derecho corresponden al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o, si se trata de trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial del Mar, al Instituto Social de la Marina (ISM).

Los documentos que deben acompañarse a la solicitud, han de presentarse en original acompañados de copia para su compulsión o en fotocopia ya compulsada, excepto para los documentos de identidad en los que será suficiente la exhibición del original.

En todos los casos se ha de presentar, en cualquiera de los centros de atención e información de la Seguridad Social, la siguiente documentación:

Acreditación de la identidad del solicitante, representante legal y demás personas que figuran en la solicitud mediante, en caso de los españoles, el Documento Nacional de Identidad o en caso de extranjeros residentes o no residentes en España: pasaporte o, en su caso, documento de identidad vigente en su país y NIE exigido por la AEAT a efectos de pago. Además, documentación acreditativa de la representación legal, en su caso. Si es tutor institucional, CIF/NIF, documento en el que conste el nombramiento de tutela de la Institución y certificación acreditativa de la representación de la Institución.

Justificante de pago de cotizaciones de los 3 últimos meses si es usted el obligado a ingresarlas y el cese en el trabajo se ha producido en ese mismo periodo.

Documento que acredite que su contrato de trabajo se extinguió por causas ajenas a su voluntad, si va a jubilarse con más de 60 años y menos de 65 y sólo si no está cobrando el desempleo.

Certificado de la empresa, si anticipa la edad de jubilación y recibió indemnización en virtud de acuerdo colectivo.

# Capítulo 12

## Nuevos tiempos para la pensión contributiva de jubilación: la reforma ¿condición necesaria y suficiente?

DANIEL HERNÁNDEZ GONZÁLEZ  
*Actuario de Seguros*  
*daniel.hernandez@actuarios.org*

“¡Lo concebible! ¡Lo concebible! Todo es concebible, sobrino, pero no todo es posible”.

Horacio Kalibang o los autómatas (Ladislao Holmberg)

### 1. Introducción

El Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, de 1 de abril 2011, recoge diversas medidas de actuación referentes al sistema español de seguridad social, con especial incidencia en la pensión contributiva de jubilación, que ejerce por sí misma una acción protectora de gran relevancia tanto en lo económico como en lo social.

En la presente colaboración se evalúan diversos aspectos de este proyecto de reforma, presentándose argumentos a favor de las acciones directas sobre la corriente de prestaciones frente a las vinculadas a la estructura de aportaciones. Adicionalmente se exponen algunos resultados preliminares parciales basados en análisis de sensibilidad sobre la generosidad del sistema respecto a la jubilación, definida esta a través de la relación, en un mismo instante temporal, entre las aportaciones satisfechas por un individuo y la prestación de esa naturaleza que se espera perciba.

## 2. Motivación de la reforma

La reforma que en España se plantea mediante el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, de 1 de abril 2011, responde principalmente a la necesidad de anticiparse a la concreción de los diversos riesgos que pueden fomentar un desequilibrio económico-financiero en las cuentas de la Seguridad Social. Pudiera ser factible que, en un futuro, el actual sistema de protección tuviera por sí solo capacidad suficiente para hacer frente a todas sus obligaciones sin necesidad de acometer modificaciones en sus planteamientos actuales. Sin embargo, la indiscutible incertidumbre sobre algunas de las variables que le afectan directamente hace conveniente la evaluación e implantación de medidas de relevancia así como la redimensión del propio modelo, ya sea en su conjunto, ya sea con acciones individuales sobre determinadas prestaciones, sin necesidad de esperar a alcanzar horizontes temporales en los que cualquier decisión tenga, innecesariamente, unos costes socioeconómicos desmesurados o unos plazos en los que la reacción sea ineficiente, inadecuada o imposible.

En este sentido, la clave de la reforma es acercarse en la medida de lo posible a la garantía de las prestaciones futuras sin tener que depender de la manifestación en su momento de la Divina Providencia. En el caso de que finalmente las previsiones demográficas y económicas no se cumplan, si se han tomado previamente las medidas adecuadas, una de las consecuencias será que parte de los beneficiarios habrán visto reducidas sus prestaciones, pero al menos tendrán una mayor seguridad de poder disponer de estas. Sin embargo, en el caso de que esas mismas previsiones se cumplan sin haber adoptado las medidas necesarias con la suficiente antelación, aunque la probabilidad de este suceso fuese pequeña, las consecuencias derivadas serían muy problemáticas, especialmente si un ciclo económico similar al actual dificulta el desvío de otros recursos para satisfacer las obligaciones del sistema.

Frente a esta propuesta de reforma, algunos argumentos inciden en que viene impuesta por los mercados y la situación económica de España o que la salida de la crisis exige que ineludiblemente se lleve a cabo; teniendo en cuenta que las medidas en materia de pensiones tienen como horizonte el largo plazo, que esta propuesta de reforma cuenta con generosos plazos de adaptación para su plena efectividad, que los mercados, sean quienes sean, tienen normalmente una visión de corto plazo y que la solución a la crisis no puede esperar al funcionamiento pleno y eficaz del nuevo escenario de protección, no somos sensibles a la asunción indiscriminada de estas premisas iniciales.

También se ha indicado que la propuesta de reforma planteada podría ser beneficiosa para el modelo privado de protección individual, puesto que una mayor restricción en cuanto a prestaciones públicas fomentaría directamente la cobertura de los mismos riesgos a través de pensiones privadas. Esto es posible, aunque quizás no tan probable ya que la renta disponible del individuo es una variable que puede tener su importancia a la hora de cualquier planificación en la materia, siendo complicado que el ciudadano detraiga cuantías adicionales para incorporarlas a un sistema complementario si esa renta disponible personal no crece y otras necesidades más básicas no están cubiertas.

Algunos de quienes se han opuesto a esta reforma han planteando su disconformidad con medidas que signifiquen “recorte de derechos”, si bien no hay que olvidar que la toma de medidas en la corriente de prestaciones aleja a tales discrepantes de ser un punto de referencia en la toma de decisiones frente al enfoque basado en la corriente de aportaciones y el empleo, del que pueden obtener beneficios adicionales, por ejemplo, vía partidas económicas para formación. Por otra parte, el modelo financiero-actuarial de reparto simple anual no genera derechos económicos para los integrantes del sistema, por lo que la existencia de algún “recorte de derechos” es discutible pues no parece que se pueda recortar lo que económicamente no existe. La legislación en materia de seguridad social podrá establecer derechos teóricos para los beneficiarios desde el momento en el que cumplan los requisitos legales establecidos, pero esos derechos teóricos no lo son para los cotizantes; además, de no existir los recursos necesarios, que no están garantizados, económicamente su valor es nulo. Preferimos por ello no hablar de “recortes”, sino de ajustes de las posibles obligaciones del sistema con los activos y derechos que éste posee.

En resumen, puesto que existen riesgos de desequilibrio futuro, por mínima que sea su probabilidad, deberían adoptarse las convenientes medidas con anticipación y no retrasar indefinidamente en el tiempo una toma de decisiones que, además, ha de centrarse principalmente en lo estructural y no en lo coyuntural.

### 3. La corriente de aportaciones y su modificación

La transformación de un sistema de seguridad social puede acometerse incidiendo en las variables y escenarios que se relacionan directamente con

la corriente de aportaciones. Puesto que el sistema no es siempre analizado desde una perspectiva económica, es muy frecuente obviar que para la concesión y el pago de prestaciones es necesario establecer previamente un eficiente mecanismo de recaudación. Lo cierto es que el refuerzo de la Seguridad Social por la vía de los ingresos es una línea de acción extraordinariamente significativa y necesaria para el correcto desarrollo del modelo de previsión e, igualmente, para compensar tendencias hacia desequilibrios futuros causados por la evolución de los entornos demográficos y socioeconómicos, siendo varias las posibilidades a través de las cuales se puede planificar y concretar la consecución de los objetivos vinculados a esta línea de actuación.

### 3.1 Variaciones en los tipos y bases de cotización

La primera opción teórica para la mejora de los ingresos es el incremento de las cotizaciones a la Seguridad Social a través de una variación en el tipo o en las bases de cotización. Desde el punto de vista empresarial se argumenta que no se puede actuar al alza sobre las cotizaciones a cargo del empleador para evitar problemas de deslocalización empresarial, de productividad, de competitividad en costes, etc.; incluso se expone que una bajada en este tipo de cotización supondría una revitalización del sector empresarial y fomentaría su desarrollo, su competitividad y por ende el empleo.

Si asumimos lo expuesto con anterioridad, la opción sería recurrir a incrementos moderados de la cotización a cargo del trabajador, principal beneficiario de las prestaciones contributivas de seguridad social. Sin embargo, esta subida podría ocasionar, ante idéntica remuneración bruta, una presión sobre los salarios puesto que el trabajador querría mantener su poder adquisitivo y seguramente trasladaría sus demandas al entorno empresarial, que hipotéticamente tendría a su vez una presión de subida de costes para hacer frente a esas demandas, fortaleciéndose así un procedimiento inflacionario, si bien no existe unanimidad absoluta entre los investigadores sobre los efectos de tal acción. Otra alternativa de interés se encuentra en Devesa et al.<sup>1</sup>, quienes hablan de la transformación del tipo de cotización mediante una tasa de sustitución que consiga la equidad actuarial del sistema.

---

1 Devesa, J.E.; M. Devesa; R. Meneu (2010). “La pensión de jubilación. Reformulación de la tasa de sustitución para la mejora de la equidad y la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social. Resultados basados en la MCVL.”. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Premios Fipross 2009.

Por otra parte, las acciones sobre las bases de cotización ya se están llevando a cabo en la práctica, puesto que el incremento interanual en las bases mínimas por contingencias comunes es mayor que el de las bases máximas, favoreciéndose implícitamente la posibilidad de obtener mejores prestaciones para los grupos que menos cotizan y un teórico incremento de ingresos al sistema, pero también mayores costes para los legalmente obligados a cotizar<sup>2</sup>.

### 3.2. El incremento del número de trabajadores y la productividad

Como alternativa de trabajo también aparece el incremento de la población cotizante, acción que mitigaría costes vinculados a las políticas públicas de desempleo y aumentaría teóricamente los ingresos de la Seguridad Social vía incremento de cotizaciones gracias al mayor número de empleados<sup>3</sup>. Puesto que la protección social tiene una vinculación importante con el escenario laboral, se suele reiterar la importancia de un objetivo que, sin embargo, tiene grandes limitaciones reales en su desarrollo práctico.

El mercado de trabajo se encuentra sujeto a la incertidumbre al alternar fases de recesión y dinamismo dentro de un escenario de oferta y demanda, y no tiene por qué responder en la misma dirección que la planificación realizada por los poderes públicos. Mientras la evolución demográfica, a pesar de su variabilidad innata, puede encuadrarse, ante la ausencia de sucesos extraordinarios, en un intervalo de confianza determinado por métodos estadístico-actuariales, la concreción de cualquier panorama laboral es de más compleja predicción toda vez que no tiene que presentar una rápida adaptación global a las modificaciones legislativas ni responder con la intensidad esperada.

Igualmente, el mercado de trabajo tiene una limitación en su composición estructural que depende, entre otros factores, de la oferta y la demanda. Por más personas que haya en disposición de trabajar, una vez cubiertas las necesidades de un sector empleador la alternativa para los trabajadores es desplazarse hacia otros sectores productivos, con costes de oportunidad, tiempo y formación, y no siempre el mercado en su conjunto será capaz de

---

2 Junto al trabajador, el empleador que desembolsa directamente esas cotizaciones, si bien hay teorías que indican que este coste es finalmente soportado por el trabajador o el ciudadano a través de los precios y los salarios.

3 La relación entre el número de cotizantes y los ingresos correspondientes siempre nos lleva a indicar las limitaciones de estas aseveraciones puesto que, desde el lado de los ingresos, la salida del sistema de un trabajador con cotización máxima por contingencias comunes no llega a ser compensada con la entrada en el sistema de cuatro trabajadores que coticen por la cuantía mínima. En este caso habría más trabajadores, pero no más ingresos.

absorber a toda la población con capacidad y sensibilidad positiva hacia el desempeño de un trabajo, especialmente cuando factores como el desarrollo tecnológico y el beneficio empresarial son también variables a tener en cuenta en el sistema de ecuaciones.

En nuestra opinión, no hay forma objetiva y realista de garantizar para el futuro una situación de pleno empleo continuada en el tiempo que con las cotizaciones correspondientes pueda dar lugar a la cobertura de las obligaciones esperadas; Una alta ocupación puede que no sea suficiente para hacer frente a la totalidad de los gastos que originen los futuros beneficiarios de prestaciones, ya que no debe hablarse solamente del número de personas y de la relación entre activos y pasivos, sino de los montantes de ingresos y gastos que ambos grupos generan y perciben.

Además, una situación económica como la que se vive en estos tiempos turbulentos, de difícil predicción de cara al futuro-aunque perfectamente posible a pesar de cualquier planificación o reforma- tendría consecuencias comprometedoras para una población con un desequilibrio natural entre activos en edad de trabajar y pasivos que perciban algún tipo de prestación, agravándose este desequilibrio al situarse en un entorno con menor capacidad de reacción.

Por otra parte, se suele hablar también de incrementos de productividad para mejorar el sistema de pensiones pero interesaría observar qué debemos entender por productividad, si producción por trabajador, por hora trabajada, etc. Si nos centramos en la primera, al estar hablando de un cociente, la mejora del resultado inherente podría venir por dos vías: un incremento de la producción mayor que la variación del número de trabajadores o un mayor descenso del número de trabajadores en relación con las variaciones en la producción. Igualmente, si lo que se supone es que más productividad supondría mayores beneficios al empresario, que derivarían a su vez en mayores salarios o en más trabajadores y por ello en mayores cotizaciones, esta hipótesis nos mueve al escepticismo, ya que no hay razones para pensar que esto se cumpliría en todos los escenarios posibles<sup>4</sup>.

En definitiva, el incremento de los ingresos de la Seguridad Social a través del aumento del número de personas ocupadas –y preferiblemente de los ingresos del conjunto de trabajadores- es una actuación deseable y necesaria, pero que se encuentra sometida a un alto nivel de incertidumbre

---

4 Es habitual acompañar el debate con argumentos sobre el problema que ocasionaría que el gasto en pensiones alcance un porcentaje determinado del Producto Interior Bruto. A nosotros no nos preocupa tanto cuál será exactamente ese porcentaje, sino si los ingresos existentes en ese momento serán capaces de ejercer de contrapartida suficiente.

ante la existencia de un número muy significativo de variables, endógenas y exógenas, que no son controlables directamente por el decisor. No existe control sostenido del mercado de trabajo por parte de los poderes públicos ni está garantizado que las políticas que se propongan den lugar a escenarios laborales adecuados. De no ser correcto lo que hemos indicado a este respecto, España estaría en una situación permanente de pleno empleo pero, como bien sabemos, la realidad es –y ha sido– muy diferente. Por ello, no parece aconsejable mantener la idea de la reforma laboral como única política para enfrentarse al futuro de la previsión social pública en España.

### 3.3 Incentivos para alargar la vida laboral y otras acciones

Otra vía para fomentar las entradas monetarias al sistema viene a través de la creación de incentivos para alargar la vida laboral, al actuar teóricamente la medida de forma bidireccional sobre el sistema: por el lado de los gastos se produciría una dilatación temporal del pago de prestaciones, mientras que por el lado de los ingresos el beneficio se conseguiría por las nuevas cotizaciones que, en otro caso, no existirían. Desde el punto de vista de su diseño, un punto fuerte de esta alternativa es su no obligatoriedad, puesto que cada ciudadano puede adaptarse a la misma según sus necesidades. Sin embargo, queda por definir su verdadera eficacia en un país como el nuestro, donde la sensibilidad hacia la jubilación anticipada es muy superior a la que existe hacia el alargamiento de la vida laboral y donde el incremento del desempleo en las edades elevadas limita considerablemente los posibles beneficios de su implantación.

Desde diversas perspectivas surgen otras alternativas como el fomento de la inclusión en el sistema de colectivos tradicionalmente situados fuera del mismo, el control y la mejora de la recuperación de derechos públicos que se encuentran desplazados en la vía ejecutiva y en los procedimientos especiales de recaudación, ya sea en aplazamientos o en concurso de acreedores, u otras medidas enfocadas a la optimización de la fortaleza recaudatoria y de la gestión.

## 4. La aproximación de la edad real de jubilación a la edad legal

En España el acercamiento de la edad real de jubilación a la edad fijada normativamente ha sido progresivo; mientras en 2004 la edad media de jubilación se encontraba aproximadamente en 61 años, en 2009 se situaba

cerca de los 63,7 años, evolución que no significa que se haya incidido con firmeza en políticas que limiten las salidas masivas de trabajadores innecesarias, esto es, en organizaciones sin graves y sostenidos problemas económico-financieros. En general, desde la perspectiva del legislador las políticas de jubilaciones anticipadas han tenido como uno de sus objetivos teóricos la liberación de puestos de trabajo para las generaciones más jóvenes, aunque el cumplimiento de este propósito está sometido a discusión al haberse utilizado en la práctica como una herramienta para liberar obligaciones del empleador.

Igualmente, las jubilaciones anticipadas son contrarias a la idea del envejecimiento activo y según FEDEA<sup>5</sup>: “dada la diferencia en las edades medias de hombres y mujeres, la anticipación del retiro por parte del hombre puede agravar la situación financiera del sistema por cuanto se generan incentivos a anticipar la jubilación por parte de la pareja”, es decir, la jubilación anticipada no tendría únicamente efectos individuales, sino relación con otras variables y consecuencias sobre las mismas, con lo que iría más allá de los escenarios de carácter unipersonal.

Parece coherente controlar las salidas masivas de trabajadores en empresas con beneficios, argumento siempre en primera línea de las exposiciones teóricas y en retaguardia en cuanto a las acciones prácticas. También sería interesante estudiar el incremento de la edad mínima de la jubilación anticipada o la imputación de costes-cotizaciones a las entidades que recurran de forma “inadecuada” a las salidas masivas de una parte de su plantilla, si bien todas estas medidas tienen su contrapartida en una minoración de los beneficios de las empresas españolas y un ambiente poco receptor por parte del trabajador ante acciones contrarias a acortar su vida laboral, existiendo un riesgo para el decisor-legislador que, de nuevo, limita la aplicación de las mismas aunque sean justas y necesarias.

En cuanto a sus efectos para las cuentas públicas, las salidas masivas de empleados pueden tener una mayor o menor incidencia, ya sea por el tiempo de cobertura a través de las prestaciones por desempleo –en una concepción poco menos que fraudulenta del espíritu del sistema de protección social-, ya sea por la obtención de prestaciones a edades de retiro menores que la establecida legalmente con carácter general. Sin embargo,

---

5 FEDEA (2006). “Estudios sobre las decisiones de retiro, la sostenibilidad del sistema de pensiones en España y la viabilidad financiera del sistema nacional de dependencia”. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Estudios FIPROS 2005.

conceptualmente el efecto más relevante es que no existe igualdad de trato entre distintos colectivos de trabajadores sin verdaderas causas objetivas, pues no a todos les es permitido acceder a estos sistemas en condiciones de partida equivalentes. Estas acciones, por tanto, deberían ser controladas también por razones de justicia social, siendo esto especialmente conveniente en aquellos casos que carezcan de plena y verdadera justificación económica.

## 5. El aumento de la edad legal de jubilación y del período que sirve de base para el cálculo de la prestación

### 5.1. El alargamiento de la edad general de jubilación

Una de las posibilidades de transformación del régimen público de protección pasa por modificar la edad legal general de jubilación, tal y como aparece en el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, de 1 de abril 2011. El beneficio teórico de esta propuesta es la menor dedicación de recursos públicos al pago de la pensión de jubilación por la diferencia de montantes económicos entre la edad general previa, 65 años, y la nueva edad general propuesta, 67 años. A pesar de la concreción en su definición, su efecto sobre los ingresos se torna más difuso puesto que, si bien podría suponer un incremento de los recursos debido a un hipotético incremento del tiempo de vida laboral, para ello sería necesario que el trabajador continuase efectivamente en el mercado de trabajo, algo que no estará siempre asegurado, especialmente con un régimen de jubilación anticipada como el español.

Una crítica que se ha venido realizando a esta posibilidad es que perjudicaría el ingreso al mercado laboral de las generaciones más jóvenes, pues la empresa no podría reducir los –generalmente- mayores costes económicos por derechos adquiridos de una persona en edad de jubilarse frente a los prácticamente inexistentes de quienes se incorporan al mercado laboral por primera vez, argumentándose que esta situación genera un freno a la competitividad y a la productividad empresarial. Sobre este asunto debemos señalar que, en nuestra opinión, la productividad y la competitividad de la empresa española tienen otras carencias más allá de la indicada, puesto que ni las bajadas impositivas ni la introducción de alguna flexibilidad en el mercado laboral han servido para una consolidación satisfactoria de estas variables, pues si la reducción de costes se dedica únicamente a la

lícita remuneración de la propiedad y no a investigación, desarrollo, innovación, calidad, expansión o acciones similares, el problema subyacente únicamente se diluye, pero no desaparece.

Evidentemente, la medida aquí citada tiene en la práctica una inmediata repercusión negativa en el decisor-legislador, ya que el trabajador busca acortar su vida laboral, no alargarla, tal y como se desprende, por ejemplo, de los datos muestrales que aportan Carrillo et al.<sup>6</sup>, donde la mayoría de sus encuestados (78,2%) deseaban jubilarse antes de la edad de 65 años –no digamos entonces a los 67-, siendo principalmente las razones para la jubilación a una edad determinada el descanso y el disfrute de la vida, la familia, etc., algo que puede llevar a pensar en la escasa aportación vital que el trabajo tiene para una parte de la población más allá de la remuneración económica. Los ciudadanos nunca van a querer modificaciones restrictivas en los sistemas de protección, especialmente cuando prima la conciencia de unos derechos teóricos –que no reales- frente a la existencia de obligaciones y responsabilidades.

Por otra parte, un argumento recurrente en contra de la ampliación de la edad de jubilación es la distinción entre carreras profesionales, con una defensa de la desigualdad entre un trabajador sometido a esfuerzo físico y aquel que desarrolla su labor en una oficina, mientras que también se expone que las clases acomodadas se benefician del sistema en detrimento de las clases más desfavorecidas puesto que la mejor salud de las primeras les permitiría una mayor esperanza de vida y una mayor capacidad de disfrute de los derechos obtenidos en el campo contributivo.

Sin embargo, las diferencias en la incidencia de la profesión en la salud han existido siempre, incluso en condiciones más duras que las actuales, sin que la edad de jubilación se haya modificado para mantener una necesaria correlación con el incremento de la esperanza de vida obtenido gracias al progreso continuado de las condiciones sanitarias, a la mejora de los hábitos alimenticios o de la propia capacidad evolutiva de la especie humana y de sus escenarios vitales, en nuestro caso especialmente una vez que han comenzado a diluirse los efectos de la Guerra Civil y la posguerra. En este sentido, de aprobarse un incremento en la edad general de jubilación no existirá un sacrificio desmesurado para buena parte de los ciudadanos, puesto que si la edad real es actualmente inferior a la estable-

---

6 Carrillo, D.; D. Carrascosa; M.J. López y P. López (2008). “Protección social de los mayores: La jubilación. Puntos críticos”. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Estudios FIPROS 2007.

cida normativamente como general, esto quiere decir que buena parte de la población se jubila antes de esta edad y/o una pequeña parte se jubila con mucha anticipación, por lo que la medida no va a suponer un problema acuciante para quienes tradicionalmente se jubilan anticipadamente, pues una parte de estos ciudadanos lo único que hará será acercarse a la edad general actual.

Como siempre, el argumento esgrimido en contra del alargamiento de la vida laboral atendiendo a los distintos estados de salud derivados de la profesión puede extrapolarse a otras variables, por ejemplo el sexo, ya que es un hecho constatado que la esperanza de vida de los hombres y las mujeres es diferente. Siguiendo los datos del Instituto Nacional del Estadística, en el caso de España y para el año 2009, la esperanza de vida al nacer para las mujeres era de 84,56 años, mientras que para los hombres era de 78,55 años. Si aceptamos el argumento de la profesión y la clase social como elementos distintivos y diferenciadores respecto a la edad de jubilación, bajo los mismos preceptos no deberíamos tener reparos para hacerlo igualmente por el sexo del ciudadano. Además, se ha constatado la asunción de la medida a debate en otros países del entorno europeo, en los que también existirían diferencias en la relación entre profesión y estado de salud, pero no por ello tal disparidad se ha constituido en factor limitador de la reforma en su conjunto.

Por otra parte, la jubilación a una edad general superior a la actual conllevará menor predisposición a continuar la vida laboral más allá de esta nueva edad, limitando el efecto de las medidas favorecedoras de la ocupación laboral para edades superiores a la general de jubilación, por muchos incentivos laborales, fiscales o sociales que se pretenda introducir.

Siguiendo los términos de nuestra exposición, lamentablemente no somos detractores de retrasar la edad de jubilación limitada y progresivamente, siempre que las acciones en este sentido se incorporen a una reforma más profunda que tenga en cuenta, al menos, las posibles expulsiones del mercado laboral en los últimos años de la carrera profesional puesto que esta situación puede comprometer los derechos finales del trabajador. Sin embargo, hay que observar que en el eje temporal se movería el instante de inicio de la prestación pero, puesto que el período de adaptación y tránsito es tan elevado, también el incremento en la esperanza de vida hará que se minoren los beneficios de esta alternativa en cuestión de sostenibilidad del sistema.

No somos partidarios de que la edad de jubilación se mantenga inamovible ad infinitum ante los incrementos acaecidos en la esperanza de vida

y ante la cada vez mayor edad media de entrada al mercado laboral; según los indicadores demográficos básicos que ofrece el Instituto Nacional de Estadística, en 1991 la esperanza de vida al nacer era de 77,08 años, mientras en 2009 era de 81,58 años. Es indudable que, independientemente de la profesión, la sociedad española en su conjunto está en mejores condiciones físicas y de salud para afrontar una jubilación con garantías de lo que lo estaba hace 20 años, especialmente cuando la edad real promedio de jubilación no llega a esa edad general. No parece lógico que se mantenga un sistema que se basa en una variable establecida cuando la edad media de incorporación al mercado laboral era menor a la actual y la esperanza de vida muy inferior. Sin embargo, incidiendo también en lo expuesto hasta el momento, no creemos que esta medida por sí sola sea suficiente para la consecución de los objetivos que se han de proponer en una reforma de relevancia, posiblemente pueda ser sustituida por otras acciones con mayor rendimiento y, puesto que desconocemos los estudios de partida utilizados, dejamos para otra ocasión consideración alguna sobre si 67 años es la edad óptima para la reforma.

## 5.2. El incremento del período de cálculo que sirve de base a la prestación

Otra medida que aparece en el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, de 1 de abril 2011, es la ampliación del período de cálculo de la pensión de jubilación, buscando avanzar en la equidad entre la contribución efectivamente realizada y la prestación a percibir, acción que a nuestro juicio es a priori más relevante que la anterior desde la perspectiva de la sostenibilidad.

En principio, esta medida conllevaría un descenso del importe a pagar por parte del sistema público de pensiones puesto que, en general, los trabajadores tienden a tener bases superiores basadas en la experiencia y el desarrollo profesional cuanto más tiempo se mantienen en el mercado laboral, afirmación hecha con las cautelas necesarias.

Consideraciones prácticas sobre esta alternativa puede verse en un estudio de Labour Asociados<sup>7</sup>, donde se recoge que, en cuanto al impacto de la ampliación del período de cálculo de la base reguladora sobre las pensiones futuras de los trabajadores “el impacto de una ampliación a 20 años daría lugar a una reducción de la pensión en más de un 5% (...) Por otra parte,

---

7 Labour Asociados (2007). *La cuantía de las pensiones a medio plazo, sus efectos sobre el sistema de pensiones y el estudio de alternativas*. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Estudios FIPROS 2006.

el trabajo muestra que la ampliación del período de cálculo tendría efectos diferentes según el tamaño de la pensión, afectando más intensamente a las pensiones más elevadas”.

### 5.3. La generosidad del sistema y valoraciones de la reforma

En otro lugar hemos hablado de la generosidad de la Seguridad Social para el beneficiario de una prestación de jubilación<sup>8</sup>. En este trabajo asumimos las hipótesis y resultados allí obtenidos y comparamos en un punto temporal las aportaciones realizadas al sistema y las prestaciones esperadas a percibir por el beneficiario de la pensión de jubilación para las dos edades de jubilación posibles según los siguientes escenarios:

- A) Cotizaciones por la base mínima de cada año
- B) Cotizaciones en tres tramos, homogéneas en cada tramo y crecientes entre los tramos.
- C) Cotizaciones por la base máxima

con lo que se calculan los siguientes cocientes:

- i) Aportaciones directas del empleado frente a prestaciones brutas esperadas
- ii) Aportaciones del empleado y del empleador frente a prestaciones brutas esperadas
- iii) Aportaciones del empleado y del empleador frente a prestaciones netas esperadas

En este escenario y con las hipótesis de partida empleadas, cuanto más cercano a cero sean las estimaciones realizadas, más generoso es el sistema para el beneficiario de una prestación de jubilación, perdiendo esa generosidad para valores mayores a la unidad. Los resultados de referencia son los siguientes:

x = 65	A	B	C	x = 67	A	B	C
(I)	0,1366	0,0791	0,1393	(I)	0,1528	0,1071	0,1572
(II)	0,8165	0,4764	0,8389	(II)	0,9197	0,6447	0,9463
(III)	0,8331	0,5882	1,0486	(III)	0,9385	0,7959	1,1829

8 Hernández, D. (2011) “La prestación contributiva de jubilación en la Seguridad Social. La generosidad del sistema y su reforma en base a las fuentes de financiación”. Actas del III Congreso Ibérico de Actuarios. Junio. Madrid.

Siguiendo estos datos podemos ver que el retraso de la edad de jubilación y el incremento de los años que forman parte de la base de cálculo restringen la generosidad del sistema y favorecen la sostenibilidad del mismo, aunque haya todavía recorrido de actuación y el sistema no sea equitativo para todos sus participantes. Como es lógico, el tipo de cotización a cargo directamente del empleado (4,7%) es una variable influyente en los resultados obtenidos en el escenario (I).

La estructura de la corriente de aportaciones es la causa principal de la generosidad de B frente a los escenarios de A y C. Para B sería lógico que la inclusión de toda la vida laboral en el cálculo del importe de la prestación derivase en una sensible disminución de éste. Aunque la estructura de aportaciones crecientes con la edad sea habitual, no hay que desdeñar, especialmente con la transformación del mercado de trabajo, la existencia de carreras de cotización en las que los últimos ejercicios presenten bases de cotización inferiores a otras utilizadas en periodos previos; para estos casos la propuesta de reforma sí puede ser atractiva.

El mismo esquema de trabajo<sup>9</sup> puede servir para valorar los distintos escenarios en cuanto a la jubilación que propone el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, de 1 de abril 2011, donde las variables de referencia serán las aportaciones realizadas, las prestaciones esperadas desde la edad de jubilación según la esperanza de vida y las distintas cuantías iniciales de jubilación atendiendo a los coeficientes reductores aplicables en los casos de jubilación anticipada. Con ello tendríamos los siguientes resultados:

	Escenarios de bases de cotización			
	A	B	C	
I	Cotización 38 años y medio Jubilación a los 65 años	0,1132	0,1115	0,1427
II	Cotización 38 años Jubilación a los 67 años	0,1212	0,1204	0,1528
III	Cotización 38 años y medio Jubilación a los 61 años	0,1321	0,1301	0,1666
IV	Cotización 38 años Jubilación a los 63 años	0,1480	0,1470	0,1865
V	Cotización 33 años Jubilación a los 63 años	0,1287	0,1404	0,1622

9 Se modifica el punto de referencia del cálculo y aquí no coincidirán los instantes de acceso al mercado laboral sino el instante de pago de la prestación. Se comparan aportaciones directas del empleado frente a prestaciones esperadas netas utilizando la nueva formulación del *Proyecto de Ley*, por los resultados no son equiparables a los mostrados previamente.

Dentro de una perspectiva coherente en su conjunto a tenor de lo que se observa en los datos, con la reforma normativa en ciernes y las hipótesis utilizadas, el sistema se muestra más generoso desde la perspectiva estudiada para quienes, jubilándose a los 63 años, han cotizado 33 años frente a 38 años, puesto que reciben idénticas prestaciones habiendo realizado ingresos durante cinco años menos, inequidad derivada de la determinación de límites que se agrava porque la propuesta de reforma mantiene la perspectiva del tiempo que se cotiza pero no la de la equivalencia del importe por el que se cotiza.

Igualmente, si tenemos en cuenta que entre los escenarios I y II hay solamente seis meses de diferencia en cuanto a ingresos al sistema, aun cuando I es un caso más generoso para el beneficiario no parece que exista equidad entre ambas alternativas, puesto que son 26 pagas esperadas menos para el caso II y por unos importes muy superiores a la diferencia de ingresos entre ambos escenarios. Por ello, quizás fuese acertado articular un modelo de equivalencia entre los distintos años de jubilación para fomentar la equidad actuarial de las distintas alternativas según los ingresos realizados. Igualmente, de confirmarse los datos de referencia, existirían ineficiencias entre los modelos III y V, donde la mayor edad de jubilación y los coeficientes correctores aplicados no compensan las diferencias acaecidas en la cotización.

Por último, proponer la jubilación anticipada atendiendo a una variable denominada crisis, controvertida en su definición y objetivación a la vez que susceptible de subjetividad absoluta, nos hace mantener ciertas reservas sobre este apartado del Proyecto de Ley de referencia. ¿Qué debe entenderse como crisis? ¿Quién decide cuando se concreta esa crisis? ¿Es una crisis a nivel estatal, autonómico, sectorial o empresarial? ¿De la Seguridad Social o de la economía nacional en su conjunto? Muchas preguntas para las que desearíamos fervorosamente cumplida y rauda respuesta.

## 6. Conclusiones

La reforma que contiene el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, de 1 de abril 2011, es necesaria. Las posibilidades de actuación sobre la corriente de aportaciones, al margen de cambios en el sistema de financiación, presentan una incertidumbre muy relevante en cuanto a sus efectos prácticos de manera

sostenida, de tal forma que situaciones de desequilibrio -totalmente factibles- acarrearían problemas de sostenibilidad sin capacidad de reacción para solventarlos. El incremento de ingresos, del empleo y de la productividad son deseables; además, también concebibles, pero, puesto que no se puede garantizar sin reservas que sean posibles, mientras no se pretenda modificar el régimen de financiación la reforma ha de plantearse, tal y como recoge el Proyecto de Ley citado, mediante las actuaciones directas sobre el régimen de prestaciones.

Por otra parte, la reforma que recoge el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, de 1 de abril 2011 no es suficiente, puesto que los esfuerzos para la optimización de costes y la obtención de ingresos adecuados no deben ser estáticos o esporádicos, sino dinámicos y continuados, y se ha de seguir trabajando en pos de la eficiencia de nuestro modelo social, especialmente cuando queda margen de actuación para ello, aunque tratando de limitar en la medida de lo posible los efectos para el ciudadano. Junto a la modificación de otras prestaciones de relevancia, sería oportuno apuntalar la equidad del sistema y definir con claridad sus diferencias con la solidaridad, mientras que no debería descartarse una reforma integral de la legislación en la materia con una nueva Ley General de Seguridad Social más moderna y, sobre todo, más clara.

Y, sin embargo, siendo necesaria aunque insuficiente, la propuesta de reforma que recoge el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, de 1 de abril 2011, presenta aspectos muy difusos sobre los que se requeriría un análisis más detallado puesto que se mantienen situaciones de privilegio sin la suficiente objetividad, excepciones de carácter discutible y, posiblemente, ineficiencias en su concepción. Por ello, apostamos por una reforma ágil y sin dilación en su desarrollo y aplicación, pero más profunda, prudente y soportada mediante los necesarios estudios y argumentos que limen aspectos controvertidos en su planteamiento y que permitan el equilibrio entre las perspectivas técnica y política.

Así pues, todo es concebible, pero no todo es posible y, por tanto, si se pretende un modelo sostenible a largo plazo con un nivel de cobertura adecuado es necesario acometer reformas efectivas con la suficiente antelación para anticiparse a posibles desequilibrios, si bien es deseable que esas reformas, puesto que suponen sacrificios relevantes, los supongan de una forma equitativa para el conjunto de posibles beneficiarios.

# Capítulo 13

## La evolución de la Seguridad Social en Brasil y la jubilación por tiempo de cotización

---

CLERILEI BIER  
*Profa. Dra. Titular do Mestrado Profissional  
em Administração ESAG/UDESC.*

### Resumen

El estudio evaluará la pensión de jubilación por tiempo de cotización prevista en el sistema de Seguridad Social brasileño. Se abordarán los puntos históricos respecto al surgimiento de este beneficio, así como la lógica que justificó sus fundamentos y su origen. Posteriormente se analizan las modificaciones legales, constitucionales y de infraestructura que se produjeron respecto a este beneficio de la seguridad social, así como las condiciones exigidas para acceder a las prestaciones debidas en esta modalidad de jubilación.

### Desarrollo historico

En Brasil, el punto de referencia para la creación de la Seguridad Social, fue la Ley Eloy Chaves, Decreto Legislativo 4682 de 24/01/1923, que creó el Plan de Jubilaciones y Pensiones para los ferroviarios. La financiación estatal no estuvo presente en este sistema, sólo los empleados contribuían para su futura jubilación.

Entre los beneficios esperados había una jubilación por invalidez, la jubilación ordinaria, pensión por muerte y asistencia médica. La ley fue enmendada posteriormente y se extendió a todos los trabajadores con los derechos en ella prevista. En este momento histórico, la jubilación podría ser ordinaria o por invalidez, siendo la jubilación ordinaria considerada precursora de la actual jubilación por tiempo de servicio, llamada actualmente "jubilación por tiempo de cotización", la cual estaba garantizada integralmente para el empleado o trabajador que hubiera computado por lo menos treinta años de servicio y cincuenta de edad, o proporcionalmente al trabajador que había logrado solamente cumplir uno de los requisitos, o el tiempo de servicio y la edad mínima exigida por la ley.

La proliferación del sistema de jubilaciones y pensiones vinculados a las empresas y a grupos de trabajadores específicos originó pequeños regímenes de pensiones que mantenían a muchos trabajadores fuera de la protección de la seguridad social, lo que llevó al Estado a intervenir para reestructurar el sistema nacional de pensiones en los años treinta, determinando la creación de los Institutos Nacionales de jubilación, divididos por categorías profesionales.

En este momento el estado administraba los institutos con previsión de complementación de contribución, y ampliaba el sistema de pensiones a todos los trabajadores urbanos, con excepción de los trabajadores rurales y domésticos, en un intento de lograr la universalidad en el ámbito de aplicación del sistema de pensiones. Incrementa la contribución tripartita de: empleados, empleadores y del gobierno, siendo este principio de la contribución tripartita erigido en norma constitucional (encabezamiento del artículo 195, de la Constitución de 1934), como señala Wagner Balera, cuando afirma que con la Constitución de 1934, el poder público contribuyó con la seguridad social en igualdad de condiciones, tanto cuanto las categorías de trabajadores y empleadores. (Balera, 1989)

Esta situación se prolongó hasta los años 50, tiempo durante el cual los institutos de jubilación nacionales trabajaron con equilibrio financiero. En 1953, en un primer intento de obtener la unificación del sistema en términos de capacidad administrativa y legislativa el Decreto 34586 del 12 de noviembre, reúne todas las cajas en una sola entidad. Pero sólo con la promulgación de la Ley Orgánica de Previsión Social - Lops, Ley 3.807/60, se obtuvo la existencia de normas uniformes sobre la seguridad social, y con el Decreto-Ley 72 del 21 de noviembre de 1966, la unificación administrativa, con la creación del Instituto Nacional de Previsión Social (INPS), con reglas únicas para el sistema de previsión nacional.

Tras la promulgación de la Ley Orgánica de Previsión Social de 1960 (LOPS), la jubilación ordinaria comenzó a ser llamada de jubilación por tiempo de servicio, exigiendo la comprobación de que el asegurado hubiera completado treinta y cinco o treinta años de servicio, con plazos integrales o proporcionales respectivamente, además de tener una edad mínima de cincuenta y cinco años - y no cincuenta años como en la época de las Cajas de Pensiones. Sin embargo, dos años después de la promulgación de la LOPS, el requisito de edad mínima fué eliminada por la Ley 4.130/62.

Según Pereira, se puede decir que a partir de ese momento, la jubilación en el Brasil dejó de depender de la edad del asegurado, siendo sólo necesario probar uno de estos dos tiempos de servicio. Siempre según el autor, si en el principio el tiempo de servicio requerido era igual para hombres y mujeres a partir de la Constitución de 1967, se redujo a treinta años para la jubilación integral de las mujeres, basado en la "teoría de la doble jornada de trabajo de las mujeres y de la mayor fatiga física que resulta de ella". El hombre siguió pudiendo jubilarse después de treinta años de servicio con prestaciones proporcionales, y después de treinta y cinco años, con un ingreso integral de las prestaciones.

Para obtener la jubilación por tiempo de servicio también se agregó un nuevo requisito en 1966 por el Decreto-Ley N° 66, a saber, el período de carencia. El asegurado debería contribuir también con el sistema de jubilación, con por lo menos sesenta contribuciones, lo que significa que desde ese momento se requiere un período de carencia, junto con el cumplimiento del tiempo de servicio, es decir, un número mínimo de aportaciones mensuales necesarias para que los asegurados disfrutasen las prestaciones de jubilación

En los años setenta se integraron al Sistema de Previsión Social los trabajadores domésticos y rurales que hasta ahora estaban al margen del sistema, con la Ley Complementaria 11/71 y la Ley 5.859/72. Pero la institución del Sistema Nacional de la Previsión Social – Sinpas-, sólo se llevó a cabo con la Ley 6439 del 01 de septiembre de 1977, y fué la instauración de este sistema que propició, siempre de acuerdo con Antonio Carlos de Oliveira, "una reorganización administrativa, sin cambiar nada en lo que respecta a los derechos y obligaciones, naturaleza y contenido, condiciones de las prestaciones, valor de las aportaciones, etc." (Oliveira, 1996)

La reunión de la materia relacionada con la financiación, las prestaciones económicas y de accidentes de trabajo, ocurrió con la Consolidación

de las Leyes de Previsión Social – CLPS en 1984-, que fue constante y sucesivamente ampliada, tanto en relación a los beneficiarios como de las prestaciones hasta la introducción del sistema de seguridad social de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 que trajo cambios significativos y directrices para la promoción del estado del bienestar social para los ciudadanos del Brasil.

Fue consagrado el principio constitucional de universalidad de la cobertura y del atendimento, asegurando que las prestaciones de sustitución de la renta del trabajo no serían menor que el valor del salario mínimo (artículo 201, § 5), con un ajuste periódico para mantener el valor real. En el nivel infra constitucional, se editaron las leyes 8080/90 (salud), las Leyes 8212 y 8213 (normas de costos y contribuciones y prestaciones de previsión social) y la Ley 8.742/93 (asistencia social). Se instituyó un régimen general de previsión, del cual fueron excluidos los funcionarios públicos reglamentados por su propio sistema de previsión, los militares, los miembros del Tribunal de Cuentas de la Unión, y los miembros del poder judicial y de la fiscalía.

Algunos cambios importantes se hicieron con la Enmienda Constitucional 20, de 15.12.1998, que regulamenta las normas de la previsión social de los trabajadores, tales como el destino específico a la previsión social y el bienestar del montante recogido por el Instituto Nacional de Seguridad Social con las cotizaciones, entre otras, pero la principal fue la extinción de la jubilación por tiempo de servicio, y la creación de la jubilación por tiempo de cotización la cual se abordará con más detalle. (Martins, 2010 y Martínez, 1997; OLIVEIRA, 1996; CERQUEIRA Ally, 1989; Russomano, 1981)

## La lógica motivadora de la jubilación por tiempo de servicio

En cuanto a las pensiones por tiempo de servicio, el foco de nuestro análisis, es necesario hacer hincapié en que la misma se llamará a partir de la Enmienda Constitucional 20/98, de jubilación por tiempo de cotización, dejando de llevar en consideración para su concesión el tiempo servicio, y pasando a hacer valer la contribución efectiva al sistema de pensiones, es decir, cada mes utilizado en la cuenta corresponde a una cotización de los asegurados.

Pero antes de entrar en el análisis de los recientes cambios incorpora-

dos en el sistema de seguridad social brasileño, en los últimos años, con relación a esta modalidad de jubilación, es necesario hacer una breve explicación sobre las razones que dieron origen a esta prestación inusual en los sistemas de seguridad social de otros países, así como su contextualización en el actual escenario. Asociar la precocidad laboral a los trabajadores que realicen actividades con el uso de la fuerza física y con bajos ingresos fue uno de los factores que justificaron la inserción de la jubilación por tiempo de servicio, asociada simplemente al tiempo de trabajo de los individuos, sin límite de edad mínima y sin necesidad de comprobación de las cotizaciones realizadas en el sistema.

Se suponía que el empleado autosuficiente comienza a trabajar mucho más joven, mal alimentado, viviendo menos, y tiene mayor dificultad para demostrar todo el tiempo de trabajo. Así que con la introducción de este tipo de jubilación, se asumió que el beneficio establecería una posible compensación para aquellos asegurados que comenzaron mas temprano la lucha por la supervivencia.

No obstante al contrario de lo que se previó, la precocidad laboral fue con frecuencia y hábilmente utilizado por asegurados, situados en la parte superior de la escala social, en especial los funcionarios públicos, empleados estatales, los empleados de bancos y de grandes empresas o multinacionales, que suelen estar mejor organizados y representados profesionalmente.

Por todo lo anterior, a lo largo de los últimos años ha habido muchos intentos de cambiar este beneficio con el fin de ajustarlo a la nueva realidad presentada, no permitiendo que fuera utilizado por un grupo de élite de los beneficiarios, y por lo tanto destruyendo o haciendo inviable el disfrute de este derecho por aquellos para quienes fue pensado originalmente tal beneficio.

A pesar de la falta de un consenso, parte de la doctrina defiende que la jubilación por tiempo de servicio podría mantenerse en el sistema, con la condición de que incluyese los requisitos que combinan la edad mínima, antigüedad en el servicio y las cotizaciones al sistema. De tal suerte que el beneficiario para quien fue pensada originalmente tal prestación, pudiera disfrutar de la misma, haciendo posible entonces establecer una compensación para aquellos que efectivamente comenzaron temprano su lucha por la supervivencia. Esta necesidad de prever el costo de este beneficio en el escenario actual, continúan afirmando tales autores, no debería ser un lema para la destrucción de este derecho.

Así que la edad mínima exigida para tener derecho a este tipo de jubilación, o la necesidad de demostrar la cotización hecha por los asegurados, así como la existencia o ausencia de riesgo para proteger este tipo de jubilación, se convirtieron en elementos obligatorios en las discusiones y cambios realizadas en los últimos años en la legislación de la seguridad social brasileña. La lógica es que tales limitaciones se transformen en requisitos que se exigirán a medio plazo, y que tal adopción ocurra poco a poco, aumentando cada año, con el objetivo de igualar la modalidad de jubilación por la edad. (CERQUEIRA Ally, 1989;.COIMBRA 1993; RUSSOMANO, 1981;)

## La jubilación por el tiempo de cotización

La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, en su artículo 201, con la nueva redacción dada por la Enmienda Constitucional 20/98, prevé la jubilación como un beneficio clave de la Seguridad Social por lo cual establece que:

"§ 7 La jubilación está garantizada por el sistema general de la seguridad social, de conformidad con la ley, siempre que las condiciones sean las siguientes:

I - treinta y cinco años de cotización, si hombre, y treinta años de cotización, si mujer;

II - Sesenta y cinco años de edad para los hombres y sesenta años de edad para las mujeres, con reducción de cinco años en el límite para los trabajadores rurales de ambos sexos y para los que ejercen sus actividades en régimen de economía familiar, incluyendo el agricultor, el minero y el pescador.

§ 8 Los requisitos mencionados en el punto I del párrafo anterior se reducirán en cinco años, para el profesor que demuestre el tiempo efectivo desempeñado exclusivamente en las funciones de maestro de educación infantil, escuelas primarias y secundarias.

§ 9 A los efectos de la jubilación, está garantizado el cómputo recíproco del tiempo de cotización en la actividad pública, privada, rural y urbana, caso en que los distintos sistemas de seguridad social han de recibir una compensación financiera, según los criterios establecidos por la ley."

Como se ha expuesto, la prestación de jubilación puede ser otorgada por la edad, cuando el asegurado completa 65 años (sesenta y cinco) de edad para los hombres o de 60 (sesenta) años de edad para las mujeres. Este plazo podrá reducirse en 5 (cinco) años, siendo para el hombre 60 (sesenta) años y para mujeres 55 (cincuenta y cinco) años en los casos especiales que se mencionan en el párrafo II.

Con respecto a la jubilación por tiempo de servicio, ésta pasa a ser llamada, en el momento de la Enmienda Constitucional 20/98, de jubilación por tiempo de cotización, como ya se ha señalado antes, dejando de tener en cuenta para la concesión de tal prestación de jubilación el tiempo de servicio, para considerar las cotizaciones efectivas al sistema de pensiones. En la práctica, la carencia exigida ahora se refiere al tiempo de cotización, el cual debe ser probado con documentos que contengan las fechas y los períodos del tiempo de trabajo realizado.

La enmienda constitucional 20/98 también suprime la jubilación por tiempo de servicio proporcional, siendo la prestación debida a partir de entonces, con sueldo integral, a los hombres y mujeres que demuestren, respectivamente, los treinta y cinco años y treinta años de cotizaciones. Regla especial para los profesores que demuestren sólo el tiempo de ejercicio efectivo como profesores que están efectivamente en clase, en razón del magisterio en la educación infantil, primaria o secundaria. En este caso el requisito será de 30 (treinta) años para los hombres y 25 (veinticinco) años para las mujeres.

Sin embargo, y con el fin de respetar el derecho adquirido para aquellos quienes tenían derecho a la extinta jubilación por tiempo de servicio, mismo después de la EC 20/98, se mantuvo el derecho al pago de la misma a los asegurados que hubieran cumplido los requisitos para la concesión, hasta la fecha que fue publicada la modificación, en 16 de diciembre de 1998, o sea: 35 (treinta y cinco) años de servicio al hombre, y 30 (treinta) años de servicio a las mujeres. Es decir, garantizarse el derecho a jubilarse de acuerdo con la legislación entonces vigente, al asegurado ya afiliado a RGPS que cumpliera los requisitos legales hasta la víspera de la publicación de la ley que la creó (15/12/1998). También se incluyó la previsión en dicha enmienda de algunas reglas de transición para aquellos que, aunque ya afiliados, aún no habían completado el tiempo de servicio/cotización para la jubilación. (Conforme una tabla progresiva constante de la ley).

Estas reglas de transición también incluyeron como importante factor, la exigencia de edad mínima para la jubilación proporcional y pueden, se-

gún el sitio web oficial del Ministerio de Previsión Social, ser sucintamente explicadas: los hombres pueden solicitar la jubilación proporcional a los 53 años de edad y 30 años de cotización, más un 40% del tiempo que faltaba en 16 de diciembre de 1998 para completar 30 años de cotización; y las mujeres tienen derecho a la jubilación proporcional a los 48 años de edad y 25 años de cotización, más un adicional del 40% del tiempo que faltaba en 16 de diciembre de 1998 para completar 25 años de cotización.

El cambio en el nombre de esta modalidad de jubilación por tiempo de servicio para la jubilación por tiempo de contribución revela, en la opinión de Reis Fernanda Pereira, un punto conceptual importante. "Mientras que el primero se refiere a la dimensión temporal de la base material deflagradora de la afiliación, la otra corresponde a las cotizaciones efectivamente hechas o debidas, efectiva o presumidamente realizadas. Por otra parte, mediante la modificación del criterio material del tiempo de servicio, el legislador trató de evitar el cómputo de tiempos ficticios para fines de jubilación, entendiendo que aquellos tiempos no se correspondían con el tiempo de trabajo efectivo y por lo tanto no tenían su respectiva cotización." (Pereira, F.R, 2009)

La presencia o ausencia de riesgo a ser protegido en las prestaciones de la jubilación por tiempo de contribución también ha sido y sigue siendo motivo de controversia entre los estudiosos, una vez que no están de acuerdo con el hecho de que el riesgo "vejez" este presumido en el texto de la Constitución (art.201 ) o simplemente no existe ningún riesgo social que deba protegerse ya que el tiempo de cotización, no conlleva a la presunción de incapacidad para el trabajo.

La importancia de este debate, cual sea, si existe o no un riesgo a cubrirse, es argumento utilizado tanto para defender la extinción de la jubilación por años de cotización, como para abogar por el mantenimiento de esta modalidad de jubilación. De mantenerse, al menos se haría necesario según algunos autores, introducir el factor edad mínima del asegurado en la legislación brasileña. Pero después de la inserción del factor edad mínima para los supuestos de jubilación proporcional por tiempo de servicio, este debate no solo perduró sino que aumentó, una vez que la regla de transición elimina la posibilidad de concesión sin el requisito de una edad mínima.

Respecto a la jubilación por años de cotización integral, se hace necesario introducir el factor de la edad mínima, y no haciéndolo la EC 20/98, el legislador trató de encontrar una salida para que en la concesión también

se exija algún requisito que lleve al asegurado a cumplir acumulativamente, la edad y el número de cotizaciones, aunque sea indirectamente.

Se inserta en este sentido, la modificación de los criterios cuantitativos antes previstos al establecer que la base de cálculo de las prestaciones ya no sería el promedio de los últimos salarios de cotización, pero sí el promedio aritmético simple de los salarios más altos de cotización. La Ley N° 9.876/99 introdujo en la determinación de la base de cálculo de la jubilación por tiempo de cotización, como vemos, el “factor previdenciario”, cuya fórmula tiene la edad del asegurado como una de sus variables, y que da lugar a que sea el valor de la prestación menor, cuanto menor sea el número de años que vivió hasta su jubilación.

Para los empleados inscritos en RGPS antes de 29 noviembre de 1999, fecha del inicio de la vigencia de la ley, el valor de la prestación consiste en el promedio de 80% de los mayores salarios de cotización ajustado monetariamente desde julio de 1994. Para los inscritos después de la entrada en vigor de la ley, el valor será el promedio de los 80% mayores salarios de cotización de todo el periodo contributivo. En ambos casos, la cantidad resultante se multiplica por el “factor previdenciario”.

El “factor previdenciario” se calcula según la esperanza de supervivencia del asegurado en el momento de la jubilación (elemento reductor), su edad y el tiempo de cotización que posee (cuanto mayor el tiempo, menor el reductor aplicado). El resultado de su aplicación es que cuanto mayor es el tiempo de servicio del trabajador, mayor será el valor de la prestación, de modo que la intención de su creación fue la de reducir el valor de las prestaciones en forma inversamente proporcional a la edad del asegurado en el momento de la jubilación.

Así que para la jubilación en modalidad integral, se fijó la alícuota de 100% del salario de contribución, si hombre, a los 35 años de cotización, y a los 30 años de cotización, si mujer, sin límites de edad, pero con la aplicación obligatoria de “factor previdenciario”, lo que significa incluir la edad y la expectativa de supervivencia del asegurado en la composición de la prestación de jubilación, además de la cotización hecha. Hoy en día, el beneficiario que desea un ingreso pleno, deberá seguir contribuyendo por unos cuantos años más antes de solicitar la jubilación, que pasa en la práctica, a ser llamada jubilación integral y a exigir mucho más de los 35/30 años de cotización. (Pereira, F. R. 2009)

La introducción del mecanismo del “factor previdenciario” ha estado generando polémica en la doctrina. El profesor Wagner Balera, al considerar

la creación del “factor previdenciario” afirma que el legislador ha optado „por un camino excuso e instituyó el denominado “factor previdenciario”, cuyo nombre correcto debería ser “reductor previdenciario”. Esta fórmula, según el autor, “ tiene como objetivo combinar la edad del trabajador con el tiempo de cotización y la expectativa de supervivencia, y se basa en falsas justificaciones, a saber, que „sería necesario controlar (mejor dicho reducir) el gasto con jubilaciones ya que el déficit del sistema de pensiones y los costos siguen creciendo sin limitaciones y muy pronto no habrá manera de pagar los beneficios. „Además, siempre según Balera, „no tendría sentido permitir que las personas todavía relativamente jóvenes, que podían seguir trabajando, obtuviesen la jubilación y se quedasen recibiendo el beneficio por largos años“. Dada tal situación, el mecanismo reductor, inhibiría las jubilaciones anticipadas y reduciría los gastos de la seguridad social de una sola vez. De hecho, sigue el autor, „como lo he advertido desde la creación del perverso mecanismo (...) las pérdidas de los trabajadores que se jubilan pueden alcanzar el 30%, aumentando aún más la depreciación de los beneficios que ya son, en su promedio, de valor muy poco expresivo”. (Balera, 2004, 2010)

Sin embargo, para otros estudiosos, dicha inserción producirá correcciones a las distorsiones del sistema, especialmente con el fin de compensar la falta del requisito de la edad límite, junto con el período de cotización para tener derecho a la jubilación por años de cotización en su totalidad. En este sentido ANDRADA y VIEIRA en el parecer que examina la constitucionalidad del art. 67 de la Ley 8.213/91, con la redacción de la Ley 9.876/99. (Andrada, Vieira, 2010)

De todos modos podemos ver en este breve análisis que el Régimen General de Previsión Social de Brasil, caracterizada por la posibilidad a priori de una jubilación por tiempo de cotización sin exigir una edad mínima para su concesión, puede convertirse en un problema de mayor gravedad si llevase en cuenta el aumento de la esperanza de vida de los brasileños según los datos estadísticos recientemente disponibles. Según el IBGE la esperanza de vida de los brasileños alcanza 73 años en 2010, con 69 años para los hombres y 77 años para las mujeres. (IBGE, 2011)

Este fenómeno se encuentran en todo el mundo, resultado de la disminución de la mortalidad infantil y de la mejora de la calidad de vida de la población con edad avanzada, y trae como resultado el que la longevidad media de los individuos signifique un creciente período medio de supervivencia del cual podrá disfrutar el jubilado, sobre todo en la modalidad de jubilación por tiempo de cotización, a partir del inicio del disfrute de la

prestación. Estos elementos nos llevan a predecir la continuidad en la reforma del Régimen General de Seguridad Social en los próximos años con el fin de cambiar los criterios para la concesión de la prestación en análisis.

Por último queda por mencionar otra cuestión, que agregada a este análisis, pueda agravar la situación de inadecuación de las exigencias a los asegurados brasileños para la obtención de la jubilación por tiempo de cotización. Nuestro sistema aun mantiene un criterio diferenciado para la concesión de la jubilación para hombres y mujeres, en relación a la edad mínima de jubilación, la cual es diferente según sea el sexo.

El origen de la diferenciación de los criterios, con la consiguiente reducción en el período de cotización para la jubilación, se dio debido a la doble jornada de trabajo de las mujeres (su integración en el mercado de trabajo, y mantenimiento de las actividades en el hogar). Pero la idea de la compensación por la carga derivada de la acumulación de actividades, ya no se aplica hoy en día, debido en parte a una mayor participación de los hombres en las tareas domésticas, y en segundo lugar debido a la mayor esperanza de vida de las mujeres, dando lugar a un cambio respecto a estos requisitos para la concesión de la jubilación por tiempo de cotización.

## Conclusión

Teniendo en cuenta las últimas tendencias de los cambios implementados en la legislación brasileña relativa a la prestación de jubilación por tiempo de cotización con la EC 20/98, se puede concluir que la continuidad del cambio en esa modalidad de prestación es a corto plazo. Dentro de los cambios previstos podemos anticipar una doble vertiente. Por un lado, la adopción de una medida extrema, que es la extinción misma del beneficio resultante de la jubilación por tiempo de cotización mediante el fortalecimiento de la alegación de que no hay ni un riesgo social a ser cubierto en esta modalidad.

Contra poniéndose a esta medida, se puede optar por mantener la prestación de jubilación por tiempo de cotización, como una forma de compensar a los asegurados que empezaron más temprano a luchar por la supervivencia, en base a un principio culturalmente sólido en el sistema brasileño. En este caso, se hará necesario introducir nuevas disposiciones compatibles con la realidad que dió origen a esta modalidad de jubilación y a su finalidad.

Entre ellos se encuentra la inclusión del límite de edad mínimo para su concesión y la eliminación de diferencias de criterios para la concesión de jubilación a hombres y mujeres, ajustando nuestra legislación a la nueva realidad presentada en el actual escenario de crisis de financiación de los sistemas de seguridad social y al aumento de la longevidad de los individuos y al consecuente aumento del período de disfrute de la prestación.

# Capítulo 14

## La edad de jubilación forzosa del personal licenciado sanitario: a propósito de la modificación del plan de ordenación de recursos humanos del Servicio Andaluz de Salud mediante resolución de 2 de diciembre de 2010 (BOJA 13 de diciembre)

---

DRA. E. MACARENA SIERRA BENÍTEZ  
*Profesora Colaboradora. Departamento de D<sup>o</sup> del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

### 1. Introducción

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud (en adelante EM), vino a actualizar y adaptar el régimen jurídico de este personal, tanto en lo que se refiere al modelo del Estado Autonómico como en lo relativo al concepto y alcance actual de la asistencia sanitaria<sup>1</sup>. La conveniencia de una normativa propia para este personal deriva de la necesidad de que su régimen jurídico se adapte a las características específicas del ejercicio de las profesiones sanitarias y del servicio sanitario-asistencial, así como a las peculiaridades

---

<sup>1</sup> *In extenso* SALAS FRANCO, Tomás, *El estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud. (Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 de diciembre)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

organizativas del Sistema Nacional de Salud<sup>2</sup>. Dicha ley recoge con carácter general la jubilación forzosa a los 65 años, a diferencia del régimen estatutario anterior que la establecía a los 70 años<sup>3</sup>. No obstante, contempla la posibilidad de que el interesado pueda prorrogar voluntariamente su permanencia en el servicio activo hasta los 70 años, siempre que se acredite que reúne la capacidad funcional necesaria para desarrollar las funciones correspondientes a su nombramiento. La autorización de la prórroga debe recaer en el Servicio de Salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos (art. 26.2). La ley también regula la procedencia de la prórroga cuando, en el momento de cumplir la edad de jubilación forzosa, al interesado le falten seis años o menos de cotización para causar pensión de jubilación. Esta prórroga no podrá prolongarse más allá del día en que el interesado complete el tiempo de cotización necesario para causar pensión de jubilación, sea cual sea el importe de la misma, y su concesión estará supeditada a que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento (art. 26.3).

Por último, la Ley también recoge la opción de la jubilación voluntaria, total o parcial, del personal que reúna los requisitos establecidos en la legislación de la Seguridad Social. Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán establecer mecanismos para que este personal pueda acogerse a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos (art. 26.4).

Esta regulación, al igual que la anterior, mantiene tanto la jubilación forzosa como la voluntaria, modificando únicamente la edad de la jubilación forzosa. En este sentido, entendemos que no cabe hablar de jubilación voluntaria salvo cuando ésta se solicita por el interesado “una vez prolongada la situación en activo más allá de los 65 años, siendo por tanto la regla general la jubilación forzosa”. O bien “cuando al interesado no le importe

---

2 Vid. Exposición de motivos de la Ley 55/2003 publicada en el BOE de 17 de diciembre de 2003, núm. 301.

3 El art. 17 del Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, del estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad Social (BOE 30 de diciembre) contemplaba “A la situación de jubilación forzosa se pasará al cumplir los 70 años de edad o antes por causa de incapacidad psicofísica para el desempeño de su función, acreditada en el oportuno expediente”. Este Decreto se dictó en virtud de lo contemplado en el Decreto 907/1966, de 21 de abril, que aprobó el texto articulado de la Ley de la Seguridad Social (BOE 22 de abril, núm. 96).

que se le declare jubilado, al no tener intención de solicitar prolongar su permanencia en servicio activo”<sup>4</sup>.

El adelanto de la edad de jubilación forzosa establecido en el art. 26.2 del Estatuto Marco no suscitó una declaración de inconstitucionalidad, dado que existían pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional a favor de dicha medida con respecto al colectivo de Funcionarios del Estado, los Jueces y Magistrados y los funcionarios del Cuerpo de Profesores de Educación General Básica<sup>5</sup>. De esta forma surgieron los primeros pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la responsabilidad del Estado por los presuntos perjuicios causados a los funcionarios por el adelanto de la edad de jubilación<sup>6</sup>. No obstante, la jubilación a los 70 años “se concibe como una mera expectativa, y no como un derecho adquirido, la cual puede ser revisada por el legislador cuantas veces se estime”<sup>7</sup>.

En definitiva, dado que el EM deja en manos del servicio público de salud de cada comunidad autónoma autorizar o no la prórroga en el servicio activo en función de las necesidades de la organización y de los planes de ordenación de recursos humanos elaborados, trataremos la prolongación de la edad de jubilación en la Comunidad Autónoma Andaluza para, a continuación, pasar a estudiar brevemente la existencia o no de prórroga

4 En este sentido, FONT ALMAGRO, Nuria Victoria, “El personal estatutario de la seguridad social al servicio de instituciones sanitarias a propósito del nuevo estatuto marco. La naturaleza de su régimen jurídico. Su jubilación”, *RGDTSS*, núm. 9, 2005, p. 7 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)).

5 Véase la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública; la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y el Real-Decreto Ley 17/1982, de 24 de septiembre que reducen la edad de jubilación forzosa también de los 70 a los 65 años.

6 SSTC 108/1986, de 26 de julio; 99/1987, de 11 de junio y 70/1988, de 19 de abril. Vid. FLORENSA MIGUEL, Judit, “La responsabilidad patrimonial derivada del adelanto de la edad de jubilación del personal estatutario de los servicios de salud. Análisis del caso en Cataluña”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 13, enero-junio (2010), pp. 127 a 129.

7 En este sentido, FLORENSA MIGUEL, Judit, obra cit., p. 126 en relación con la STC 108/1986, de 26 de julio que manifestó “la existencia de una carrera judicial o de un derecho a la jubilación de sus integrantes (...) son elementos que no están en la disponibilidad del legislador, que sí puede, en cambio, modificar sus condiciones y, entre ellas, el momento en que ha de producirse la jubilación. De todo ello resulta que quien accede a la función pública como Juez no es titular de un derecho subjetivo a ser jubilado a la edad establecida para ello en el momento de su acceso, sino de una expectativa a ser a tal edad” (FJ 16º). Igualmente, ESTEVE SEGARRA, Amparo, *La jubilación forzosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 60 a 64.

en el servicio activo en otras Comunidades Autónomas, y finalizar con unas conclusiones generales.

## La modificación del Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Andaluz de Salud (SAS)

El SAS aprobó el Plan de Ordenación de Recursos Humanos en noviembre de 2004 y, como fruto del estudio y análisis de las plantillas de los diferentes centros sanitarios y del SAS en su conjunto, determinó que no existían necesidades de organización que requirieran establecer excepción a ninguna categoría profesional o especialidad de la regla general de jubilación forzosa al cumplimiento de los 65 años de edad<sup>8</sup>. Ello se determinó con el objetivo de una renovación generacional progresiva de profesionales, y de abrir oportunidades de promoción a los profesionales que permanecían en activo. En ese momento el SAS procede a declarar la jubilación forzosa para el personal que tuviera cumplidos más de 65 años (diciembre de 2003), y a los que se les concedió –en base a lo dispuesto en el art. 26.2- la prolongación en activo hasta el 30 de septiembre de 2004 o, en cualquier caso, hasta la fecha en que se produjera la aprobación del Plan de Ordenación de Recursos Humanos del SAS (noviembre de 2004). A estos últimos el SAS había comunicado que si tenían interés en continuar en activo, en el plazo de quince días debían acogerse a alguno de los siguientes supuestos mediante una solicitud: a) Disposición Transitoria Séptima (menos de 35 años cotizados); b) art. 26.3 (menos de quince años cotizados a la Seguridad Social); y c) art. 26.2 (en función de las necesidades de la organización). Se les advirtió de que en caso de que no cumplimentaran esa solicitud se procedería a declarar la jubilación forzosa<sup>9</sup>. En este sentido, algún autor advirtió del encuadramiento indebido en el art. 26.2 del EM de aquéllos que a la entrada en vigor del EM tenían cumplidos 65 años y más de treinta y cinco años cotizados, partiendo de que el mencionado artículo está previsto para

8 Resolución de 9 de noviembre de 2004 (BOJA 13 de diciembre de 2010, núm. 241).

9 Vid. La STSJ de Andalucía (Granada), de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 6 abril 2009, rec. 2551/2007, en donde no se discute el contenido de la DT 7ª ni la interpretación que pueda darse reconociendo el derecho a la indemnización y perjuicios al médico jubilado dado que “la Administración para alterar la situación jurídica reconocida al apelado no ha utilizado ninguno de los procedimientos establecidos legalmente para revisarla o anularla, lo cual implica la desestimación del recurso de apelación con confirmación de la sentencia”.

quienes a la entrada en vigor del EM no tenían cumplidos los 65 años<sup>10</sup>. Ello se debe a que el legislador ofrece la oportunidad de poder solicitar la prolongación de su situación en activo a los que no han cumplido aún los 65 años. En definitiva, el EM no tuvo en cuenta la situación de los que a la entrada en vigor tuvieran ya más de 65 años. Al respecto cabe señalar, según postura judicial, que “lo que la norma establece es la imposibilidad de permanencia, y por tanto no hay retroactividad alguna si, una vez en vigor la norma, se aplica no sólo a los que vayan cumpliendo 65 años, sino también a quienes tienen ya más de dicha edad y siguen en el servicio activo, los cuales, a partir de la entrada en vigor de la ley (y por tanto sin retroactividad alguna) quedan exceptuados también de la posibilidad de permanecer y por tanto han de ser jubilados forzosamente. De forma que no se considera que la Administración haya hecho una aplicación de la ley contraria al artículo 2.3 del Código Civil”<sup>11</sup>. Por lo tanto, la sentencia considera que la modificación afecta también, sin retroactividad alguna, a quienes ya tenían constituida la relación, e incluso a quienes ya se encontraban en edad de jubilación de acuerdo con la nueva norma. En cuanto a si la ley incluye un efecto retroactivo que la convierta en inconstitucional a la luz del art. 9.3 CE, al respecto el Tribunal Constitucional ha resuelto la cuestión en sentido negativo en casos similares, como anteriormente señalamos<sup>12</sup>.

A los seis años de la aprobación de este plan, se ha llevado a cabo su modificación, posibilitando la prolongación voluntaria de la permanencia en servicio activo al personal licenciado sanitario de las categorías de Jefes de Servicio, Jefes de Sección y Facultativos Especialistas de Área en

10 FONT ALMAGRO, Nuria Victoria, “El personal estatutario de la seguridad social al servicio de instituciones sanitarias a propósito del nuevo estatuto marco. La naturaleza de su régimen jurídico. Su jubilación”, obra cit., p. 10.

11 STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 11 de diciembre 2007, rec. 160/2006 en relación con el tratamiento de esta cuestión en la misma Sala, en la Sentencia de 11 de septiembre de 2003, rec. 940/99 y 30 de julio de 2003, rec. 961/1999 relativo a las jubilaciones de los miembros del Cuerpo de Guardería Forestal de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

12 Así, en cuanto a la invocación del principio de irretroactividad, decir que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la Constitución Española, cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas (STC 27/1981, de 20 de julio). Incluso “lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos en situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacía el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad” (STC 42/1986, de 10 de abril).

sus distintas especialidades, Médicos de Familia en sus diferentes destinos, Pediatras de atención primaria, y Odontostomatólogos en los términos del art. 26.2 del Estatuto Marco<sup>13</sup>. A esta medida se pueden acoger los profesionales de las categorías mencionadas que cumplan 65 años a partir del 1 de enero de 2011. En la Resolución se contempla como una de las prioridades del SSPA la gestión del talento de los profesionales sanitarios en la organización, dado su alto nivel de cualificación y competencias, convirtiendo la Gestión del Conocimiento en uno de sus ejes estratégicos. Esta modificación responde a un análisis de la situación actual y futura tanto del servicio sanitario como de sus profesionales, en el que se ha puesto de manifiesto la previsión de un importante número de jubilaciones de este personal en el año 2015, así como las previsiones de profesionales que en los próximos años va a necesitar el SAS<sup>14</sup>. En el Estudio de Necesidades de profesionales en la Sanidad Pública Andaluza (2009-2039) se plantea como objetivo planificar y articular distintas actuaciones para que Andalucía cuente con los profesionales sanitarios adecuados, de acuerdo a las previsiones de las necesidades de la sociedad andaluza, evitando situaciones de déficit o exceso de profesionales<sup>15</sup>. Entre las medidas propuestas se planteó establecer, en el nuevo Plan de Recursos Humanos, medidas que consigan atraer a los profesionales a las zonas de más difícil cobertura. Al respecto, la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del SAS elabora una Circular donde se recogen las Instrucciones para los procedimientos de jubilación y de prolongación voluntaria de la permanencia en activo, en aplicación de lo previsto en el art. 26.2 y 3 del EM<sup>16</sup>. Para ello es necesario

13 Resolución de 2 de diciembre de 2010, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se modifica el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Andaluz de Salud aprobado por la R. de 9 de noviembre de 2004 de este órgano directivo (BOJA 13 de diciembre de 2010, núm. 241).

14 Según este estudio Andalucía ha pasado de 31.000 a 35.000 médicos más que en 2004. La tasa de médicos es de 436 por cada 100.000 habitantes. En BARBER PÉREZ, Patricia; GONZÁLEZ LÓPEZ-VALCÁRCEL, Beatriz, *Oferta y necesidad de especialistas médicos en España (2008-2025)*, MSC, Madrid, 2009, p. 6, hay 104.598 especialistas médicos trabajando en la red pública en labores asistenciales, que representan el 56% de los médicos colegiados en el país menores de 65 años. La ratio es de 2,3 médicos por mil habitantes. El conjunto de especialidades médicas representa el 30,4% del total, las quirúrgicas el 22,5%, las de laboratorio y diagnóstico central el 9,0%, y la Medicina de Familia el 38,1%.

15 [http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principal/documentosacc.asp?pagina=gr\\_actualidad3\\_b8](http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principal/documentosacc.asp?pagina=gr_actualidad3_b8), en IntereS@S Boletín 8, 23/09/2009.

16 SC 405/10 de 27 de diciembre de 2010 (SC 405/10 (27-12)).

que el profesional solicite la prolongación de la permanencia en servicio activo dentro de los tres meses anteriores al cumplimiento de la edad de jubilación, y tenga la acreditación de la capacidad funcional llevada a cabo por los Servicios de Medicina Preventiva de los distintos Hospitales de las Áreas Hospitalarias de referencia, según el Centro de destino de las personas solicitantes. Hay que tener en cuenta que con un mes de antelación al cumplimiento de dicha edad al profesional se le dirige una comunicación de inicio del expediente de jubilación forzosa y, una vez cumplido, se procede a dictar la resolución correspondiente transcurrido el trámite de audiencia y alegaciones en el plazo de diez días. Este procedimiento no se inicia, o se suspende una vez iniciado, si se presenta solicitud de prolongación de la permanencia en servicio activo<sup>17</sup>. Así, en aplicación del art. 26.2 EM, se obtiene una concesión inicial por dos años que está supeditada, al igual que su mantenimiento, a que se constate que el peticionario reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Una vez agotado el período inicial, el interesado puede solicitar prórrogas anuales hasta los 70 años de edad como máximo. En aplicación del art. 23.3 EM la prórroga le será autorizada exclusivamente hasta el día en que complete el tiempo de cotización necesario para causar pensión de jubilación, si bien en el caso de que la persona afectada disponga de un nombramiento de carácter temporal la autorización de prórroga en el servicio activo quedará sin efecto antes de la fecha, hasta que le fuera inicialmente concedida si sobreviene alguna causa de las establecidas para la extinción de su nombramiento temporal<sup>18</sup>.

Las posturas sindicales respecto a la modificación del Plan son diversas. Así, la Consejería de Salud y los sindicatos CSFI, UGT y Sindicato Médico aprobaron, en la reunión de la Mesa Sectorial celebrada el 19 de noviembre de 2010 -en la que también estuvieron presentes CCOO, Satse (enfermeros) y Ustea-, la modificación del Plan vigente para añadir la posibilidad de prórro-

---

17 En relación con el cumplimiento de los requisitos formales y, por lo tanto, de una mayor flexibilidad en la cumplimentación del trámite, la STSJ, Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 13 de noviembre 2009, rec. 855/2005 restó su importancia cuando la Administración se dé por enterada de la voluntad de permanencia del médico, no considerando absolutamente esencial la utilización del modelo establecido por ella misma, ni entienda que los trámites de verificación no pudieran prolongarse en ningún caso más allá del plazo concedido para la solicitud con aportación del informe médico, pues terminado el plazo la Administración citó al interesado precisamente para realizar un acto propio de los trámites de la solicitud de prórroga.

18 Instrucciones tercera y cuarta SC 405/10 (27-12).

ga de la edad de jubilación<sup>19</sup>. En concreto, si bien para el Sindicato Médico Andaluz esta propuesta es “la respuesta a una reivindicación histórica”, para CCOO-A, que la rechaza, “frenará muchos contratos a nuevas generaciones y limitará la promoción de aquéllos que llevan años con contratos precarios y que cubren sustituciones o guardias”, por lo que propuso “limitar este retraso a las áreas donde exista «realmente» un problema de cobertura”<sup>20</sup>.

## Breve referencia sobre la edad de jubilación forzosa en otras Comunidades Autónomas

Como hemos visto, la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta cumplir como máximo los 70 años de edad, debe ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en los planes de ordenación de recursos humanos (art. 26.2 EM). Estos planes, que constituyen el instrumento básico de planificación global de los servicios de salud en el ámbito que en los mismos se precise (art. 13 EM), no han sido elaborados por todas las restantes comunidades autónomas y, por lo tanto, no todas han regulado la polémica en torno a la jubilación del personal médico<sup>21</sup>. En este sentido, se ha declarado que “cualquier incidencia que afecte a la aprobación o publicación del Plan de Ordenación de los Recursos Humanos no es cuestión que tenga relevancia y que, incluso, este orden jurisdiccional pueda y deba

- 
- 19 Esta negociación se lleva a cabo en cumplimiento del art. 80.2 g) del EM, en virtud del cual deben ser objeto de negociación en el seno de las mesas de negociación “los planes de ordenación de recursos humanos”.
- 20 Vid., Gaceta Médica Digital, núm. 373, 2010. Sobre un estudio que analiza las diferencias en la percepción y utilización de los servicios sanitarios en España en función de variables socioeconómicas, HOYO LAO, Augusto, “Las diferencias sociales en la utilización y percepción del sistema sanitario español. Un estudio basado en el barómetro sanitario del año 2008”, *Economía Española y Protección Social, Asociación de Actuarios, Estadísticos y Economistas de la Seguridad Social*, febrero 2010, pp. 133 a 174. En relación a una política laboral a favor de los trabajadores de edad madura, vid. MARTÍN, Philippe, “La política laboral francesa a favor de los trabajadores de edad madura: fomento y protección del empleo” en CABEZA PEREIRO, Jaime; BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup> Amparo; FERNÁNDEZ PRIETO, Marta, *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 339 y 340.
- 21 Vid., FLORENSA MIGUEL, Judit, “La responsabilidad patrimonial derivada del adelanto de la edad de jubilación del personal estatutario de los servicios de salud. Análisis del caso en Cataluña”, obra cit., pp.132 a 137.

controlar” en relación a la posibilidad contemplada en el art. 26.2 EM cuando no se ha acreditado que existiesen necesidades de organización, valoradas en tal término por el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma, que obligaran o aconsejaran la permanencia del personal médico con más de 65 años de edad<sup>22</sup>. Sin embargo, en otras ocasiones y en pronunciamiento más reciente, se ha declarado que “la elaboración, aprobación y publicación del Plan de Ordenación de Recursos Humanos, es obligatoria a efectos de que la denegación de la prórroga solicitada, en los términos expuestos anteriormente, pueda ser debidamente justificada y avalada normativamente”. En definitiva, la existencia del Plan “y no de cualquier otro texto, es preceptiva para poder determinar las causas que justifican que, por necesidades de organización, se pueda denegar la solicitud de concesión de prórroga en la edad de jubilación hasta alcanzar los 70 años. Es en dicho Plan donde deben estar expresamente mencionadas las necesidades de la organización, como se vuelve a reiterar, a efectos de que puedan ser la justificación, la fundamentación, la explicación, en definitiva, de la denegación de la prórroga”<sup>23</sup>. Y, por lo tanto, “ante la solicitud del interesado, la Administración debe pronunciarse sobre su concesión o denegación en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos; es decir, dicho artículo 26.2 establece un criterio para determinar o decidir el contenido de la concreta resolución que debe adoptarse (para establecer si tal resolución ha de ser favorable o contraria a la solicitud del funcionario), mas no faculta para decidir libremente la denegación sin necesidad de una motivación sobre ella”<sup>24</sup>. En relación con la declaración de jubilación forzosa a los 65 años de edad, debemos tener en cuenta además que el art. 67.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público establece que “la jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad. No obstante, en los términos de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumplan setenta años de edad. La Administración Pública competente deberá de resolver de forma motivada la aceptación o denega-

22 STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 5 de mayo 2005, rec. 969/2005.

23 STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 28 febrero 2011, rec. 5002/2008; STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 30 de enero 2008, rec. 122/2007.

24 STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 10 de marzo 2010, rec. 18/2008.

ción de la prolongación”. Por lo tanto, no deja duda el legislador de que la Administración tiene que motivar su decisión respecto a la solicitud de prórroga de la edad de jubilación, tanto para su aceptación como denegación, teniendo en cuenta que, según contempla el art. 2.3 del Ley 7/2007, es también aplicable al personal estatutario de los Servicios de Salud<sup>25</sup>.

Como anteriormente señalamos, no todas las Comunidades Autónomas han procedido a la elaboración de los mencionados Planes, y las Comunidades que lo han hecho no tienen una regulación uniforme. Así, por ejemplo, Comunidades como el País Vasco y Navarra cuentan con normativa específica anterior a la promulgación del EM, estableciendo la edad de jubilación forzosa a los 65 años de edad y contemplando la prórroga, como máximo, hasta los 70 años, pero sin hacer mención a las necesidades de los respectivos servicios de salud<sup>26</sup>. En general, podemos decir que la elaboración de estos planes en las distintas Comunidades Autónomas ha dado lugar a un desarrollo del art. 26.2 del EM “dispar, insuficiente en algunas Comunidades Autónomas e, incluso, inexistente en otras”<sup>27</sup>. Así, por ejemplo, la Agencia Valenciana de Salud, ante la inexistencia de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, entiende que las resoluciones de concesión o denegación de la prórroga solicitada se entenderán conformes con las necesidades de la organización de la Agencia<sup>28</sup>. En Cantabria el art. 4.f) del Plan establece

25 Vid. STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 10 de marzo 2010, rec. 18/2008. Igualmente hay que tener en cuenta que las disposiciones del EM constituyen bases del régimen estatutario de los funcionarios al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.18ª de la CE (DF 1ª).

26 Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi (BO del País Vasco núm. 138, de 21 de junio), actual art. 20 del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, para los años 2007, 2008 y 2009. (Aprobado mediante Decreto 235/2007, de 18 de diciembre, al que se incorpora como Anexo II el Acuerdo adoptado en la Mesa sectorial de sanidad de fecha 14 de marzo de 2008 (BOPV de 31 diciembre, núm. 250), aprobado mediante Decreto 106/2008, de 3 de junio (BOPV 16 de junio, núm. 113). En Navarra, Ley Foral 10/2003, de 5 de marzo, sobre régimen transitorio de los derechos pasivos del personal funcionario de los montepíos de las administraciones públicas de Navarra (BOE 25 de abril de 2003, núm. 99). En este sentido, FLORENSA MIGUEL, Judit, “La responsabilidad patrimonial derivada del adelanto de la edad de jubilación del personal estatutario de los servicios de salud. Análisis del caso en Cataluña”, obra cit., p. 133.

27 FLORENSA MIGUEL, Judit, “La responsabilidad patrimonial derivada del adelanto de la edad de jubilación del personal estatutario de los servicios de salud. Análisis del caso en Cataluña”, obra cit., p. 132.

28 Instrucción quinta, apartado quinto de la Instrucción de 3 de abril de 2006, de la Agencia Valenciana de Salud (DOGv de 6 de junio de 2006, núm. 5.274).

entre las acciones a llevar a cabo la “puesta en marcha y aplicación inmediata, previo desarrollo procedimental, del art. 26.2 y 3 del Estatuto Marco” y DT 7<sup>a</sup>. No obstante, entre los requisitos contemplados se exige que deben concurrir necesidades asistenciales plenamente probadas, conforme a los criterios establecidos en el Plan, y en caso de no ser así podrá desestimarse la solicitud<sup>29</sup>. En este sentido, el mencionado Plan ha declarado que “del análisis de las valoraciones efectuadas por las distintas Gerencias se observa la inexistencia actualmente de problemas funcionales, organizativos o de otro tipo”<sup>30</sup>. Con respecto a Cataluña, el Instituto Catalán de la Salud (en adelante ICS) hizo pública la existencia del Plan el 23 de junio de 2006<sup>31</sup>, y del publicado en el DOGC de 16 de julio de 2008, núm. 5174 vigente hasta el 31 diciembre de 2010, y posteriormente publicó una Resolución de Propuesta de modificación del Plan de Ordenación de Recursos Humanos del ICS, que tiene como finalidad incluir una excepción a la jubilación forzosa de determinados facultativos especialistas por la necesidad de mantener su prestación asistencial y directiva, en un intento de acabar con los litigios presentados por este colectivo respecto a esta cuestión. En este sentido, hay que recordar que a los profesionales de cuatro especialidades –Medicina de Familia, Ginecología, Anestesia y Pediatría– se les permitió continuar el ejercicio de la profesión hasta los 70 si así lo solicitaban y acreditaban la capacidad funcional para ello, excluyendo a cargos directivos y jefes de servicio, quienes tenían que jubilarse obligatoriamente a los 65 años, aunque se les permitía desarrollar tareas asistenciales no directivas<sup>32</sup>. En la Comunidad de Madrid se da la paradoja de que rige una Resolución de diciembre de 2009 que deja sin efecto otra Resolución de noviembre de 2009 sobre regulación del procedimiento de prolongación de la permanencia en servicio activo del personal estatutario (en la que se contemplaba como requisito para la autorización

29 Orden SAN/9/2008, de 4 de abril, por la que se regula el procedimiento de autorización de la prolongación de la permanencia en servicio activo al personal estatutario del Servicio Cántabro de Salud, (BOC 16 de abril de 2008, núm. 74). El Plan aparece previsto en el apartado 5 y en el anexo III del “Acuerdo integral para la mejora de la calidad en el empleo del personal de instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud”, aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria el 11 de enero de 2007 (BOC de 29 enero 2007, núm. 20).

30 Sobre la conflictividad originada por la falta de autorización de las prórrogas, vid. [www.eldiariomontanes.es](http://www.eldiariomontanes.es). de 01.02.2011 y la “incongruencia” de la regulación con la actual reforma, aprobada por el Gobierno en febrero de 2011, para ampliar la edad de jubilación a los 67 años.

31 Mediante la inserción de un edicto en el DOGC de 23 de junio 2004, núm. 4160.

32 Vid. [www.cesm.org](http://www.cesm.org), noticia de 6 de agosto de 2007.

“causas organizativas y funcionales debidamente justificadas y motivadas”), y que mantiene en vigor otra Resolución de 2004, que se ajusta a la regulación del EM<sup>33</sup>. Otras comunidades han desarrollado los correspondientes Planes de acuerdo con lo establecido en el EM, motivo por el cual no las mencionamos<sup>34</sup>. En definitiva, nos encontramos con un panorama diverso, que nos induce a defender la necesidad de elaborar un Plan Nacional de Recursos Humanos impulsado por el propio Ministerio de Sanidad, que dote de coherencia y uniformidad tanto a esta cuestión de la edad de jubilación del personal estatutario como, en general, a las condiciones laborales de estos profesionales<sup>35</sup>. Así, entendemos que “la política de recursos humanos deber ser uno de los aspectos iniciales y básicos de un Pacto por la Sanidad”<sup>36</sup>.

## Conclusiones: la ampliación de la edad de jubilación

En la actualidad estamos experimentando importantes modificaciones en materia laboral y social. Sin duda, una de las de mayor impacto y que ha suscitado más polémica ha sido el Acuerdo sobre la ampliación de la edad de jubilación de forma escalonada a los 67 años<sup>37</sup>, reforma que se quiere trasladar igualmente al régimen de clases pasivas<sup>38</sup>. Las tendencias demográficas y la ampliación de la esperanza de vida abren nuevos debates donde la edad de jubilación del trabajador parece perfilarse como uno de los temas clave en los años venideros<sup>39</sup>. El Consejo Europeo de Laeken de 2001 acor-

33 Resolución por la que se deja sin efecto la Resolución de 24 de noviembre de 2009, sobre regulación del procedimiento para la prolongación de la permanencia en servicio activo del personal estatutario (BOGC de 11 de diciembre de 2009) y mantiene en vigor la Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad y Consumo, de 22 de noviembre de 2004 (BOGC 29 de noviembre de 2004).

34 Por ejemplo, Aragón, Asturias, Canarias, La Rioja, Murcia, Asturias, Islas Baleares.

35 La idea de la elaboración de un Plan Nacional parte del secretario general de CESM, Patricio Méndez, como se anuncia en [www.gacetamedica.com](http://www.gacetamedica.com), de 23 de abril de 2010, núm. 373.

36 En palabras del Consejero de Sanidad de Castilla y León, Francisco Álvarez Guisasaola, en [www.heraldodesoria.es/index.php/mod.noticias/men.detalle/idnoticia.39910](http://www.heraldodesoria.es/index.php/mod.noticias/men.detalle/idnoticia.39910)

37 Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social (BOCG, 1 de abril de 2011, núm. 120-1).

38 Vid. el Documento de la Secretaría de Estado de la Función Pública presentado a los sindicatos sobre la propuesta de medidas armonizadoras del régimen de clases pasivas del Estado (17.03.2011).

39 Vid. OJEDA AVILÉS, Antonio, “La dimensión comunitaria de la jubilación” en LÓPEZ

dó un conjunto de objetivos comunes en materia de pensiones, haciendo hincapié en la necesidad de que sean adecuadas, sostenibles y adaptables<sup>40</sup>. En las Conclusiones de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea del 23 de marzo de 2005 se planteó la necesidad de “salvaguardar a largo plazo la sostenibilidad de las finanzas públicas, fomentar el crecimiento y evitar la imposición de cargas excesivas a las generaciones futuras”<sup>41</sup>. La mayoría de los sistemas de pensiones de los Estados miembros han sido adaptados en las últimas décadas para que tengan una base más sostenible. Entre las principales tendencias se pretende “animar a que más gente trabaje más y durante más tiempo para obtener derechos similares a los de antes: aumento de las edades de jubilación; recompensa a quien se jubila más tarde y penalización a quien lo hace antes (...); medidas del mercado de trabajo para animar a los trabajadores de más edad a permanecer en él y permitirles hacerlo y para fomentar en él una mayor igualdad entre hombre y mujeres”<sup>42</sup>.

En España contamos con una Sanidad Pública bastante satisfactoria, dotada de profesionales muy bien formados en una profesión donde todavía pesa mucho el componente vocacional. Los nuevos tiempos van a necesitar de estos profesionales y la edad no puede ser un factor que les obligue a “salir” del sistema público de sanidad. Es una contradicción que el profesional tenga un “tope de edad” para trabajar en la sanidad pública cuando no lo tiene en la sanidad privada. Si bien es cierto que hay una propuesta de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social que quiere establecer la incompatibilidad del ejercicio privado con la prestación de jubilación, en nuestra opinión esa propuesta no da respuesta adecuada al problema actual<sup>43</sup>. Defendemos un modelo público de sanidad experimentado y profesionalizado, y la edad no debe ser un obstáculo para ello. En este sentido, abogamos por la regulación del EM y el mantenimiento voluntario de estos profesionales, al menos, hasta los 70 años, o incluso

---

CUMBRE, Lourdes, *Tratado de la jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 614 a 644.

40 “Calidad y viabilidad de las pensiones. Informe conjunto sobre los objetivos y los métodos de trabajo en el ámbito de las pensiones” [10672/01 ECOFIN SOC 272].

41 Documento 7619/1/05 REV 1.

42 Libro Verde *En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*, Bruselas, 7.7.2010 COM (2010) 365 final.

43 Proyecto de Orden TIN/ /2010, sobre régimen de incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados (de 24 noviembre 2010). Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

más, siempre y cuando las facultades funcionales del profesional se lo permitan, máxime cuando las reformas van encaminadas a la ampliación de la edad del trabajador en activo<sup>44</sup>. Así, entendemos que una de las maneras de conseguir edades más avanzadas de jubilación efectiva sería suprimir las jubilaciones forzosas a la edad de 65 años fomentando, por lo tanto, la prolongación voluntaria de la vida laboral de este colectivo. En definitiva, que sean los propios facultativos quienes decidan si desean o no seguir en el mercado de trabajo cuando lleguen a cierta edad en la que la normativa les permita tomar la decisión de salir de dicho mercado, y así plantearnos si el mantenimiento de la jubilación forzosa a los 65 ó a los 67 años es una medida apropiada para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social<sup>45</sup>.

Esta idea no es incompatible con la petición del Sindicato Médico de incluir al colectivo médico en el catálogo de profesiones sometidas a excepciones y en la aplicación de coeficientes reductores que está elaborando la Seguridad Social junto a la reforma de las pensiones<sup>46</sup>. Es el médico el que debe decidir el momento de dejar de trabajar entre los 60 y 70 años, teniendo en cuenta el desgaste laboral por la realización de guardias y de las horas que exceden su jornada laboral y, sobre todo del tipo de especialización desempeñada.

---

44 Vid. la DA 2ª LO 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, por la que se modifican las Leyes Orgánicas 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 12 de marzo 2011, núm. 61), sobre la prolongación voluntaria del servicio activo de los funcionarios pertenecientes a los cuerpos docentes universitarios y profesores de investigación del CSC, una vez alcanzada la edad de jubilación forzosa por un período máximo de cinco años adicionales.

45 Vid. HERRAIZ MARTÍN, María del Sol, "El mantenimiento de la jubilación forzosa, ¿una medida apropiada para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social?", *Diario La ley*, núm. 7426, 2010.

46 En relación con los problemas de penosidad, toxicidad, peligrosidad, insalubridad y siniestralidad diferencial de los trabajadores veteranos en determinadas profesiones, el Acuerdo Social y Económico (febrero de 2011) para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones establece que, en paralelo a la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de reforma de las pensiones, la Administración de la Seguridad Social culminará la elaboración del decreto comprometido en el Acuerdo de 2006, sobre el procedimiento general de aprobación de coeficientes reductores de la edad de jubilación. Sobre la petición de flexibilización de la edad de jubilación del Sindicato Médico, vid. *Gaceta Médica Digital*, núm. 373, 2011.

## Capítulo 15

# La jubilación parcial anticipada

---

JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE  
*Magistrado de la Sala Social del Tribunal Superior  
de Justicia de Aragón.*

La jubilación parcial anticipada supone que el trabajador puede disminuir hasta en un 85 por 100 su jornada de trabajo, percibiendo la parte proporcional de su pensión de jubilación sin coeficientes reductores. El empleador sustituye a un trabajador de 60 o más años de edad por un trabajador joven. Y, en principio, se mantiene el volumen de empleo, así como las cotizaciones a la Seguridad Social. Se trata de una institución que beneficia a los trabajadores y al empresario, sin que, prima facie, suponga una merma de ingresos de la Seguridad Social.

Sin embargo, la praxis social evidencia abusos. 1) Acuerdos de jubilación parcial en los que la empresa renuncia a exigir al trabajador jubilado la prestación de servicios a la que tiene derecho hasta que cumpla los 65 años. Se trata materialmente de una jubilación anticipada total sin coeficientes reductores. 2) Empresas en las que la prestación de servicios del trabajador jubilado, correspondiente a un 15 por 100 de su jornada, consiste en presentar un informe anual a la empresa. Si se trata de una prestación de servicios vacía de contenido real: el citado informe anual no tiene ninguna utilidad empresarial salvo la de aparentar el cumplimiento de la prestación de servicios por parte del jubilado parcial en el porcentaje que le corresponde, se tratará de una conducta fraudulenta. 3) Acuerdos de jubilación parcial en los que se pacta que el trabajador preste servicios a jornada completa desde la fecha de su jubilación anticipada parcial, hasta que finalice el 15 por 100 de la jornada de todos los años que le quedan hasta cumplir 65, momento en que termina su prestación de servicios con la empresa.

Asimismo, se trata materialmente de una jubilación anticipada total sin coeficientes reductores, en la que se disocia la prestación de servicios (que finaliza cuando el trabajador jubilado parcialmente ha desempeñado ininterrumpidamente el 15 por 100 de la jornada que le correspondía realizar) y la cotización a la Seguridad Social por el trabajador jubilado parcialmente (que continúa hasta que cumple la edad ordinaria de jubilación)...

Pero la problemática derivada de esta institución no se limita a las citadas conductas antijurídicas. La propia regulación legal de la jubilación parcial anticipada permite que haya diferencias muy importantes entre la cotización a la Seguridad Social del trabajador jubilado y del relevista. Con anterioridad a la reforma efectuada por la Ley 40/2007, una pluralidad de TSJ interpretaron el art. 12.6.c) del ET en el sentido de que se remitía a la clasificación profesional establecida en la norma colectiva aplicable, examinando los grupos profesionales y las categorías profesionales reguladas en los convenios colectivos. Si el trabajador jubilado y el relevista estaban incluidos en el mismo grupo profesional, los TSJ concluían que concurría el citado requisito de la jubilación parcial.<sup>1</sup> Por consiguiente, el citado precepto contenía una remisión a la negociación colectiva: la definición más o menos amplia de los grupos profesionales en los convenios colectivos afectaba a la jubilación parcial.

La Ley 40/2007 no dejó sin efecto esta doctrina jurisdiccional. Se mantiene como regla general que el puesto de trabajo ocupado por el relevista sea el mismo o uno similar al del sustituido, entendiéndose por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente, regla antes expresada solo en el antiguo art. 12.6 ET, y ahora establecida tanto en el nuevo art. 12.7 ET como en el nuevo art. 166.2.e) LGSS, si bien este último omite explicar qué se debe entender por puesto de trabajo igual o similar, lo que sí se define en el art. 12 del ET: puestos de trabajo cuyo contenido sea el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente.

La única novedad de la reforma radica en el establecimiento de una regla de aplicación subsidiaria: en los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, debe haber una correspondencia

---

1 Por todas, sentencias del TSJ de Castilla y León con sede en Valladolid nº 576/2006, de 2-5; La Rioja nº 24/2007, de 30-1; y Madrid nº 651/2006, de 13-12; 154/2007, de 5-3.

entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial. Cuáles han de ser esos requerimientos específicos del trabajo del jubilado parcial que, en el caso de la regla de aplicación subsidiaria, impedirán ocupar al relevista el puesto de trabajo de aquél u otro similar, es una determinación que la norma legal relega a un futuro desarrollo reglamentario.

Reiterados pronunciamientos de diferentes TSJ han concluido que tras la reforma legal producida por la Ley 40/2007 en los arts. 12 del ET y 166 de la LGSS, sigue vigente como regla general que el relevista debe ocupar el mismo puesto de trabajo que el jubilado parcial u otro similar, entendiéndose por tal el que implique el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente.<sup>2</sup> Solo cuando el puesto de trabajo que tenía el jubilado parcial no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, se establece ahora una regla o requisito para acceder a la prestación de jubilación parcial: debe haber, en tal caso, una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial.

Ello conlleva una importante merma de ingresos para la Seguridad Social. A título meramente ejemplificativo, en la sentencia del TSJ de Aragón nº 47/2009, de 28-1, tanto el trabajador jubilado parcialmente como el relevista estaban incluidos en el grupo profesional 1 del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro, pero el primero estaba incluido en el nivel retributivo VI y el segundo en el nivel retributivo XII, con una base de cotización del primero de 3.074,10 euros mensuales (grupo de cotización 3) y del segundo de poco más que la mitad: 1.733,67 euros mensuales (grupo de cotización 7). Se trata de los denominados “grupos profesionales verticales”.

Pero es que, aun en los supuestos de inexistencia de “grupos profesionales verticales”, la jubilación parcial anticipada suele conllevar una merma de ingresos de la Seguridad Social porque los trabajadores con mayor antigüedad en la empresa suelen percibir unos salarios superiores a los de los trabajadores de nuevo ingreso, aunque pertenezcan a la misma o similar categoría profesional, porque perciben un complemento de antigüedad

---

2 Por todas, sentencias del TSJ de Aragón nº 777/2009, de 26-10; Cataluña nº 8749/2009, de 27-11; Cantabria nº 986/2008, de 18-11 y Comunidad Valenciana nº 528/2009, de 19-2.

u otros pluses salariales vinculados directa o indirectamente al tiempo de desempeño del trabajador en la empresa. Y como quiera que en la mayoría de las jubilaciones parciales anticipadas el trabajador jubilado se acoge al trabajo a tiempo parcial en el porcentaje mínimo previsto en la norma legal, ello supone que la mayor parte de la cotización se realiza sobre la base de un salario inferior a aquél por el que se cotizaba antes de la jubilación parcial anticipada.

Ante esta problemática, la doctrina jurisprudencial ha hecho hincapié en el carácter esencial que tiene la cotización sustitutoria del trabajador relevista y el mantenimiento del volumen del empleo, como lo evidencia la sentencia del TS de 4-10-2010, recurso 4508/2009, que establece la obligación del empresario de contratar a un segundo relevista cuando el primer relevista inicia una excedencia por motivos familiares, aunque subsista la reserva del puesto de trabajo. Como el primer relevista tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo, ello supone que este segundo contrato de relevo no se prolongará hasta que el trabajador jubilado parcialmente alcance la edad de 65 años, como exige el art. 12.7.b) ET. En efecto, este precepto establece que el contrato de relevo debe tener duración indefinida, o como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de 65 años. El Alto Tribunal excepciona esta regla, puesto que la duración de este segundo contrato de relevo se puede prolongar únicamente hasta que se reincorpore el primer relevista, so pena de que en la empresa coincidan dos o más relevistas en sustitución del mismo trabajador jubilado parcialmente. El TS argumenta que en el caso de un segundo relevista sustituto, el contrato de relevo podrá tener un carácter de interinidad derivado de que su duración dependerá del reingreso en la empresa del primer relevista sustituido, siempre que se produzca antes de alcanzar la edad de jubilación ordinaria, pero este carácter de interinidad se superpone -no se contrapone- a la naturaleza del contrato a tiempo parcial en la modalidad de „relevo“, que busca mantener el nivel de empleo en la empresa como contrapartida a unas prestaciones de jubilación contributiva que en otro caso la entidad gestora no tendría la obligación de satisfacer: la interinidad modula la duración del segundo contrato del relevista sustituto, pero no desvirtúa la naturaleza del contrato de relevo en cuanto a su objeto y finalidad.

Por consiguiente, se trata de un contrato de relevo/interinidad, cuya duración no depende de la fecha de cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación del trabajador jubilado sino del derecho a la reserva de su puesto

de trabajo del primer relevista, con la finalidad de mantener el volumen del empleo y las cotizaciones a la Seguridad Social. Lo importante no es la fecha de duración del contrato temporal de relevo sino el mantenimiento del volumen del empleo y de las cotizaciones a la Seguridad Social. Esta sentencia del TS supone que el elemento esencial del contrato de relevo es la sustitución del trabajador jubilado parcialmente, o del primer relevista, cuando éste ha cesado en la empresa. El elemento del contrato de relevo referente a su duración, que tiene que ser indefinida o, como mínimo, igual a la del tiempo que reste hasta la edad de jubilación del trabajador jubilado parcialmente, es un elemento accesorio, subordinado a aquél, de forma que, si para cumplir el requisito sustitutorio es necesario concertar un contrato de relevo de duración inferior, esta modalidad contractual está justificada.

No se trata, por tanto, de requisitos adicionales (sustitución del trabajador y duración mínima), como acontece con otros contratos temporales, como el contrato para obra o servicio determinado, cuya licitud exige la concurrencia simultánea de varios requisitos, sino de un requisito principal (la sustitución) y otro subordinado (la duración). Si la finalidad esencial de sustituir al trabajador requiere que la duración del contrato sea mínima, incluso de menos de un mes (para sustituir a un primer trabajador relevista que disfruta de una excedencia en la empresa por motivos familiares con una duración prevista de veinte días, por ejemplo), el contrato estará justificado, aunque no cumpla el requisito de duración mínima del art. 12 ET, que está pensando únicamente en el primer relevista y no en los restantes.

Ello supone que existen dos regímenes jurídicos claramente diferenciados: el primer relevista, que sustituye al trabajador jubilado parcialmente, el cual está obligado a cumplir todos los requisitos del art. 12 ET. Y el segundo y ulteriores relevistas, que sustituyen al primer relevista y a los posteriores, cesados temporalmente en la empresa, cuyo régimen jurídico se asemeja a una suerte de contrato de relevo/interinidad. Se trata de un contrato de relevo en cuanto a su finalidad sustitutoria de otro trabajador. Y de un contrato de interinidad en cuanto a su duración.

Asimismo, la sentencia del TS de 9-2-2010, recurso 2334/2009, que efectúa un *overruling*, argumenta que la previsión contenida en el apartado 4 de la disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/02 (el abono por la empresa de la pensión de jubilación parcial en caso de incumplimiento de su obligación de sustituir al trabajador relevista cesado) no tiene naturaleza sancionadora. Su naturaleza se aproxima a un reintegro

de prestaciones por parte de quien ha sido esencial sujeto determinante de que hubiese tenido lugar el reconocimiento y abono de la pensión, pero que no ha atendido a la contrapartida a que se obligaba. Y el Alto Tribunal niega que se trate de una obligación de medios y no de resultado porque el empresario adquiere el compromiso de sustituir al trabajador relevista en el plazo de quince días, lo que evidencia una imperatividad que apunta a una obligación de resultado. El TS únicamente justifica el incumplimiento de este compromiso cuando la empresa acredite una diligencia adecuada a la premiosidad del mandato.

Por su parte, el Acuerdo Social y Económico, aunque mantiene la situación actual de jubilación parcial a los 61 años, establece que “la cotización será íntegra tanto para relevista como para relevado”. Con carácter transitorio, dispone que la elevación de la cotización respecto a la situación actual se realizará progresivamente en un periodo de 15 años desde la entrada en vigor de la reforma.

Esta mención a las cotizaciones íntegras de ambos trabajadores parece indicar que tanto el trabajador jubilado parcialmente como el trabajador relevista, con independencia de su jornada de trabajo, deben cotizar como si ambos prestasen servicios a tiempo completo. Ello supondría que se estaría penalizando la pensión de jubilación parcial anticipada: se produciría una sobrecotización porque sumando la prestación de servicios de ambos trabajadores se completaría una única jornada de trabajo completa y sin embargo cotizarían como si hubieran realizado dos jornadas a tiempo completo. Si se aprueba una reforma legal en esta línea, ello supondría la virtual desaparición de la jubilación parcial anticipada porque supondría un coste que las empresas no podrían asumir: una doble cotización a la Seguridad Social. El Acuerdo Social y Económico no propone la supresión de la jubilación parcial anticipada, de la que se benefician tantos trabajadores y empresarios, pero sí que propone una reforma que conllevará que su utilización será claramente marginal.

A nuestro juicio, si se producen fraudes en la jubilación parcial anticipada, debería combatirse el fraude utilizando los medios de que dispone la TGSS, el INSS y la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Estos fraudes, en gran medida, se deben a que el porcentaje mínimo de jornada correspondiente al trabajador jubilado es muy pequeño: del 25 por 100, pudiendo alcanzar el 15 por 100 si el contrato de relevo se concierta a jornada completa y con duración indefinida. La primera medida para com-

batir el fraude sería suprimir la posibilidad de que la jornada pueda ser de únicamente el 15 por 100.

Y si la utilización de esta institución supone una disminución de cotizaciones a la Seguridad Social, se puede efectuar una reforma legal que exija una equivalencia entre la cotización del trabajador jubilado parcialmente y del relevista. Incluso se podría introducir en el art. 166 de la LGSS un principio de neutralidad en las cotizaciones a la Seguridad Social: que la utilización de esta institución no debe suponer una merma de las cotizaciones a la Seguridad Social, debiendo abonar la diferencia el empleador en el caso de que la nueva cotización total sea inferior a la anterior. Pero la problemática que acompaña a esta institución no debe conducir a una reforma legal que, al establecer una doble cotización, suponga la virtual desaparición de una institución tan beneficiosa para trabajadores y empresarios.

Por último, si se lleva a cabo esta reforma propuesta por el Acuerdo Social y Económico, como quiera que ambos trabajadores cotizarían por encima de la jornada efectivamente realizada, a efectos del devengo de prestaciones de la Seguridad Social, se debería tener en cuenta la cotización efectivamente realizada y no la correspondiente a la jornada trabajada, puesto que las cotizaciones efectivamente realizadas por el empresario y por el propio trabajador deberán beneficiar a éste.



# Capítulo 16

## Las recomendaciones del pacto de Toledo, la reforma de la pensión de jubilación y las personas discapacitadas

---

DRA. MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA  
*Cuerpo Superior de Administradores Generales*  
*Junta de Andalucía*

### I. Introducción

El objetivo perseguido con este trabajo es poner de manifiesto las repercusiones negativas que las futuras modificaciones en la pensión de jubilación conllevarán en las pensiones de jubilación de uno de los colectivos más destacados por las sucesivas recomendaciones del Pacto de Toledo, las personas discapacitadas.

### II. Las recomendaciones del Pacto de Toledo 2003 sobre trabajadores discapacitados

De manera genérica, las recomendaciones del Pacto de Toledo de 2003 destacaron el avance logrado en el sistema de jubilación gradual y flexible por la aprobación de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible; al mismo tiempo, se resaltó que para determinadas formas de trabajo o determinados colectivos por razón de su actividad o por su grado de discapacidad se deberían introducir reducciones de edad o particularidades en la pensión de jubilación.

Ese mismo año se aprobó el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía<sup>1</sup>; y unos años después, el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la edad de jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento<sup>2</sup>; disposiciones todas ellas en línea con las directrices marcadas por el Pacto de Toledo de 2003 para reducir la edad para el acceso a la pensión de jubilación de las personas discapacitadas.

### III. La normativa sobre la anticipación de la edad de jubilación de los trabajadores con discapacidad

A) La Disposición adicional primera de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de Medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, modificó el art. 161.2, párrafo segundo<sup>3</sup>, del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social –en adelante TRLGSS–, a consecuencia de la misma, la edad ordinaria de acceso a la pensión de jubilación (los 65 años) podía reducirse para los trabajadores minusválidos que acreditasen un grado de minusvalía igual o superior al 65%. Su puesta en práctica se realizó a través del Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía<sup>4</sup>.

El colectivo al que abarca el coeficiente reductor de la edad de jubilación<sup>5</sup> son los trabajadores por cuenta ajena que realicen una actividad re-

1 BOE núm. 304 de 20.12.2003.

2 BOE núm. 307 de 22.12.2009.

3 En la actualidad hay un art. 161 y un art. 161.bis del TRLGSS, a consecuencia de las reformas introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, con lo que la redacción a la que se alude en el texto no se encuentra en vigor.

4 Para profundizar sobre esta norma vid. M.<sup>a</sup> ANTONIA PÉREZ ALONSO: <<Las últimas reformas en las pensiones de Seguridad Social y en el RETA>>, Aranzadi Social 5/2004.

5 La edad de acceso a la jubilación se reduce en un período equivalente al que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado unos coeficientes, y siempre que durante los períodos de trabajo realizado se acredite un determinado grado de minusvalía. Con un grado de discapacidad igual o superior al 65%, el coeficiente a aplicar a

tribuida y que durante la misma acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 65%, siempre que se encuentren incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, el Régimen Especial Agrario; el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar o el Régimen Especial de la Minería del Carbón. En todo caso, del periodo trabajado se descuentan todas las faltas al trabajo en que hubieren incurrido los trabajadores afectados, salvo las que se indican en el art. 4 del Real Decreto 1539/2003. Ahora bien, con la finalidad de evitar que la reducción de la edad de jubilación perjudicara a las cotizaciones realizadas por los trabajadores, conforme al art. 5 del Real Decreto 1539/2003, el tiempo en que se vea reducida la edad de jubilación por la aplicación de los coeficientes reductores se computará como cotizado, a los solos efectos de concretar el porcentaje aplicable sobre la base reguladora para calcular el importe de la pensión de jubilación correspondiente.

B) El art. 3.Tres de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social<sup>6</sup> incorporó el art. 161.bis al TRLGSS, que establece la posibilidad de rebajar por Real Decreto la edad de jubilación para las personas con discapacidad igual o superior al 65% o para las que tuvieren un grado de discapacidad igual o superior al 45 % siempre que, en este último supuesto, se tratase de discapacidades reglamentariamente determinadas, en las que concurrieran evidencias que determinaran de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas.

Mientras el adelanto de la edad de jubilación para las personas con alguna discapacidad igual o superior al 65% ya había sido puesto en práctica con la aprobación del RD 1539/2003; el referido a las discapacidades iguales o superiores al 45% se concreta con la aprobación del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la edad de jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento.

Conforme al RD 1851/2009 podrá solicitar la jubilación anticipada cualquier persona trabajadora por cuenta ajena o por cuenta propia, in-

---

la edad de jubilación es del 0,25, coeficiente que se incrementa al 0,50 cuando se acredite que, además, precise la persona discapacitada de la asistencia de otra persona para los actos esenciales de la vida.

6 BOE núm. 291 de 5.12.2007.

cluidas las de cualquier régimen que integre la Seguridad Social; que cumplan con los siguientes requisitos<sup>7</sup>:

- 1) Que acrediten que a lo largo de su vida laboral han trabajado un tiempo efectivo equivalente, al menos, al período mínimo de cotización que se exige en cada régimen para acceder a la pensión de jubilación.
- 2) Las discapacidades de los trabajadores deberán ser algunas de las que se relacionan en el art. 2 RD 1851/2009, siendo las siguientes:

NÚM.	TIPO DE DISCAPACIDAD	CAUSA DE LA DISCAPACIDAD
1	DISCAPACIDAD INTELECTUAL (ANTES RETRASO MENTAL)	-
2	PARÁLISIS CEREBRAL	-
3	TRASTORNOS DE ESPECTRO AUTISTA	-
4	ANOMALÍAS CONGÉNITAS SECUNDARIAS A TALIDOMIDA	-
5	SÍNDROME POSTPOLIO	-
6	ANOMALÍAS GENÉTICAS	1.º SÍNDROME DE DOWN. 2.º SÍNDROME DE PRADER WILLI. 3.º SÍNDROME X FRÁGIL. 4.º OSTEOGÉNESIS IMPERFECTA. 5.º ACONDROPLASIA. 6.º FIBROSIS QUÍSTICA. 7.º ENFERMEDAD DE WILSON.
7	DAÑO CEREBRAL (ADQUIRIDO)	1.º TRAUMATISMO CRANEOENCEFÁLICO. 2.º SECUELAS DE TUMORES DEL SNC, INFECCIONES O INTOXICACIONES.
8	ENFERMEDAD MENTAL	1.º ESQUIZOFRENIA. 2.º TRASTORNO BIPOLAR.
9	ENFERMEDAD NEUROLÓGICA	1.º ESCLEROSIS LATERAL AMIOTRÓFICA. 2.º ESCLEROSIS MÚLTIPLE. 3.º LEUCODISTROFIAS. 4.º SÍNDROME DE TOURETTE. 5.º LESIÓN MEDULAR TRAUMÁTICA.

- 3) Las discapacidades mencionadas se tendrán que haber determinado durante un tiempo equivalente al período mínimo de cotización con un grado de discapacidad igual o superior al 45%.
- 4) Deberán de tener cumplidos, al menos, 58 años de edad.
- 5) En el momento del hecho causante deberán de encontrarse en alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social o en alta asimilada.

<sup>7</sup> Para profundizar los requisitos, vid. M.<sup>a</sup> D. RUBIO DE MEDINA: <<La anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad igual o superior al 45%>>, Información Laboral núm. 5/2010.

Para evitar desvirtuar el acceso de las personas discapacitadas a la pensión de jubilación, se establece peculiaridades tanto en el computo del tiempo de trabajo como en el cálculo de la pensión. Respecto a las primeras, porque se descontarán todas las ausencias producidas en el trabajo, salvo las que se produzcan por las causas indicadas en el art. 4 RD 1851/2009; y en lo que se refiere a las segundas por que, al igual que en el RD 1539/2003, el tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación se computará como cotizado, exclusivamente para determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora que proceda conforme al régimen aplicable –art. 7 RD Decreto 1851/2009.

#### IV. El Pacto de Toledo 2010

##### A) Recomendaciones del Pacto de Toledo

De la totalidad de las recomendaciones, se destaca la núm. 15 que trata precisamente sobre la discapacidad, parte de la creencia que el sistema de Seguridad Social deberá contribuir con mayor intensidad a la inclusión de personas discapacitadas, incrementando su nivel de protección tanto sobre estas personas como sobre sus familiares; lo que concreta, entre otras cuestiones, en la anticipación de la edad de jubilación para los trabajadores con tipos de discapacidad que tengan menor esperanza de vida. Incide en que el sistema de Seguridad Social no puede imponer trabas para el acceso al empleo de calidad de las personas con discapacidad, estas disposiciones tendrán que compatibilizarse con el tránsito de medidas pasivas a medidas activas de inserción en el mercado de trabajo. En lo que se refiere a las pensiones por incapacidad permanente, establecen la posibilidad de compatibilizarlas con el trabajo mediante fórmulas que erradiquen la incompatibilidad entre el trabajo y la pensión. Disponiendo, finalmente, que cuando el pensionista de incapacidad llegue a la edad de jubilación tendrá que regirse por los mismos criterios de compatibilidad o incompatibilidad que se establezcan con carácter ordinario.

##### B) Documento sobre revisión del Pacto de Toledo elaborado por el Gobierno

Este documento se publicó en la Web del Ministerio de Trabajo e Inmigración<sup>8</sup> como aportación a los trabajos de la Comisión Parlamentaria

---

8 El documento lleva la fecha del 29.1.2010 y se encuentra disponible en:  
[http://www.seg-social.es/Internet\\_1/LaSeguridadSocial/DocumentacionGeneral/PactoToledo/index.htm](http://www.seg-social.es/Internet_1/LaSeguridadSocial/DocumentacionGeneral/PactoToledo/index.htm)

del Pacto de Toledo con la pretensión de iniciar el debate que culminará con la introducción de medidas destinadas a fortalecer la protección social. Básicamente incide en el impacto que tendrá en la Seguridad Social el envejecimiento de la población, mencionando como hitos la entrada de la mujer en el trabajo, la normalización de los extranjeros a partir de 2004, el control de la incapacidad temporal y el superávit de la Seguridad Social; de manera concreta se refiere a las personas discapacitadas:

- 1) Indirectamente en el apartado 3 que trata sobre la “previsión social complementaria”. Su literal observa que “el sistema público cubre de forma muy satisfactoria a la inmensa mayoría de los trabajadores por cuenta ajena, y de forma menos intensa a los trabajadores por cuenta propia, la previsión social complementaria, a través de los instrumentos individuales no ha alcanzado una penetración suficiente en los colectivos excluidos del mercado de trabajo (amas de casa, personas con discapacitadas con graves problemas de inclusión laboral...)”; observando que en el caso de la personas discapacitadas la regulación de los patrimonios protegido no ha alcanzado el nivel de penetración que sería deseable. Obsérvese que su mención a las personas discapacitadas se relaciona con aquéllas que no están insertadas en el mercado de trabajo, por lo que no se tienen en cuenta las particularidades de los trabajadores discapacitados que si han logrado acceder al mercado de trabajo y que cotizan a la Seguridad Social.
- 2) Indirectamente en el apartado 10 titulado “prestaciones: incapacidad” puesto que tampoco se hacen referencia expresa a las personas discapacitadas activas en el mercado laboral. Esto ocurre, por ejemplo cuando indica que la incapacidad temporal “es el refugio que buscan, a veces, desesperadamente, familias que necesitan dedicarse al cuidado de seres queridos que padecen graves dolencias. Una prestación que, con los controles y garantías debido, fomentara la reducción de la jornada para el cuidados de familiares, compensando en una parte suficiente las pérdidas de renta, podría hacer innecesario, el recurso indebido de otras prestaciones”; igualmente, observa, ya situándose en una posición activa de inserción de las personas discapacitadas en el mercado laboral, que las personas con incapacidad absoluta o gran invalidez, cumplidos los 65 años de edad pueden compatibilizar la pensión con el trabajo a tiempo completo, considerando que esto no es acertado, por lo que propone que deberían de tener el mismo tratamiento que los pensionistas por jubilación.

### C) El proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social<sup>9</sup>

Se presentó por el Consejo de Ministros el día 25.3.2011 y recoge tanto las recomendaciones del Pacto de Toledo como las disposiciones del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones firmado el 2.2.2011, entre el Gobierno y los Agentes Sociales. El proyecto se articula sobre la sostenibilidad económica de la Seguridad Social, especialmente sobre el principio de contributividad, al potenciarse mayor relación entre lo que se cotiza y la pensión que va a corresponder a una persona en función de las cotizaciones realizadas a lo largo de su vida laboral.

El proyecto alude a la progresiva disminución del período de la actividad laboral por la prolongación de los estudios de los jóvenes que retrasan su entrada en el mercado de trabajo y porque la participación de los mayores de 50 años en el sistema sigue siendo insuficiente. Esta reforma que pretende entrar en vigor el 1.1.2013 en su mayor parte y que tiene un largo periodo de aplicación transitoria que concluirá en 2027, introduce novedades relevantes en materia de pensiones de jubilación, destacándose, entre otras, las siguientes:

- 1) Se elevará progresivamente la edad de jubilación hasta los 67 años.
- 2) Se tendrá que cotizar un mínimo de 37 años para tener derecho al 100% de la base reguladora de la pensión de jubilación.
- 3) Se exonerará a los empresarios y trabajadores de la cotización a la Seguridad social, salvo por incapacidad temporal –y por contingencias profesionales para los autónomos- cuando tuvieren 65 años de edad y 38 años y 6 meses de cotización; o 67 años de edad y 37 años de cotización.
- 4) Se incrementarán los incentivos de prolongación de la edad de jubilación.
- 5) Regulará los supuestos anticipados de la pensión de jubilación antes de los 67 años: cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador (ciertos desempleados y mujeres víctimas de violencia de género)

---

9 Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes generales, Congreso de los Diputados, núm. 120-1, 1.4.2011; igualmente he utilizado como soporte para elaborar este apartado el documento “Una reforma para la garantía y mejora de las pensiones en España”. Consejo de Ministros de 25.11.2011, disponible en la Web: [http://www.tt.mtin.es/periodico/seguridadsocial/201103/SINTESIS%20REFORMA%2025-03-11-CM%20\(2\).pdf](http://www.tt.mtin.es/periodico/seguridadsocial/201103/SINTESIS%20REFORMA%2025-03-11-CM%20(2).pdf).

y por cese voluntario cuando las personas trabajadoras tuvieran un mínimo de 63 años cumplidos y 33 años como mínimo de cotización con el consiguiente porcentaje de reducción.

Ahora bien, entre las anticipaciones a la edad de jubilación no se citan las peculiaridades de las personas discapacitadas, como quiera que en las disposiciones derogatorias no se mencionan los RRDD 1539/2003 y 1851/2009, se considera que las reducciones recogidas en estas disposiciones continuarán en vigor.

- 7) Las mejoras específicas en materia de jubilación alcanzarán al cuidado de los hijos cuando supongan la interrupción de la carrera profesional del padre o la madre; para los trabajadores en actividades penosas, tóxicas, peligrosas, insalubres o con gran siniestralidad; y para los becarios. En consecuencia, las personas discapacitadas si cumplen estos requisitos podrán beneficiarse de estas mejoras, pero no por tener específicamente la consideración de persona discapacitada.
- 8) Se incrementará de los 15 a los 25 años el periodo de cálculo de la base reguladora.
- 9) En lo que se refiere a la escala aplicable a la pensión de jubilación; con un mínimo de 15 años de cotización le corresponderá el 50%, porcentaje que se incrementará hasta el 100% cuando tuviere 37 años cotizados.
- 10) La Base reguladora de la pensión de jubilación contributiva será el cociente que resulte de dividir por 350 las bases de cotización de beneficiarios durante los 300 meses anteriores al hecho causante. Para evitar perjuicios a los posibles beneficiarios, se aplicará un incremento gradual desde el 1.1.2003 que parte del resultado de dividir por 224 las bases de cotización durante los 192 meses inmediatamente anteriores al mes previo al de hecho causante hasta el 1.1.2022, en que se aplicará el coeficiente del 350 de las bases de cotización durante los 300 meses anteriores al hecho causante.  
Aunque se plantean fórmulas para suplir las lagunas de cotización en aplicación de los principios de contributividad y solidaridad, ninguna de ellas hace referencia específica a las personas con discapacidad.
- 11) La pensión de incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez será incompatible con el trabajo que determinara su inclusión en alguno de los regímenes de la seguridad Social a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación.

## V. Conclusiones

Como quiera que, por un lado es frecuente que las personas discapacitadas retrasen su edad de acceso al mercado de trabajo por sus dificultades para encontrar un trabajo adecuado y/o un empresario dispuesto a contratarlas; y por otro, tienen más dificultades para permanecer activos en el mercado laboral (por ejemplo, bajas laborales, episodios de incapacidad temporal, etc.) y que los efectos de la crisis conlleven que los empleos a los que normalmente pueden acceder una gran parte de las personas discapacitadas sean apetecidos por personas no discapacitadas, nos encontramos ante una serie de factores que conllevan que la carrera de cotización a la Seguridad Social de estas personas sea sensiblemente más corta que la de las personas no discapacitadas. Si a esto añadimos que por la anticipación de la edad de la edad de jubilación a consecuencia de las disposiciones legislativas mencionadas, su período como personas trabajadoras resulta muy corto aunque se recojan los años de anticipo como si hubieran cotizado, nos encontramos con que incrementar hasta los 67 años para tener derecho al 100% de la Base Reguladora y el hecho de que se pase de los 15 a los 25 años el período de cálculo de la base reguladora, tienen efectos negativos para los trabajadores discapacitados, que no van en línea con las recomendaciones que para este colectivo se han realizado de manera muy genérica en el Pacto de Toledo.

Es necesario, pues, que se prevean otras medidas complementarias para evitar que estos colectivos tengan unas pensiones de jubilación muy bajas derivadas de su menor tiempo de permanencia activa en el mercado de trabajo, y que vayan más allá de las medidas previstas en el citado art. 5 del RD 1539/2003 que dispone que el tiempo en que se vea reducida la edad de jubilación por la aplicación de los coeficientes reductores se computará como cotizado, a los solos efectos, de concretar el porcentaje aplicable sobre la base reguladora para calcular el importe de la pensión de jubilación correspondiente; o que el tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación se computa como cotizado, exclusivamente para determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora que proceda conforme al régimen aplicable –art. 7 del Real Decreto 1851/2009. Medidas complementarias, que como se ha expuesto, no se recogen en el actual proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.



# Capítulo 17

## La prejubilación y el acuerdo social y económico de 2 de febrero de 2011, desde el punto de vista del Derecho Positivo de la Seguridad Social actualmente vigente en España

---

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad de A Coruña*

1. La reciente firma, el pasado 2 febrero del año corriente, del autodenominado «Acuerdo Social y Económico», en el que fueron partes suscriptoras las confederaciones patronales CEOE y CEPYME, las confederaciones sindicales CCOO y UGT, así como el Gobierno de la Nación —este último acuciado por la necesidad de esquivar los ataques especulativos a España, procedentes de lo que todo el mundo denomina con calculada ambigüedad «los mercados»—, permite analizar dicho Acuerdo de concertación de carácter tripartito, también desde el punto de vista de la «prejubilación»<sup>1</sup>. Es cierto que la palabra que nos interesa no aparece utilizada en este Acuerdo, aunque también lo es que contiene dos implícitas alusiones a dicha institución jurídica tan polémica, en los siguientes términos, a saber: de un lado, la relativa a que «se mantendrán las condiciones de acceso a la jubilación anticipada previas a la suscripción de este Acuerdo a todas las personas con relación laboral suspendida o extinguida, como consecuencia de compromisos adoptados en expedientes de regulación de empleo o

---

1 Cfr. pág. 9 del Acuerdo en cuestión.

por medio de Convenios Colectivos y/o acuerdos colectivos de empresa, aprobados o suscritos con anterioridad a la firma de este Acuerdo»<sup>2</sup>; y de otro lado, complementando la anterior, la relativa a que «singularmente se mantendrán las condiciones de acceso a la jubilación anticipada previas a la suscripción de este acuerdo a todas las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en EREs o por medio de convenios colectivos y/o acuerdos colectivos de empresa, así como decisiones de procesos concursales aprobados o suscritos con anterioridad a la firma de este acuerdo, incluso para las personas que tengan comprometida su salida para un momento posterior a la firma del mismo»<sup>3</sup>. Aunque pretendan salvaguardar derechos adquiridos —al modo de los tenores literales usualmente enlatados en las disposiciones transitorias de las Leyes—, realmente estas dos referencias al tema de la «prejubilación» saben a poco (e incluso, saben mal), si es que se tiene en cuenta el Derecho positivo actualmente vigente en España sobre el propio tema, que está pidiendo un revival a gritos, y que paso a exponer en sus líneas esenciales —que no son desde luego líneas del año de la polka—, seguidamente.

2. En efecto, en materia de «prejubilación» se ha producido recientemente un acontecimiento trascendental en España, pues —con fecha de efectos 1 enero 2008— dicha palabra del lenguaje usual ha dejado de ser un término exótico para las estructuras de nuestro ordenamiento jurídico-laboral y de seguridad social, al pasar a incorporarse al vocabulario de una de las Leyes que sostienen dichas estructuras. Más en concreto, la palabra en cuestión —que continúa resultando exótica tanto para el Estatuto de los Trabajadores como para la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, ambas asimismo Leyes estructurales<sup>4</sup>—, a partir de esa fecha, se ha incorporado a la terminología de nuestra vigente Ley General de Seguridad Social de 1994, mediante una operación de ingeniería legislativa consistente en lo siguiente: 1) el antiguo párrafo segundo del apartado 3 del artículo 161 de la Ley General de Seguridad Social ha cambiado de sitio, pasando a ubicarse en el nuevo artículo 161.bis, apartado 2, párrafo segundo, de la propia Ley; 2) con este traslado, la norma vieja ha perdido cuatro palabras («durante al menos» y «anual»); y 3) esta pérdida se ha compensado con el

2 *Ibidem.*

3 Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 18-20.

4 Según su disposición final sexta, «la presente Ley entrará en vigor el día 1 del mes siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, salvo su disposición adicional cuarta que lo hará el día siguiente al de dicha publicación».

injerto de siete nuevas palabras, una de las cuales es precisamente «prejubilación». Si se lee a palo seco este nuevo párrafo, su contenido resulta casi cabalístico, pues afirma ahora que «los requisitos exigidos en los apartados b) y d) no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social». De ahí la necesidad de contextualizarlo todo, poniendo de relieve que dicha operación de ingeniería legislativa fue llevada a cabo por la Ley 40/2007, de 4 diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, que entró en vigor el citado 1 enero 2008<sup>5</sup>. Una Ley apoyada —como todas las de reforma reciente de nuestro sistema de seguridad social— en las recomendaciones del popularmente llamado «Pacto de Toledo»<sup>6</sup>, pero también pensada para excitar a colectivos muy importantes de electores —por ejemplo, parejas de hecho<sup>7</sup> y mayores que pasaron a ser laboralmente pasivos antes de 1 enero 2002<sup>8</sup>—, en vista de la celebración de las elecciones generales que iban a tener lugar en marzo de 2008. En cualquier caso, se trata de una reforma a calificar de tímida. Lo prueba el hecho de que el nuevo artículo 161.bis, apartado 2, párrafo segundo, de la Ley General de Seguridad Social diseñe un concepto de «prejubilación» muy estricto, que paso a exponer seguidamente.

3. Este concepto se refiere, ante todo, al hecho de que la «prejubilación» es una situación que precede a la de jubilación anticipada general, que regulan los párrafos primero, tercero y cuarto del apartado 2 del propio artículo 161.bis de la Ley General de Seguridad Social (recuérdese que el párrafo segundo es justamente el que trata de la «prejubilación»). Este anclaje lo evidencian las treinta y tres primeras palabras de este párrafo segundo, pues —sobre la base de que dicha jubilación anticipada general exige que el jubilado cumpla cuatro requisitos, ordenados por letras [de

5 Cfr. su Preámbulo, párrafo segundo.

6 *Ibidem*, párrafo octavo.

7 *Ibidem*, párrafo sexto.

8 Los cuatro constan explicitados en el párrafo primero del apartado 2 del precepto.

la a) a la d)]<sup>9</sup>— resulta que dichas treinta y tres palabras afirman que «los requisitos exigidos en los apartados b) y d) no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación», abone al trabajador las cantidades de que luego se hablará. Este hecho permite conseguir un perfil, de momento un poco difuso, de lo que sea un trabajador «prejubilado», pues si el trabajador anticipadamente jubilado —con arreglo siempre a este concreto precepto— tiene que haber cumplido «los sesenta y un años de edad»<sup>10</sup>, parece entonces que el legislador apunta a que el trabajador «prejubilado» debe ser menor de esos sesenta y un años.

4. El legislador parece apuntar, además, a que la concreta situación de «prejubilación» que aquí regula está concebida, en principio, para durar sólo dos años —en consecuencia, el «prejubilado» ideal podría comenzar a estarlo al cumplir cincuenta y nueve años—, puesto que las ochenta palabras restantes del párrafo clave están construidas sobre la idea de que el empresario abone al trabajador «prejubilado» determinadas cantidades, precisamente durante esos dos años. En efecto, el resto del tenor del párrafo segundo del apartado 2 del citado artículo 169.bis —exactamente, ochenta palabras— se refiere a que el empresario «haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social». Aunque se trate de una afirmación antipática, se trata de cantidades respecto de las cuales cabe que la Administración pública —bien del Estado, bien de las Comunidades Autónomas— proyecte sobre ellas su política de fomento.

5. En nuestra opinión, además de estar anclada a la jubilación anticipada general, cabe también la vinculación de nuestra «prejubilación» a la jubilación anticipada especial, que aparece regulada en la disposición transitoria tercera de la Ley General de Seguridad Social. No nos parece pura coincidencia que la citada Ley 40/2007, además de crear el artículo 161.

9 Cfr. su artículo 3, apartado cinco.

10 Con muchos matices sobre este tema, véase J. CABEZA PEREIRO, «Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2004), pág. 209.

bis de la Ley General de Seguridad Social, procediese asimismo a retocar el tenor de la disposición transitoria tercera de esta última<sup>11</sup>. Sobre esto, razonaremos con más detalle dentro de un momento —a propósito del carácter voluntario de la «prejubilación»<sup>12</sup>—, limitándonos a apuntar de momento que este nuevo anclaje de la prejubilación da lugar a un perfil sociológico de «prejubilado» un poco más joven que el que antes describimos, aunque también es cierto que tiene sus días contados. En efecto, téngase en cuenta que los trabajadores anticipadamente jubilados a que se refiere la disposición transitoria tercera de la Ley General de Seguridad Social son trabajadores que tienen que haber cumplido sesenta años («podrán causar el derecho a la pensión de jubilación a partir de los sesenta años»)<sup>13</sup>. De ahí, manteniéndose la duración ideal de dos años de la «prejubilación», que este otro trabajador «prejubilado» ideal pueda comenzar a serlo cuando cumple la edad de cincuenta y ocho años.

6. En nuestra opinión y haciendo un esfuerzo de acribia, de las ciento trece palabras de que se compone el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 161.bis de la Ley General de Seguridad Social, las más importantes y decisivas son sólo cuatro, las siguientes: «contrato individual de prejubilación». Se trata de un contrato individual (esto es, entre empresario y trabajador individual) de naturaleza claramente extintiva, puesto que el precepto afirma que el empresario se compromete a abonar determinadas cantidades al trabajador «prejubilado», en virtud de este concreto contrato, precisamente —aquí está lo importante— «tras la extinción del contrato de trabajo». Esto permite encajar el «contrato individual de prejubilación» en la causa extintiva del contrato de trabajo contemplada en la letra a) del apartado 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, relativa al «mutuo acuerdo de las partes» de carácter extintivo (o mutuo disenso o desistimiento)<sup>14</sup>. Es claro, por tanto, que el trabajador «prejubilado» nunca tendría derecho a cobrar prestaciones por desempleo, dado el carácter rigurosamente voluntario de su cese definitivo en el trabajo<sup>15</sup>. Y esto es lo que permite comprender por qué razón, tras la suscripción del «contrato

11 Apartado 1, norma 2ª, párrafo primero.

12 Con cita de jurisprudencia laboral unificada al respecto, anterior a la reforma legal de que venimos tratando, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 329 y nota 15.

13 Sobre esta exigencia general y de cajón, *ibidem*, págs. 172-173 y 175.

14 Cfr. su apartado 3 («siempre que reúnan los requisitos de *edad* y cotización contemplados en el citado apartado 1»).

15 Cfr., por ejemplo, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 enero

individual de prejubilación», el empresario debe abonar al «prejubilado» —recuérdese en «importe mensual» y «en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada»—, «la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo».

7. La imposibilidad de acceder desde una situación de no alta al cobro de la pensión de jubilación anticipada explica por qué razón, además de las citadas cantidades equivalentes a las prestaciones por desempleo, el empresario también debe pagar al «prejubilado» (mensualmente, durante dos años, etc.) «la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social». En efecto, téngase en cuenta: 1) que el trabajador «prejubilado», tras la extinción de mutuo acuerdo con el empresario de su contrato de trabajo, queda ante la Administración de la seguridad social en situación de baja, en principio; 2) que el artículo 161 de la Ley General de Seguridad Social —renumerado, en lo que aquí nos interesa, por la citada Ley 40/2007— permite, por excepción, causar el derecho a la pensión de jubilación ordinaria (esto es, al «haber cumplido [el beneficiario] sesenta y cinco años de edad»), aunque «los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta»<sup>16</sup>; y 3) que esta excepción viene siendo restrictivamente interpretada por la jurisprudencia laboral, negando al interesado precisamente el acceso a la pensión de jubilación anticipada, si es que no se encuentra en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta<sup>17</sup>. De ahí que el «prejubilado» deba destinar parte de lo percibido mensualmente de su antiguo empresario a suscribir el correspondiente convenio especial de permanencia con la Administración de la seguridad social, beneficiándose del hecho de que nuestra legislación considere situación asimilada a la de alta la de «la suscripción de convenio especial en sus diferentes tipos»<sup>18</sup>.

8. En nuestra opinión, la confirmación de este «deber» es algo que acabarán decidiendo —más temprano que tarde— nuestros tribunales

---

2003 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2004/1333), dictada en casación para la unificación de doctrina.

16 *Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2007/9229.

17 Acerca de estas supuestas «prejubilaciones» de carácter «forzoso», anteriores a la reforma legal que venimos comentando, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 328-329.

18 Artículo 36.1.6º de Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la seguridad social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 enero.

laborales, especialmente visto el papel que su jurisprudencia viene tradicionalmente jugando en materia de «prejubilación». Acerca de este papel, creemos incluso que la promulgación del concreto precepto de la Ley General de Seguridad Social, del que venimos tratando, viene a ser algo así como una reacción legal frente a cierta reiteradísima jurisprudencia de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, dictada en casación para la unificación de doctrina, a propósito sobre todo de «prejubilados» de Telefónica (que tenían sistemáticamente, además, la condición de «mutualistas» solicitantes de su pensión de jubilación anticipada a los sesenta años; en consecuencia, con una situación jurídica encajable en la vieja disposición transitoria tercera citada). Una de las últimas de esta serie de Sentencias es una de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 noviembre 2007<sup>19</sup>, en la que se confirma la imposibilidad de aplicar a uno de estos «prejubilados» los porcentajes de penalización atenuada —por tanto, más beneficiosos para el trabajador— contemplados tanto en el viejo artículo 161, apartado 3, de la Ley General de Seguridad Social, como en la vieja redacción de la disposición transitoria tercera de esta última, dado que dichos porcentajes atenuados se referían a «prejubilados» que hubiesen cesado «involuntariamente» en su trabajo, lo que en modo alguno ocurría en el caso enjuiciado, supuesto que: 1) el «prejubilado» demandante «cesó por contrato de prejubilación, de carácter voluntario»<sup>20</sup>; 2) se trataba de una «prejubilación alcanzada en el marco de medidas inscritas en el Convenio Colectivo»<sup>21</sup>; y 3) por último, en virtud de una de estas medidas, «durante los dos años anteriores a la jubilación..., la entidad Telefónica de España SA abonó al trabajador 15.279,35 euros en concepto de reintegro del Convenio Especial suscrito con la Seguridad Social»<sup>22</sup>.

9. Con carácter epilodal, cabe afirmar que poco más de dos años y medio es tiempo escaso como para poder enjuiciar objetivamente todas las luces y sombras de una institución tan compleja, como ésta que pretende regular el párrafo segundo del apartado 2 del nuevo artículo 161.bis de la Ley General de Seguridad Social. Creemos, sin embargo, que el precepto tiene virtudes, pero también algunos defectos, deducibles de cuanto acabamos de exponer, y que pasamos ahora a relatar —con ánimo conclusivo— muy sumariamente. Ante todo, nos parece positivo que la institución

19 Aranzadi WESTLAW, referencia RJ 2007/9229.

20 Cfr. Fundamento de Derecho primero, párrafo segundo.

21 Cfr. Fundamento de Derecho segundo, párrafo tercero.

22 Cfr. Fundamento de Derecho primero, párrafo primero.

de la «prejubilación» haya pasado a estar regulada expresamente, por vez primera, en una de las Leyes conformadoras de la estructura de nuestro ordenamiento jurídico laboral y de seguridad social, en línea con lo que sucede en países culturalmente muy afines al nuestro; y además, que se haya clarificado jurídicamente el concepto de «prejubilación», expulsando de él instituciones que tradicionalmente se consideraban parte del mismo —por razones de sedación de la alarma social que siempre suponen los ceses masivos—, como los despidos colectivos de trabajadores mayores que todavía no han cumplido la edad de jubilación anticipada, que a partir de ahora no podrán ser considerados «prejubilados», sino simplemente lo que son, esto es, trabajadores mayores con contrato de trabajo extinguido en virtud de expedientes de regulación de empleo<sup>23</sup>. Nos parece negativo, en cambio, que a una institución tan importante sólo se le dedique un párrafo de un apartado de un concreto precepto de nuestra Ley General de Seguridad Social, que sólo tiene ciento trece palabras; y también, la falta de imperatividad del párrafo en cuestión, puesto que no impide situaciones de «prejubilación» que puedan durar más de dos años, acreditándolo así la todavía muy incipiente jurisprudencia laboral que viene suscitando la aplicación e interpretación de un precepto tan importante. En el fondo, siempre nos ha parecido —y todavía nos sigue pareciendo, incluso tras la entrada en vigor del precepto en cuestión— que en el tema de las jubilaciones anticipadas, al que inexorablemente está encadenado este otro de la «prejubilación», late una cierta dosis de hipocresía en nuestra Administración de Seguridad Social, al convenirle a la «caja única» la existencia de trabajadores «prejubilados» e imperiosamente necesitados de jubilarse anticipadamente, y que —por ello mismo— pasarán a percibir con carácter vitalicio pensiones de jubilación muy disminuidas, si es que su cuantía se compara con las que percibirían de haberse jubilado ordinariamente.

---

23 Acerca de estas supuestas «prejubilaciones» de carácter «forzoso», anteriores a la reforma legal que venimos comentando, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 328-329.

# Capítulo 18

## La prejubilación y el acuerdo social y económico de 2 de febrero de 2011, desde el punto de vista del derecho comunitario y comparado europeo de la Seguridad Social

---

ALBERTO ARUFE VARELA  
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad de A Coruña*

1. En mi opinión, resulta especialmente excitante y motivador proceder a estudiar las instituciones jurídicas laborales y de seguridad social, usualmente tan trufadas de análisis nacional-endogámicos, también desde la perspectiva del Derecho comparado, que —como desde finales del siglo XIX proclama nuestro Código Civil, en un precepto cubierto de polvo (y por ello mismo, de tenor casi olvidado)— es verdadero factor de progreso<sup>1</sup>. De ahí que me haya animado a tratar brevemente la institución de la «prejubilación» —de inequívoca naturaleza laboral, pero también con fortísimas repercusiones sobre el Derecho de la Seguridad Social, hasta el punto incluso de que la única referencia expresa a la misma en nuestra legislación social estructural, aparece contenida precisamente en la Ley General de Seguridad Social (más en concreto, en su artículo 161.bis, apartado 2, párrafo segundo)—, desde la perspectiva iuscomparatista (tomando esta expresión en sentido amplio, al efecto de incluir asimismo el Derecho

---

1 Respecto de su disposición adicional 3ª, véase A. ARUFE VARELA, *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2007), pág. 15.

de la Seguridad Social de la Unión Europea)<sup>2</sup>. Y todo ello, sobre la base de que el reciente «Acuerdo Social y Económico», firmado en Madrid el 2 febrero próximo pasado por los interlocutores sociales más representativos a nivel estatal y el Gobierno de la Nación, no sólo regula de algún modo el tema de la «prejubilación», sino también sobre la base de que este mismo «Acuerdo» igualmente contiene sus referencias a lo que inequívocamente cabe identificar como verdadero «Derecho comparado». De entre las diversas referencias a este último contenidas en él<sup>3</sup>, hay una frontalmente referida al Derecho de la Seguridad Social, en los siguientes términos: «la reforma de la sostenibilidad del sistema pasará además por reforzar su universalidad a través de los sistemas complementarios, desarrollados en los países de nuestro entorno con muchas más intensidad que en España»<sup>4</sup>. Pues bien, con este telón de fondo, pienso que el Derecho comunitario y el Derecho comparado europeo, si referido a países iuscomparativamente muy significativos, permiten extraer enseñanzas y conclusiones, también en este asunto de la «prejubilación», resultando evidente que ni unas ni otras han sido aprovechadas por el Gobierno y los interlocutores sociales en ese tan reciente «Acuerdo».

2. En lo tocante al Derecho de la Unión Europea, me parece claro que nuestro Derecho positivo de la Seguridad Social está pidiendo casi a gritos —si es que se compara con él— una regulación at large y estructural de la «prejubilación», de la que ahora mismo carece. En efecto, hace ahora siete años se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 abril 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social<sup>5</sup>, que luego

2 Sobre él, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 293 y ss.

3 Las específicamente laborales son dos, las siguientes: la relativa a que «la tasa de empleo de los trabajadores entre 55 y 64 años de edad se sitúa actualmente en el 43,7 %, cinco puntos por debajo de la tasa de empleo de estos trabajadores en los países de la Unión Europea-15 y diecinueve puntos por debajo de nuestra tasa general de empleo, que es el 62,8 %» (cfr. su pág. 23, párrafo cuarto); y la relativa a que «con el objetivo de analizar el funcionamiento de instituciones similares que existen en otros países de nuestro entorno y su posible adaptación al sistema español de relaciones laborales para dotar a nuestro mercado de trabajo de mayor estabilidad en el empleo y una más sana movilidad laboral, las partes firmantes acuerdan la creación de un grupo de expertos integrado por 6 miembros que serán consensuados por los firmantes» (cfr. su pág. 24, párrafo sexto).

4 Cfr. pág. 6, párrafo quinto, inciso segundo, de este Acuerdo.

5 Diario Oficial de la Unión Europea L 166 de 30 abril 2004.

acabaría teniendo problemas bastante gruesos de entrada en vigor<sup>6</sup>, ya resueltos<sup>7</sup>. En esta Ley federal comunitaria, se afirma la necesidad de dotar a la «prejubilación» —por vez primera, en el ámbito del Derecho comunitario de la Seguridad Social— de algún tipo de regulación. Y ello —aunque «los regímenes legales de prejubilación sólo existen en un reducido número de Estados miembros»<sup>8</sup>—, con la finalidad de «garantizar la igualdad de trato y la posibilidad de transferencia de prestaciones de prejubilación, así como la concesión de subsidios familiares y de atención sanitaria a las personas de que se trate, en virtud de las disposiciones del presente Reglamento»<sup>9</sup>. La regulación del tema que efectúa esta norma me ha acabado pareciendo elemental y un poco primaria<sup>10</sup> —aun cuando se anime a ofrecer incluso una definición de lo que entiende por «prestaciones de prejubilación»<sup>11</sup>—, obedeciendo seguramente su timidez regulatoria al hecho de que la «prejubilación» no sea ninguna realidad jurídicamente uniforme, al menos en los Estados miembros que consideramos iuscomparativamente más significativos, como inmediatamente veremos.

3. Centrándonos en Estados miembros de la Unión Europea continental, y dentro de ella —por razones de metodología iuscomparatista, en la que creemos—, precisamente en los ordenamientos jurídicos de Francia, Italia, Alemania y Portugal<sup>12</sup>, arriesgamos la opinión de que estos cuatro

6 Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª ed., cit., pág. 296.

7 Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «Tendencias unificadoras de la gestión de la seguridad social. Un análisis de Derecho comparado europeo», en el volumen *El futuro europeo de la protección social*, Laborum (Murcia, 2010), pág. 331.

8 Cfr. su considerando 33.

9 *Ibidem*.

10 Cfr. su artículo 3, apartado 1, letra i), y su Capítulo 7 (rotulado «Prejubilación»), que sólo posee un artículo, a cuyo tenor «cuando la legislación aplicable supedita la concesión de prestaciones de prejubilación al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia, no se aplicará el artículo 8 [sobre “totalización de períodos”]» (artículo 66 [rotulado «Prestaciones»]).

11 Según su artículo 1, letra x), son «”prestaciones de prejubilación” todas las prestaciones en metálico, distintas de las prestaciones de desempleo y de las prestaciones anticipadas de vejez, concedidas a partir de una edad determinada, al trabajador que haya reducido, cesado o suspendido sus actividades profesionales hasta la edad en que pueda acogerse a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada, y cuyo disfrute no esté supeditado a la condición de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente» (medioinciso primero).

12 Acerca de nuestros planteamientos iuscomparatistas, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y

ordenamientos jurídicos nacionales pueden ser clasificados, desde el punto de vista de la «prejubilación», en tres familias distintas. En primer lugar, la relativa al ordenamiento italiano —siempre un poco caótico, en lo tocante a la regulación de los temas laborales y de seguridad social—, en el que se habla de «prejubilación [prepensionamento]»<sup>13</sup>, aunque esta institución italiana tiene su equivalente exacto en nuestra «jubilación anticipada» —pero no en lo que aquí, desde 1 enero 2008, se llama legalmente «prejubilación»—, poniéndolo incluso de relieve el hecho de que la última norma italiana reguladora del tema con carácter general, que es del año 2007<sup>14</sup>, hable con toda rotundidad de «jubilación anticipada [pensionamento anticipato]»<sup>15</sup>. En segundo lugar, la relativa al ordenamiento francés, donde lo que se regula es el «subsidio de prejubilación [allocation de préretraite]»<sup>16</sup>, como una modalidad más de los múltiples subsidios de desempleo existentes en Francia —regulados, aunque sorprenda, no en el Código francés de la Seguridad Social, sino en el Código francés del Trabajo<sup>17</sup>—, por lo que creemos que el referente iuscomparatista de esta institución francesa, en España, no es de nuevo nuestra recentísima «prejubilación», sino nuestro subsidio de desempleo para mayores de cincuenta y dos años, que algunos autores españoles denominan incluso «subsido de prejubilación»<sup>18</sup>. En tercer lugar, la relativa a los ordenamientos portugueses

---

A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social [Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law]*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), pág. XXI.

- 13 Poniendo de relieve lo fragmentario de la regulación de esta institución, véase F. FERNÁNDEZ PROL, «Rasgos esenciales de la prejubilación en Derecho italiano», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2004), págs. 297 y ss.
- 14 Se trata de la Ley núm. 247 de 24 diciembre 2007, sobre «Normas de aplicación del Protocolo de 23 julio 2007 sobre previsión, trabajo y competitividad para favorecer la equidad y el crecimiento sostenible, así como normas ulteriores en materia de trabajo y previsión social».
- 15 Cfr. su artículo 1, apartados 2, 3, 4 y 5.
- 16 Por ejemplo, en el artículo L. 5428-1, párrafo primero, del Código francés del Trabajo.
- 17 Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social [Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law]*, 2ª ed., cit., págs. 56 y 91.
- 18 Véase, por ejemplo, F. CAVAS MARTÍNEZ, «La reforma de la Seguridad Social 2007», *Aranzadi Social*, núm. 19 (2008), págs. 30 y ss.

y alemán, caracterizados ambos por poseer el común denominador de que las concretas prestaciones que nos interesan —denominadas, en Portugal, «prestación de prejubilación [prestação de pré-reforma]»<sup>19</sup>, y en Alemania, «prestaciones de prejubilación [Vorruhestandsleistungen]»<sup>20</sup>— son prestaciones siempre a cargo del empresario, equivalentes a una indemnización diferida en el tiempo, que en Alemania presupone la extinción del contrato de trabajo de trabajadores mayores («que han cumplido 58 años de edad [die das 58. Lebensjahr vollendet ... haben]»)<sup>21</sup>, mientras que en Portugal presupone, en cambio, que los trabajadores mayores («con edad igual o superior a 55 años [com idade igual ou superior a 55 anos]»)<sup>22</sup> ven suspendido su contrato de trabajo o parcialmente reducida su jornada<sup>23</sup>, percibiendo estas prestaciones hasta que se jubilen, al igual que sucede en Alemania. Evidentemente, estos últimos son nuestros parientes más directos, aun cuando la integración en la «familia» en cuestión exigiría, por la parte española, algo más que la pelada alusión al asunto de la «prejubilación» contenida en el artículo 161.bis, apartado 2, párrafo segundo, de la Ley General española de Seguridad Social.

---

19 Cfr. artículos 318 a 322 del Código del Trabajo (Código do Trabalho) de 2009 (aprobado por la Ley núm. 7/2009, de 12 febrero).

20 Reguladas en la Ley para la Promoción de las Prestaciones de Prejubilación (Ley de Prejubilación) [Gesetz zur Förderung von Vorruhestandsleistungen (Vorruhestandsgesetz)], o en abreviatura, VRG, de 13 abril 1984, últimamente modificada por Ley de 22 diciembre 2005.

21 Párrafo 1, apartado 1.

22 Artículo 318.

23 *Ibidem*.



# Capítulo 19

## Política institucional de la Unión Europea en materia de jubilación y el método abierto de coordinación

---

FRANCISCA MORENO ROMERO  
*Profesora del Título Propio “Experto en Seguridad Social”  
de la UCM y de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social  
en el Título Propio de “Detectives” en la UCM*

### I. Introducción

En materia de pensiones, Europa se enfrenta al denominado reto del envejecimiento, con un constante aumento de la longevidad –conseguida gracias a los grandes progresos en materia de salud y calidad de vida-, unas bajas tasas de natalidad y fertilidad y las transformaciones estructurales de la actual sociedad. Estas circunstancias, a groso modo, determinan la necesidad de una búsqueda urgente de soluciones de cara a los modelos de protección social existentes hasta ahora en el viejo continente.

Que los sistemas de pensiones se debían sanear y adecuar al archiconocido envejecimiento de la población europea era algo sabido por todos, sin embargo, esta circunstancia se ha agudizado en los últimos años dando una dimensión mayor aún a esta variable fundamental y con ello se ha dejado en evidencia las pocas medidas adoptadas o bien su escasa profundidad en el seguimiento e implementación de las líneas de trabajo marcadas para este ámbito por la Unión Europea.

Con la inminente llegada de las generaciones del baby boom a la edad de acceso a la jubilación (en la mayoría de los países europeos, dado que esta generación comienza tras la II Guerra Mundial, no así en España que se retrasa unos diez años), los Estados de la Unión Europea se han visto

forzados a iniciar el necesario camino de adaptación a las nuevas condiciones sociales contemplando, eso sí, las directrices marcadas por la Unión Europea.

Teniendo en cuenta el gran logro conseguido en la Europa actual con el aumento de la esperanza de vida (en la Unión Europea respecto de los últimos cincuenta años la esperanza de vida ha crecido en cinco años), ahora se enfrenta a dos retos, por un lado, un mayor número de años en los que la población jubilada es perceptora de la prestación y, por otro lado, que la edad de acceso al mercado de trabajo se ha retrasado de manera considerable, lo que puede hacer entender fácilmente los problemas de sostenibilidad de los sistemas de pensiones europeos.

Como se ha mencionado, la Unión Europea en el período aproximado de la última década ha ido determinando, fundamentalmente a través de Comunicaciones de la Comisión, cuáles eran las herramientas necesarias para afrontar las reformas necesarias para garantizar la sostenibilidad de los sistemas de pensiones.

Dos son las situaciones que han acelerado el necesario cambio: el reto demográfico y la llegada de la actual crisis que si bien no es definitiva, sí puede agravar los desafíos derivados del envejecimiento de la población<sup>1</sup>.

Este trabajo pretende mostrar la situación demográfica actual de la Unión Europea, las líneas de actuación contempladas por ésta, la aportación negativa de la crisis así como las principales líneas de tendencia futura, en la agenda del 2020.

## II. Datos de la realidad europea en materia de jubilación

### 1. Situación actual en la Unión Europea en relación con los factores demográficos

Para enfocar la situación poblacional existente en la Unión Europea en conexión con el sistema de pensiones se deben observar y tener en cuenta diversas variables, a saber: la primera, el progresivo y constante crecimiento de los beneficiarios que acceden a la jubilación, unido a un también constante aumento de los años en que disfrutan de la prestación, por razón del incremento de la esperanza de vida; en segundo término, la divergencia

---

1 Comunicación de la Comisión de 29 de abril de 2009 sobre el envejecimiento “Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE” (Informe 2009 sobre el envejecimiento demográfico).

entre la edad legal de jubilación establecida por los diversos países y la edad real en que ésta se produce. Analicemos ambas variables.

### *1.1 Crecimiento del número de beneficiarios de la pensión de jubilación y un mayor tiempo pensionable*

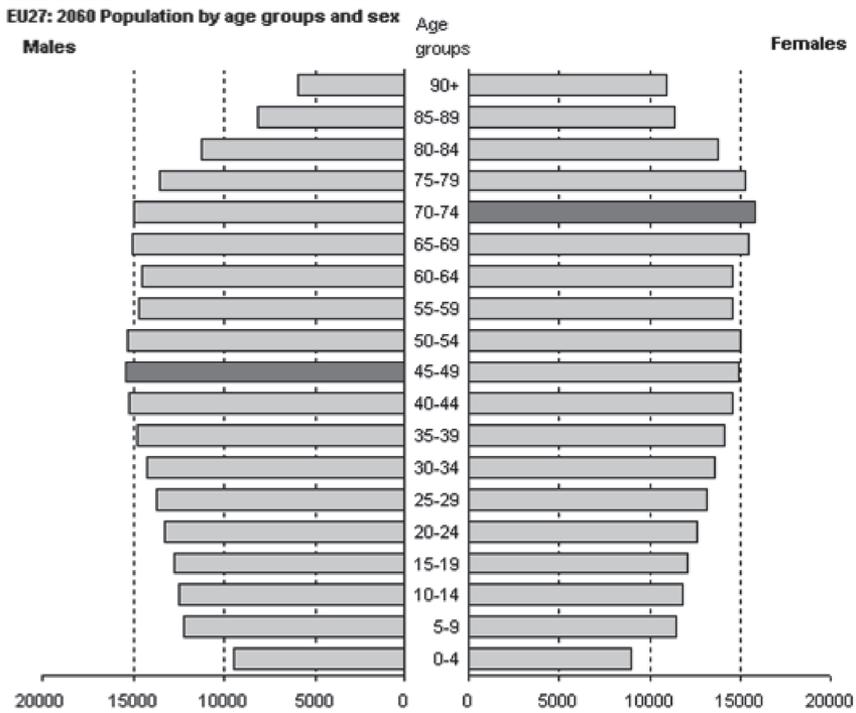
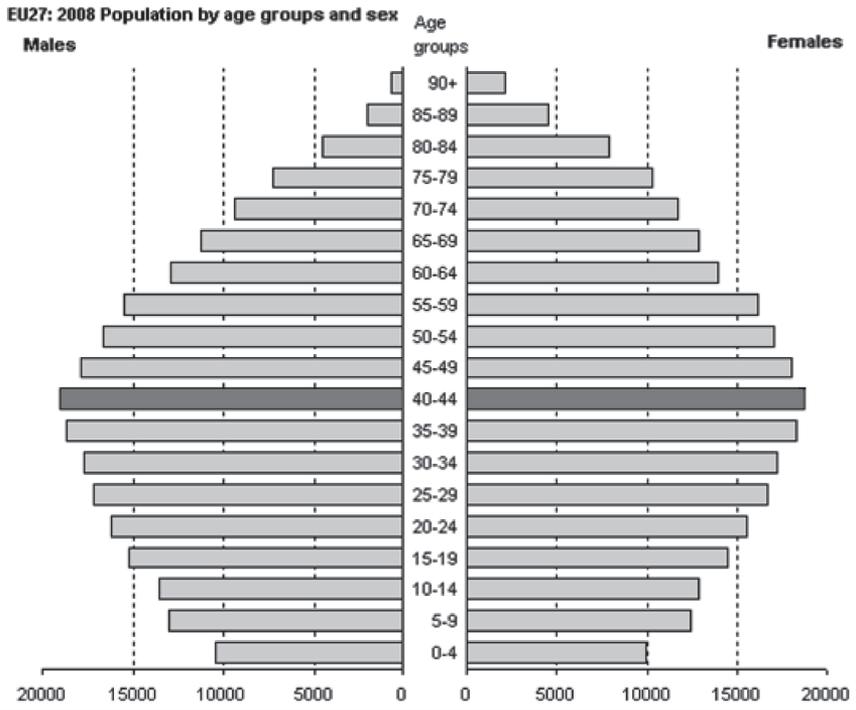
La esperanza de vida al nacer de la Unión Europea de los 27 se sitúa en 82 años para las mujeres y 75,8 años para los hombres. Algunos países europeos como España -con una esperanza de vida de 84,54 años para las mujeres y 78,21 años para los hombres- o Francia, superan estas expectativas. Esto conlleva un creciente disfrute temporal de la pensión respecto al periodo en el que se planificaron los actuales sistemas de pensiones. Incremento que se elevará aun más en el escenario paradigmático del año 2050.

Este incremento del número de años en los que los individuos perciben la pensión de jubilación se ve agravado en Europa por la llegada a la edad pensionable de las generaciones del baby boom -los nacidos después de la II Guerra Mundial, entre 1946 y 1964-, aumentando de manera considerable el número de perceptores. En España, sin embargo, estas generaciones llegarán algo más tarde, dado que nuestro país registra un mayor número de nacimientos, baby boom, entre los años 1957 y 1977, con lo que se retrasará aproximadamente diez años, manifestándose a partir de 2022.

Estas diferencias de las cohortes de población de la Unión Europea quedan reflejadas comparativamente respecto de la actualidad y el año 2060, como se recoge en los siguientes gráficos<sup>2</sup>:

---

2 Comunicación de la Comisión de 29 de abril de 2009 sobre el envejecimiento “Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE” (Informe 2009 sobre el envejecimiento demográfico) y “Anexes to the Interim EPC-SPC Joint Report Pensions”. Bruselas, 2010.



Todo lo dicho es suficiente para aproximarnos al escenario europeo y el denominado reto demográfico, no obstante, no son los únicos parámetros a tener en cuenta. Este reto se ve influenciado, a su vez, por una baja tasa de natalidad que no garantiza el relevo generacional en los términos exigidos para el adecuado mantenimiento del sistema. Es decir, si en la actualidad nuestros sistemas de pensiones se ven nutridos de suficientes activos -en concreto, cuatro por cada pensionista- respecto de la población pasiva y con ello la ratio activos-pasivos garantiza la financiación del sistema, los datos poblacionales recogidos así como la tasa de fertilidad europea (situada en 1,51 hijos por mujer en el año 2009), informan de que esa ratio pasará a ser de dos activos por cada pasivo en el año 2050, y por tanto con serias dificultades para su sostenibilidad.

### *1.2 La edad real de salida del mercado laboral*

Para finalizar este análisis genérico de la situación, no ha de pasarse por alto el importante dato de la edad real de salida del mercado de trabajo, la cual dista de forma sustancial de la edad legal establecida por los Estados para el inicio del disfrute de la jubilación. De hecho se ha convertido en un parámetro fundamental a tener en cuenta por las modificaciones a llevar a cabo en las pensiones dado su carácter esencial en la consecución de la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social europeos.

Las diferentes fórmulas de jubilación anticipada existentes en el panorama del mercado de trabajo europeo se han convertido en la principal razón de ese distanciamiento entre la denominada “edad real” y la “edad legal” de jubilación.

Esta es una realidad, más o menos generalizada que condiciona notablemente las políticas de reformas paramétricas. Posiblemente por ello, parece que las medidas reformistas de los sistemas de pensiones europeos deben ir encaminadas, entre otras cuestiones, a igualar las dos edades, y con ello conseguir dos objetivos: por un lado, un mayor número de años de cotización de los individuos al permanecer más tiempo activos, que garantiza una importante aumento de cotizaciones en los sistemas; por otro, un mayor impacto de las medidas encaminadas a potenciar la permanencia en activo o a elevar la edad de jubilación.

### III. Método abierto de coordinación: el camino marcado por la estrategia de Lisboa para incidir sobre la jubilación

La consagración de este Método Abierto de Coordinación se produjo con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, método aquél de naturaleza eminentemente político-administrativa y no creadora de Derecho. De hecho su principal característica es la huída que supone de la reglamentación del Derecho afrontando sus líneas de trabajo desde una perspectiva no vinculante jurídicamente.

La aproximación que realiza el Consejo Europeo de Lisboa a la figura del Método Abierto de Coordinación (a partir de ahora MAC), define este método como un “planteamiento totalmente descentralizado de acuerdo con el principio de subsidiariedad, en la cual la Unión, los Estados Miembros, los niveles regionales así como los interlocutores sociales y la sociedad civil, participarán activamente, mediante distintas formas de colaboración”. El recurso a “medidas difusas” permite una mayor flexibilidad y es el rasgo destacado que se presenta como la virtud última del método<sup>3</sup>. De esta forma la armonización se convierte en coordinación, lo cual conlleva, en principio, mayor dinamismo en su implementación, renovando constantemente sus mecanismos<sup>4</sup>.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su artículo

---

3 Cfr. JAIME CABEZA PEREIRO “Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo”, en VV.AA, *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2007, pp. 27-8: “En primer lugar, debe destacarse que pretende abordar dificultades concretas y no cuestionar concepciones políticas generales. Se trata de una aproximación a los problemas sumamente pragmática que pretende la apertura de nuevas vías para la mejora de resultados, las cuales merecen difundirse de unos sistemas a otros (...). Pero más allá de la simplificación mediante un punto de vista más analítico y secuencias, se evitan los problemas derivados de la difícil convivencia entre varias opciones políticas. Bajo el techo común de un método, pueden convivir en armonía autoridades gubernamentales y regionales de muy distinto color político, sin que el trasvase de pequeñas fórmulas de unas a otras produzca el rechazo propio de las opciones más complejas y generales”.

4 Cfr. S. REGENT, “The Open Method of Coordination: A New Supranational Form of Governance”, *ELJ*, 9, 2, 2003, p.191: “The OMC is not just a provision, but is, in addition, a process. It provides a soft framework for hard law interventions and has its own methods of sanctioning. It is flexible enough to be adapted to complex realities, but, at the same time, establishes a follow-up system that significantly limits the scope for circumvention. Its innovative character therefore also potentially provides a new model of governance”.

153.1 recoge todas las materias susceptibles de intervención por parte del método abierto de coordinación, dejando su propio espacio a otros ámbitos en los que prevalece la armonización como planteamiento, tesis que cobra mayor fuerza si tenemos en cuenta que la Agenda Social de la Comisión no hace referencia alguna a esta posibilidad y enmarca las actuaciones del método en el ámbito de la protección social.

La utilización que de este método se hace, tanto en el ámbito de la protección social como en el de la Seguridad Social, parece más bien encaminada a la concreta materia de pensiones, ya que es ésta la que parece haber absorbido la práctica totalidad de su puesta en marcha<sup>5</sup>.

Se viene entendiendo que el origen de la terminología, hoy en día una categoría consolidada en la jerga de la Unión Europea<sup>6</sup>, se encuentra en las Comunicaciones de la Comisión “Modernización y mejora de la protección Social en la UE”<sup>7</sup> de 1997 y “Una estrategia concertada para modernizar la protección social”<sup>8</sup> de 1999. Las Conclusiones de Lisboa que pusieron en marcha el método abierto de coordinación dedicaron uno de sus apartados íntegramente a esta cuestión, señalando la Presidencia que era “consciente de que la tarea puede afrontarse mejor mediante la cooperación”. En línea con esta afirmación, el Consejo Europeo formuló dos invitaciones que encajan perfectamente en el diseño del método. La primera era la consolidación de la cooperación entre los Estados miembros, intercambiando experiencias y buenas prácticas a partir de la mejora de las redes de información, que son los instrumentos básicos en este ámbito. La segunda se centraba en la preparación de un estudio por parte del Grupo de Alto Nivel para la Modernización de la Protección Social<sup>9</sup> sobre la evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo,

5 Cfr. V. PÉREZ MENAYO, “El método abierto de coordinación en la Unión Europea: su aplicación a las pensiones”, *NUE*, 222, 2003, p.58: “Si lo comparamos con el empleo, la protección social ha sido un *invitado de segunda categoría* en la política social del entorno comunitario en la última década. Parecía llegado el momento de que el debate que se estaba desarrollando a nivel nacional sobre los retos futuros y la necesidad de adecuar y modernizar los sistemas de protección social, también alcanzara el nivel europeo”.

6 Tanto es así que la base de datos SCADPLUS la considera como uno de los grandes apartados en los que se clasifica la actividad comunitaria en el ámbito de la protección social (excluida la inclusión social).

7 COM (97) 102 final.

8 COM (1999) 347 final.

9 Se transformó en el Comité de Protección Social por obra de la Decisión 2000/436/CE del Consejo.

debiendo prestar particular atención a la sostenibilidad de los sistemas de pensiones en los distintos marcos temporales.

A partir de un informe conjunto preparado por el Comité de Protección Social y por el Comité de Política Económica, claro ejemplo de la relación del método abierto con la política económica, el Consejo Europeo de Laeken de diciembre de 2001 señaló la necesidad de avanzar en “la adecuación de las pensiones, la sostenibilidad de los regímenes de pensión y su modernización y un mejor acceso a las pensiones complementarias”, marcando así objetivos de futuro<sup>10</sup>.

### III. Líneas de trabajo en base al método abierto de coordinación

En la reunión del Consejo de Europa, donde se puso en marcha la estrategia del método abierto – Lisboa, 2000- se establecieron tres pilares a partir de los cuales se estructurarían las líneas de trabajo: un primer pilar económico, marcado para conseguir una Europa más competitiva y dinámica; un segundo pilar social, que establece como meta la modernización del modelo social europeo mediante la formación y la eliminación de la exclusión social; y un tercer y último pilar, el medioambiental.

En el año 2005 se llevó a cabo un importante avance en el Método Abierto de Coordinación al unificar los procesos de actuación, pasando de los tres originales: la inclusión social, las pensiones y asistencia sanitaria y, por último, la dependencia, a un solo ámbito de actuación permitiendo con ello un trabajo más adecuado y una mejor y mayor visión global de la situación<sup>11</sup>.

Singularmente, en materia de pensiones se insiste en la necesidad de

10 Cfr. V. PÉREZ MENAYO, “El método abierto de coordinación en la Unión Europea: su aplicación a las pensiones”, cit., p.62: “Desde el principio de los debates, la mayoría de los EE.MM. se han pronunciado con cautela, aunque con intensidades diversas, para salvaguardar el principio de subsidiariedad y las competencias nacionales en materia de protección social. Esta apreciación tiene su propia lógica: frente a la Estrategia Europea de Empleo que cuenta con financiación comunitaria a través de los Fondos Estructurales (...) las políticas de protección social se financian con los presupuestos nacionales de cada Estado miembro, sin contribución financiera alguna”.

11 Para llegar a esta conclusión la Comisión solicitó a los Estados su participación en la evaluación de los trabajos realizados hasta ese momento en el marco de la Coordinación Abierta. Desde esos puntos de vista, se crearon nuevos objetivos comunes para reforzar este Métodos: el fomento de la cohesión social y la igualdad de oportunidades en el sistema de protección social y políticas sociales de inclusión, la interactua-

garantizar a todos los ciudadanos unos ingresos suficientes en el momento de su jubilación, que aseguren el mantenimiento de su nivel de vida en la medida de lo posible; de avalar la viabilidad financiera de los regímenes de pensiones, tanto públicos como privados, siempre sin perder de vista el principio de promoción de la prolongación de la vida laboral activa; así como de asegurar la información adecuada a quienes en el futuro accederán a los sistemas de pensiones. En este ámbito se promociona el reforzamiento tanto del principio de capitalización para los niveles privados, como del principio de relación entre cotizaciones y prestaciones en el ámbito público.

En 2008 la Comisión publica una nueva comunicación apoyando y reforzando el Método Abierto, donde vuelve a incidir en la necesidad de coordinar los esfuerzos de los distintos Estados en la aproximación de las reformas a realizar en el ámbito de las pensiones a las nuevas realidades sociales<sup>12</sup>, en la misma línea que ya se contemplaba en la Estrategia de Lisboa. Se basa en la constatación del éxito de la Estrategia Europea en relación a las actuaciones económicas y de empleo debido a la coordinación de los Estados en materia de reformas. No obstante, hay que tener en cuenta que en este momento aún no se había visualizado la crisis económica que en estos momentos está implantada en Europa.

### 1. Primer problema a abordar en materia de jubilación: el envejecimiento de la población

El 21 de mayo de 1999 se presenta en la Comisión de la Unión Europea, la Comunicación “Hacia una Europa para todas las edades”<sup>13</sup>, en la que se plantean los problemas que traerá consigo el constante envejecimiento de la población europea. En ella se contiene una especial referencia a los cambios que se producirán en la ratio activos-pasivos, descendiendo peligrosamente los primeros y con ello la sostenibilidad de las pensiones de los segundos, y advirtiendo del aumento del coste social que tal disminución traerá consigo para las cuentas públicas de los Estados. Por ello, el docu-

---

ción con los objetivos de Lisboa y la mejora de la transparencia y participación de las partes.

12 “*A renewed commitment to social Europe: Reinforcing the Open Method of Coordination for Social Protection and Social Inclusion*”, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, COM (2008) 0418 FINAL.

13 [http://europa.eu/legislatios\\_summaries/employment\\_and\\_socialpolicy](http://europa.eu/legislatios_summaries/employment_and_socialpolicy)

mento invita a comenzar el trabajo para articular los cambios legislativos necesarios con la finalidad de adaptar los sistemas de protección social y, en concreto, de jubilación a la nueva realidad.

El documento ofrece pautas de trabajo para acometer los retos planteados y, en materia de protección social comienza por señalar la necesidad de invertir la tendencia a utilizar la fórmula de la jubilación anticipada. Busca la coordinación entre la Comisión y los Estados para plantear nuevas fórmulas de jubilación gradual y un aumento de la flexibilidad de los regímenes de jubilación.

Basándose de nuevo en el problema del envejecimiento poblacional europeo, la Comunicación de la Comisión “La evolución de la protección social a largo plazo: pensiones seguras y viables” (2000)<sup>14</sup> invita a todos los Estados a actuar y a aquéllos que ya han iniciado las modificaciones, a seguir incorporando nuevas variaciones dado que las acometidas resultan insuficientes, siempre desde una perspectiva que incorpore el reto demográfico. Los principales objetivos señalados por el documento son el reforzamiento de la solidaridad, la lucha contra la exclusión de quienes tienen sueldos más bajos, la coordinación de los sistemas públicos y privados y, por último, la solidez de las finanzas públicas que deben armonizar los costes de las pensiones con el resto<sup>15</sup>.

En el año 2005 se continúa realizando un análisis de la materia con la Comunicación “Los valores europeos en la era de la globalización” (2005)<sup>16</sup>, donde se traslada la preocupación por el envejecimiento del futuro para situarla en el presente, si bien explica que los efectos tardarán algún tiempo en hacerse sentir.

De nuevo la Comisión realiza un documento donde plantea los efectos del envejecimiento de la población y en el año 2005 presenta el Libro

14 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, COM (2000) 622 Final, no publicada en Diario Oficial.

15 Estas cuestiones vuelven a ser objeto de otra Comunicación de la Comisión: “*Pensiones seguras y viables: planteamiento europeo al servicio de las estrategias nacionales*” (2001) Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, COM (2001) 362 FINAL, no publicado en Diario Oficial. Los parámetros de estudio son similares. Se pone especial énfasis en la garantía de unas pensiones mínimas que eviten la exclusión social de los ciudadanos de más edad. Asimismo se insiste en la idea de modernizar los sistemas de pensiones de acuerdo con las exigencias del mercado de trabajo y la evolución de las estructuras familiares.

16 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2005 (COM 2005, 525, final).

Verde “Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones”(2005) donde se advierte que todos los parámetros explicativos del actual envejecimiento han de ser considerados por las políticas públicas en materia social, promocionando la subida de la tasa de natalidad e implementando medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, entre otras.

Por último, la Comunicación de la Comisión “El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad” (2006)<sup>17</sup>, debate sobre los fundamentales retos del momento, esto es, el aumento del gasto público debido al incremento de las jubilaciones en los siguientes años que conllevará la inviabilidad de los sistemas europeos y, por tanto, la necesaria intervención de los Estados para modificar los planteamientos del sistema.

## 2. Las líneas de trabajo marcadas

Identificado y analizado el panorama europeo, la Comisión presenta a los países europeos cinco líneas de trabajo fundamentales para detener la problemática que el reto demográfico traerá consigo, centrándolas de la siguiente manera:

1. Favorecer las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, en especial la mejora del permiso parental, con el objeto de incrementar el número de nacimientos en los próximos años.
2. Promover la eficiencia y la productividad con el fin de aprovechar las oportunidades que plantean los cambios demográficos.
3. Reorganizar los Estados para recibir e integrar a los emigrantes para conseguir la mano de obra cualificada que se necesite para cubrir los puestos de trabajo que van a quedar vacantes por el efecto de las jubilaciones masivas<sup>18</sup>.
4. Impulsar la prolongación de la vida laboral, evitando la discriminación de los mayores en el mercado de trabajo. En este punto, asimismo se favorecerá la transición entre las distintas fases de la vida, se trabajará en el ámbito de la formación permanente y se favorecerá una política de salud pública común en toda la Unión Europea con el fin de reducir las diferencias en la esperanza de vida entre los países.
5. Por último, hay que avanzar en la viabilidad de las finanzas públicas

<sup>17</sup> Comunicación de la Comisión de 12 de octubre de 2006 (COM 2006 571 Final, no publicada en diario oficial).

<sup>18</sup> En este tema, se puede consultar la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo al Comité de las Regiones de 3 de junio de 2003 sobre inmigración, integración y empleo.

de los Estados, cuya principal medida debe ser la reforma del sistema de pensiones, adaptando la cobertura de los sistemas y el nivel de las cotizaciones al desarrollo del ahorro privado y al principio de capitalización.

Posteriormente, en el año 2007, se crea por parte de la Comisión un grupo de expertos en materia demográfica que pretende dar cobertura especializada a la Comisión para acometer este problema<sup>19</sup>, y que participa del foro establecido para intercambiar las experiencias que cada país ha puesto en marcha para tratar de evitarlo.

Ya en el año 2008, se realizan dos Comunicaciones por parte de la Comisión sobre este tema. La primera consiste en un Informe demográfico sobre Satisfacción de necesidades sociales en una sociedad en proceso de envejecimiento, que trabaja en orden a los mismos problemas<sup>20</sup>; la segunda Comunicación<sup>21</sup> presenta un Informe sobre la Protección Social y la exclusión social, donde se apunta la necesidad de promocionar la prolongación de la vida activa y la viabilidad de los regímenes de jubilación.

### 3. Reducción del número de jubilaciones anticipadas

Como ya se ha visto, una de las soluciones planteadas y con gran peso en la estructura de los cambios necesarios, es la reducción en el número de jubilaciones anticipadas en el entorno europeo, incrementando con ello la edad efectiva de abandono del mercado laboral. Los instrumentos que la Unión Europea propone<sup>22</sup> encaminados a elevar esta edad efectiva apare-

---

19 Decisión 2007/397/CE, de la Comisión de fecha 8 de junio de 2007 por la que se crea un grupo de expertos sobre cuestiones demográficas (DOCE L 150, de 12 de junio de 2007).

20 SEC (2008) 2911, no publicado en Diario oficial.

21 “Rapport conjoint sur la protection sociale et l’inclusion sociale 2008”, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, COM (2008) 42, no publicado en Diario Oficial.

22 Entre otros, el Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de Regiones, informe solicitado por el Consejo Europeo de Estocolmo “Aumento de la tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa” de 2002 (COM/2002/0009 FINAL). Principalmente, se aboga por la revisión de los sistemas de imposición y prestaciones, recomendando la revisión de los incentivos ofrecidos a las empresas y a los trabajadores para que recurran a la jubilación anticipada en los procesos de reconversión y racionalización

cen en el informe “Longer working lives through pension reforms”, donde se pone en relación directa el principio de promoción de la vida activa con la reforma de las pensiones. Tras realizar un análisis de las jubilaciones anticipadas en catorce países europeos, el trabajo concluye que este tipo de jubilación se configura como una solución a la expulsión del mercado laboral para trabajadores en edades aún más tempranas. Por otro lado, se aconseja a los Estados introducir reformas que faciliten la jubilación gradual, flexibilizando el paso de la vida activa total a la pasiva.

#### 4. La incidencia de la crisis en las reformas de los sistemas de pensiones.

En el Informe “Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la Unión Europea” (2009)<sup>23</sup>, la Comisión vuelve a plantearse los cambios demográficos y su impacto sobre los costes sociales. En la línea de las pensiones el Informe sigue indicando la necesidad de garantizar prestaciones adecuadas a los ciudadanos de edad avanzada, reforzar las condiciones de elegibilidad de las pensiones públicas y el desarrollo de los sistemas privados de capitalización.

En este caso, el Informe incorpora el importante matiz de la crisis económico-financiera internacional que afecta al viejo Continente y ajusta las herramientas que han de utilizarse para absorber el impacto de aquella en lo referido a la evolución demográfica; para ello la recuperación económica se convierte, por supuesto, en eje central de las recomendaciones así como la readaptación de los objetivos ya existentes, de modo tal que se continúe con las políticas de formación permanente, la prolongación de la vida laboral, el fomento de la natalidad, la integración de los inmigrantes, apostando por la viabilidad de las finanzas públicas y las reformas en materia de pensiones.

*a) EL LIBRO VERDE en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros. (2010)*

El Libro Verde (2010) se encarga de plasmar la necesidad de llevar a cabo reformas en los sistemas de pensiones europeos enmarcadas dentro

---

de actividades. Así, al contrario, habrá que fomentar la jubilación parcial y progresiva con el objeto de que los trabajadores prologuen su prestación de servicios más allá incluso de la edad de jubilación.

23 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones de fecha 29 de abril de 2009 (COM 2009 180 Final, no publicado en el Diario Oficial)

del actual proceso de crisis económico-financiera. Esta crisis marcada por la regresión del crecimiento económico, los presupuestos públicos, la estabilidad financiera y el empleo ha hecho más urgente el ajuste de las prácticas de jubilación y de la manera en que se adquieren los derechos a pensión. La crisis ha puesto de manifiesto que debe hacerse más por aumentar la eficiencia y la seguridad de los planes de pensiones.<sup>24</sup> Unido a este papel de la crisis, no abandona el Informe - como reto principal y elemento constante en las Comunicaciones de la materia- el envejecimiento demográfico, relacionándolo con la actual situación de crisis. Si algo favorece esta última es la mayor profundidad de los problemas planteados por la ya vieja invitada cuestión demográfica. De esta forma, propone la Comisión que las reformas de las pensiones vayan unidas a lo planteado por la Estrategia global Europa 2020 que, recordemos, tiene como objetivo principal el crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

No olvida el informe insistir sobre las bajas tasas de natalidad europeas y el problema que ello plantea a la ratio activos-pasivos, haciendo tambalear las estructuras de los actuales sistemas en su concepción original.

El documento remarca la importancia del enfoque europeo, situando los enfoques comunes de la Unión Europea en materia de solvencia y educación social, un papel preeminente, a la par que plantea la demostrada interdependencia de los diferentes pilares de las pensiones en cada Estado. En base a la coordinación promovida, requiere la Comisión que aquélla se produzca en los temas que son comunes a los países europeos y que sitúa en “el funcionamiento del mercado interior, los requisitos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento o los esfuerzos para que las reformas de las pensiones sean coherentes con la Estrategia Europa 2020”.

A todo ello hay que unir una vida laboral compuesta por un menor número de años provocada por la incorporación más tardía a la actividad con motivo de las imperantes necesidades de formación de los jóvenes en la actualidad. Esto unido a una jubilación más temprana promovida por expulsión del mercado de trabajo de los trabajadores de mayor edad, refuerzan esta conclusión que, lógicamente, impacta de manera nada despreciable en las cotizaciones, descendiendo su número. Señala la Comisión que la solución al problema pasa por aumentar la productividad de los trabajadores e incrementar la edad mínima de acceso a la jubilación.

Los objetivos globales presentados por el documento son dos: la ade-

---

24 LIBRO VERDE, en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros. SEC (2010) 830. COMO (2010) 365 final. Bruselas, 2010. Pág. 2

cuación y la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, que presenta como dos caras de la misma moneda. Las soluciones propuestas para el logro de la adecuación de las pensiones pasa por la modernización de los sistemas de pensiones, y como posible camino para solventar el problema de la insuficiente tasa de reemplazo en un futuro cercano, presenta la conveniencia de dar oportunidades a los futuros perceptores de pensiones para adquirir derechos complementarios –en forma de prolongación de la vida laboral o ampliando el acceso a planes de pensiones complementarios-. Respecto al objetivo de sostenibilidad, si bien el documento reconoce las reformas ya realizadas en algunos países, tendentes a limitar el aumento del futuro gasto de pensiones, aconseja que los cambios a acometer promuevan el potencial de crecimiento económico de la Unión Europea.

Por último, la Comisión invita a los países europeos a seguir trabajando en la línea de modificación de los sistemas, argumentando que las reformas de las pensiones ayudarán a alcanzar los objetivos de Europa 2020 en materia de empleo y sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas. Además, el perfeccionamiento del mercado interior de productos relacionados con las pensiones repercute directamente en el potencial de crecimiento de la Unión Europea y, por tanto, contribuye de forma directa a conseguir los objetivos de Europa 2020<sup>25</sup>.

---

25 LIBRO VERDE, en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros. SEC (2010) 830. COMO (2010) 365 final. Bruselas, 2010. Págs. 3-4.



## Capítulo 20

# El sistema chileno de pensiones solidarias: el nuevo rol del estado en el régimen capitalizado

---

OLIMPIA DEL ÁGUILA CAZORLA  
*Profesora Asociada de la Facultad de Derecho  
de la Universidad Complutense de Madrid.  
Abogada*

### 1. Principales motivos y gestión de la reforma

Con la llegada al gobierno de Michelle Bachelet, la evaluación del sistema de seguridad social volvió a un primer plano de la agenda política. En primer lugar se constituyó el Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional, (Comisión Marcel), con la finalidad de elaborar una propuesta que permitiera eliminar las deficiencias que se habían detectado en el funcionamiento del régimen de pensiones, fundamentalmente en materia de cobertura efectiva y de igualdad de género.

Los datos de los que se partía eran, cuanto menos, preocupantes. Las proyecciones sobre cobertura muestran una tendencia descendente de los beneficiarios de pensiones contributivas, del actual 65% del total de afiliados que se jubilan bajo el régimen de ahorro individual se bajará al 50% en el año 2.020. Las pensiones proporcionadas por el pilar capitalizado manifiestan igualmente carencias importantes, ya que se estima que el 60% de los beneficiarios de pensiones del sistema privado obtendrá una pensión igual o inferior a la pensión mínima garantizada por el Estado y las estimaciones de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de

Pensiones describen como el 56% del flujo anual de nuevos pensionistas entre los años 2.020 y 2.025, tendrá una pensión inferior a la mínima pero no habrán cotizado el tiempo suficiente para tener derecho a la garantía estatal, y de éstos el 65% serán mujeres<sup>1</sup>.

Posteriormente se constituyó el Comité de Ministros para la Reforma Previsional al que se le encomendó la elaboración del Proyecto de Reforma Previsional. El 19 de diciembre de 2.006 comenzó su tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley que Perfecciona el Sistema Previsional, que ha sido finalmente aprobado por la Cámara de Diputados el 16 de enero de 2008, mediante la Ley 20.255 de Reforma Previsional, publicada en el Diario Oficial el 27 de marzo de 2.008.

La reforma profundiza en el modelo multipilar mediante la diversificación de las fuentes de financiación, ampliando la protección del primer pilar, cuya finalidad es de carácter asistencial, y, por tanto, extiende las obligaciones estatales y la financiación pública del sistema. En el nivel asistencial quedan integradas las prestaciones incluidas en el programa de pensiones asistenciales (PASIS), y la garantía de pensión mínima, cuyo alcance protector es muy limitado debido a la exigencia de sus requisitos de acceso. El pilar voluntario se potencia a través, de medidas de carácter fiscal, al tiempo que se fomenta el desarrollo de la participación empresarial en la constitución del ahorro complementario.

La nueva regulación traza varias líneas de actuación: la creación de una red de protección para los afiliados de menor renta, la incorporación de elementos que potencien la igualdad de género en el sistema, y la mejora de la administración del sistema a través del impulso de la capacidad institucional y la implantación de medidas que favorezcan la eficiencia del mercado asegurador y de la industria de los fondos de pensiones. La implantación de estas medidas se realizará con carácter gradual, finalizando el proceso de reforma en el año 2.014.

## 2. Caracterización del Sistema de Pensiones Solidarias.

La introducción del Sistema de Pensiones Solidarias constituye el elemento de mayor alcance de la reforma y la medida más innovadora desde la creación del régimen privado de pensiones en el año 1.981. Se integra en

---

1 Proyecto de Ley que Perfecciona el Sistema Previsional, (Proyecto N° 4742-13). Fundamentos del Proyecto: 3. La necesidad de reformar el sistema.

el sistema como el primer nivel de protección y reemplaza al PASIS y a las pensiones mínimas garantizadas. Ofrece dos tipos de prestaciones: la Pensión Básica Solidaria y el Aporte Previsional Solidario. Ambas prestaciones tienen modalidades específicas para cubrir las contingencias de invalidez y jubilación, (Art.1 Ley N° 20.255).

La finalidad de este pilar solidario, según propia denominación del Consejo Asesor para la Reforma Previsional, consiste en otorgar una garantía de ingresos que proteja de la pobreza en la vejez, y para ello se calcula que el valor de la pensión básica universal para un persona sin fondos acumulados en su cuenta de ahorro individual se situaría en torno a los \$75.000 pesos chilenos mensuales. Esta cuantía es superior en un 57% de la que se considera que refleja la línea de pobreza. El coste de financiación de estas prestaciones es equivalente al 1% del PIB en el año 2.025, lo que significa duplicar los recursos públicos destinados al pago de las actuales pensiones mínimas y asistenciales<sup>2</sup>.

### 2.1. La Pensión Básica Solidaria de Vejez

La Pensión Básica Solidaria de Vejez es una prestación mensual de carácter no contributivo y financiada a través de recursos generales del Estado. Está dirigida a aquellos ciudadanos que no contribuyeron al sistema de capitalización obligatorio lo suficiente como para poder financiarse una pensión y que no disfrutaran de ninguna otra pensión de jubilación ni de supervivencia<sup>3</sup>.

Para ser beneficiario de la pensión básica solidaria de vejez se requiere, según lo establecido en el art. 3 de la Ley 20.255, ser mayor de 65 años, ser miembro de un grupo familiar<sup>4</sup> perteneciente al 60%<sup>5</sup> más pobre de la

2 CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL PARA LA REFORMA PREVISIONAL. *Informe Final. El derecho a una vida digna en la vejez*. Op. Cit. Pág.20 y 29.

3 Sólo es compatible con las pensiones satisfechas de acuerdo con las leyes N° 8.056 (gracia), 19.123 y 19.980 (Rettig), 19.234 (exonerados políticos) y 19.992 (Valech), y siempre y cuando éstas sean de cuantía inferior a la proporcionada por la Pensión Básica Solidaria, en cuyo caso la prestación será equivalente a la diferencia entre el importe de la Pensión Básica Solidaria y la pensión que estuviera recibiendo el beneficiario.

4 El art. 4 de la Ley 20.255 considera comprendidos en el grupo familiar el beneficiario, su cónyuge, los hijos menores de 18 años, los mayores de 18 años pero menores de 24 que cursen estudios regulares, y, siempre y cuando compartan con el beneficiario el presupuesto familiar, también serán incluidos la madre o el padre de los hijos del beneficiario que no esté unido a él por vínculo matrimonial y sus hijos inválidos, sin límite de edad, y sus padres mayores de sesenta y cinco años, en ambos casos cuando no puedan acceder a los beneficios del sistema solidario por no cumplir con el requisito de residencia.

5 La implantación de esta cobertura es gradual. Se comenzó incorporando a los miem-

población de Chile<sup>6</sup> y acreditar un periodo mínimo de residencia en Chile de 20 años continuos o discontinuos, contados a partir de los 21 años de edad y, en todo caso, cuatro de los cuales deben estar incluidos en los cinco años anteriores a la fecha de solicitud del beneficio. Los beneficiarios de pensiones pertenecientes al PASIS son traspasados directamente al Sistema de Pensiones Solidarias.

La cuantía de la Pensión Básica Solidaria se estableció en \$ 75.000 pesos chilenos, (art.7 de la Ley N° 20.255). Desde el 1 de julio de 2.010 ésta cuantía se revisa de acuerdo con las variaciones del IPC de los últimos 12 meses y siempre que ésta variación supere el diez por ciento, (art.7 de la Ley N° 20.255).

De manera complementaria, se establece una Asignación por Muerte para aquellos beneficiarios de la Pensión Básica Solidaria de Vejez que acrediten carencia de recursos. Esta asignación puede ser solicitada por aquella persona que, unida o no por vínculo matrimonial o de parentesco con el causante, acredite haber satisfecho los gastos de sepelio. El importe de esta ayuda es equivalente a tres salarios mínimos.

## 2.2. El Aporte Previsional Solidario de Vejez

El Aporte Previsional Solidario de Vejez complementa las pensiones recibidas por el afiliado satisfechas de acuerdo con lo establecido en el Decreto Ley N° 3.500, (art. 9 Ley N° 20.255) cuya cuantía no supere los 255.000 pesos<sup>7</sup> y su financiación corresponde a los recursos generales del Estado. El valor de este subsidio mensual depende del importe total de las pensiones de las que sea beneficiario el afiliado<sup>8</sup>.

---

bros de un grupo familiar que perteneciese al 40% más pobre. Desde julio de 2.009 integra al 45% más pobre, en julio del 2.010, al 50% más pobre, en julio de 2.011, al 55% y finalmente en julio del año 2.012, atenderá a aquéllos pertenecientes a las familias que se sitúen en el 60%.

- 6 La Disposición Transitoria Primera de la Ley 20.255 prevé que se comience determinando la situación relativa de la renta familiar mediante la utilización de la Ficha de Protección Social, gestionada a través de los municipios, hasta que se regule en un reglamento futuro.
- 7 Para hallar el valor de las pensiones se suman todas aquellas de las que sea titular el beneficiario y la pensión de vejez o invalidez otorgada por el Decreto Ley N° 3.500 se calcula como una renta vitalicia inmediata, utilizando la tasa de interés promedio implícita en las rentas vitalicias de vejez o invalidez, según corresponda, de los últimos seis meses.
- 8 El Estado complementa las pensiones recibidas por el beneficiario hasta la cuantía

Para poder causar derecho al Aporte Previsional Solidario se requiere, además, ser mayor de 65 años, pertenecer al 60% más pobre de la población de Chile<sup>9</sup> y acreditar una residencia mínima de 20 años, de los cuales cuatro deben estar incluidos en los cinco años anteriores a la solicitud.

### 2.3. Incorporación de medidas basadas en la equidad de género

Uno de los ejes fundamentales de la reforma ha consistido en incorporar medidas que intensifiquen la igualdad real en el régimen de pensiones de las mujeres, tratando de compensar las distorsiones del mercado laboral que son reflejadas en el sistema al aplicar de manera estricta el mecanismo de la capitalización individual. La reforma potencia la equidad de género en el sistema a través del establecimiento del sistema de pensiones solidarias que, al estar dirigidas a la población de menores ingresos, beneficiará principalmente a las mujeres, así como con la adopción de medidas de acción positiva directa en la protección social de la población femenina, (bono por hijo, reparto de los fondos acumulados en la cuenta individual en los casos de separación y divorcio), y eliminación de las discriminaciones por género en las pensiones de supervivencia e invalidez. La nueva regulación permite superar el diseño clásico del régimen de capitalización individual con la incorporación de valores sociales tan esenciales como la consecución de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, así como el establecimiento de una financiación a cargo de los recursos generales del Estado con la que se extiende la responsabilidad del coste de estas medidas al conjunto de la sociedad.

Por otro lado, sigue manteniéndose uno de los principales elementos de distorsión del sistema al conservar la fijación de edades diferentes de jubilación entre hombres y mujeres. Las mujeres de edades comprendidas entre los 60 y los 65 no pueden acceder a los beneficios proporcionados por el sistema de pensiones solidarias y la finalidad de mantener esta discordancia parece ser el alentar o allanar el camino para una futura elevación de la edad de jubilación femenina. El resultado puede ser inequitativo ya que van a ser

---

fijada para la pensión máxima con aporte solidario. Desde el 1 de julio de 2.008 a 30 de junio de 2.009, la pensión máxima con aporte solidario queda establecida en \$70.000; desde el 1 de julio de 2.009 a 30 de junio de 2.010, \$120.000; desde el 1 de julio de 2.010 a 30 de junio de 2.011, \$150.000; desde el 1 de julio de 2.011 a 30 de junio de 2.012 \$200.000. A partir del 1 de julio de 2.012, \$255.000.

9 Se ha establecido el mismo sistema de implantación gradual del beneficio que el utilizado para las Pensión Básica Solidaria.

las mujeres menos favorecidas, esto es, las que no han podido acumular el volumen de ahorro suficiente para financiarse una pensión las que vendrán obligadas a postergar su jubilación hasta la edad de acceso al sistema de pensiones solidarias, mientras que las mujeres con mayor nivel de renta podrán constituir su pensión a los 60 años, por lo que se estarían fijando, en la práctica, edades de jubilación diferenciadas según el nivel de ingresos.

Las principales medidas en materia de igualdad contenidas en la reforma son:

- Bono por hijo. Consiste, según lo dispuesto en el art. 75 de la Ley N° 20.255, en el pago de un beneficio a las mujeres por cada hijo nacido vivo o adoptado<sup>10</sup>, que será efectivo a los 65 años de edad, y por un importe equivalente al 10% de 18 salarios mínimos mensuales cuyo valor será el vigente en el mes de nacimiento del hijo o de la fecha de adopción, (\$259.200 en diciembre de 2.008). Esta cuantía devengará una tasa de rentabilidad equivalente a la rentabilidad nominal anual promedio de los Fondos tipo C, descontadas las comisiones de las Administradoras de Fondos de Pensiones, desde el mes de nacimiento del hijo y hasta que la madre cumpla 65 años<sup>11</sup>. Son beneficiarias todas las mujeres que, además del cumplimiento del requisito de edad, hayan residido en Chile durante 20 años, continuos o discontinuos, de los cuales al menos cuatro deben estar incluidos en los últimos cinco anteriores a la solicitud y que se jubilen bajo el régimen establecido por el Decreto Ley N° 3.500, las beneficiarias de una Pensión Básica Solidaria De Vejez, y aquellas que perciben una pensión de supervivencia del Decreto Ley N° 3.500 o del INP, (art. 75 de la Ley N° 20.255). El bono por hijo comenzará a pagarse a partir del 1 de julio de 2.009.
- Compensación económica en materia previsional en caso de divorcio o nulidad. La legislación matrimonial, (art. 62 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil) contempla la posibilidad de indemnizar al cónyuge desfavorecido por su dedicación al cuidado del hogar, y, en

10 Según dispone el art. 78 de la Ley N° 20.255, en el caso de adopción tendrán derecho a la bonificación tanto las madres biológicas como las adoptivas.

11 En los hijos nacidos después del 1 de julio de 2.009, la tasa de rentabilidad se aplica, por cada mes completo, desde el mes de nacimiento del hijo y hasta el mes en que la mujer cumpla los 65 años. La tasa de rentabilidad, en los supuestos de hijos nacidos antes de dicha fecha, se aplica desde el 1 de julio de 2.009 y hasta el mes en que la mujer cumpla los 65 años de edad.

base a esta previsión, la reforma dispone que en los casos de nulidad o divorcio el juez competente pueda ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de ahorro individual del cónyuge que deba compensar a la del cónyuge compensado, independientemente de cual sea el régimen económico del matrimonio, (art. 80 de la Ley N° 20.255). En el caso de que éste no sea titular de una cuenta de ahorro individual, el traspaso se realizará a una cuenta de capitalización voluntaria que se abriría a estos efectos. El valor de los fondos transferidos no puede superar el 50% respecto de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual durante el matrimonio.

- Eliminación de las desigualdades por género en las pensiones de supervivencia, (art. 85 de la Ley N° 20.255). Se dispone la supresión del requisito de invalidez para que el hombre pueda optar a la pensión de viudedad. También podrán ser beneficiarios de esta prestación el padre soltero de hijos legalmente reconocidos que viva a expensas de la causante.
- Seguro de Invalidez y Supervivencia: Se iguala la edad máxima de cobertura de estos seguros en 65 años para hombres y mujeres<sup>12</sup>.
- Salario mínimo imponible para las trabajadoras al servicio del hogar familiar. A partir de marzo de 2.009, los empresarios no podrán cotizar por estas trabajadoras cuantías menores a las correspondientes al salario mínimo fijado para jornada completa.

#### 2.4. Medidas encaminadas a incrementar el volumen de afiliados y cotizantes al sistema

- Ayudas dirigidas a los trabajadores con edades comprendidas entre 18 y 35 años que tengan ingresos inferiores a 1,5 veces el salario mínimo, (lo que representa \$238.500 pesos chilenos, a enero 2.009). Esta medida está constituida por dos componentes: un subsidio a la cotización y un subsidio a la contratación, (art. 82 de la Ley N° 20.255). La finalidad es facilitar que aquellos trabajadores jóvenes con salarios equivalentes al salario mínimo alcancen una cotización total de hasta el 15% de su remuneración y un incentivo al contrato de hasta un 5% de su salario. Se entregará durante los 24 primeros meses de empleo, continuos o discontinuos, de cada trabajador.

El subsidio a la cotización consiste en una transferencia mensual di-

---

12 Con anterioridad a esta reforma, las mujeres estaban protegidas por estos seguros únicamente hasta los 65 años aún cuando continuaran con su actividad laboral.

recta en la cuenta de ahorro individual del trabajador por un importe equivalente a la mitad de la cotización de un salario mínimo, (\$7.950 a enero 2.009), que se añade a su cotización. Este subsidio no está sujeto al cobro de comisiones por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones respectiva. Entra en vigor a partir del 1 de julio de 2.011. El subsidio a la contratación está dirigido a los empresarios de estos trabajadores y su importe, de carácter mensual, es equivalente al 50% de la cotización previsional calculada sobre un salario mínimo mensual (\$7.950 a enero 2.009). El empresario deberá, para tener derecho al pago de este beneficio, ingresar en la Administradora de Fondos de Pensiones correspondiente las cotizaciones íntegras del trabajador. Comenzó a aplicarse el 1 de octubre del 2.008.

- Afiliación obligatoria de los trabajadores autónomos. Los trabajadores independientes habían quedado excluidos de la afiliación en el Decreto 3.500 y la normativa actual extiende la obligatoriedad de la integración en el sistema a este grupo de trabajadores. La reforma va dirigida principalmente a los profesionales liberales y trabajadores autónomos cualificados ya que la obligatoriedad queda vinculada a su inclusión en el art. 42 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, aplicable a los contribuyentes “por honorarios”. Por otro lado, se excluye de esta integración a los trabajadores independientes afiliados a algunas de las instituciones de previsión administradas por el INP, de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile o en la Caja de Previsión de la Defensa Nacional. Esta nueva regulación se irá implantando de manera gradual y durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2.012 y 31 de diciembre de 2.014 estos trabajadores no están obligados si así lo manifiestan expresamente. El 1 de enero de 2.012, la obligación de cotizar únicamente se extiende al 40% de la renta imponible, durante el año 2.013, la tasa de cotización se aplicará al 70% de la renta imponible, y en el año 2.014 se aplicará al 100%. A partir del año 2.015 todos los trabajadores independientes a los que les sea de aplicación el art. 42 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vendrán obligados a cotizar por el 100% de sus ingresos imponibles, con excepción de aquéllos que en el año 2.012 tuvieran 55 años o más, en el caso de los hombres, y al menos 50 años en el de las mujeres. De manera complementaria se prevé la posibilidad de que los trabajadores independientes contraten el seguro de salud y, con la mutua de su elección, el seguro de accidentes laborales y enfermedades profesionales.

- Afiliación voluntaria. La nueva regulación prevé la figura del afiliado voluntario con el objetivo de extender la cobertura del sistema a personas que realizan actividades no remuneradas. No existe la obligación de cotizar mensualmente sino que se puede realizar con la periodicidad que el afiliado voluntario desee. Las cotizaciones pueden ser satisfechas por un tercero, y en este caso no se le aplica ningún beneficio tributario ya que no se le reconoce el carácter de cotizaciones previsionales a los solos efectos de la Ley sobre el Impuesto a la Renta de las Personas Físicas. Los trabajadores dependientes cuyo cónyuge decida afiliarse voluntariamente al sistema pueden autorizar a su empresario para que le descuenta de su remuneración la cotización relativa al cónyuge y la ingrese en la cuenta individual voluntaria de éste. No se aplicará el límite máximo imponible (fijado actualmente en 60 UF) a estos afiliados, únicamente se tendrá en cuenta a los efectos de la cobertura del seguro de invalidez y supervivencia. Entró en vigor el 1 de octubre de 2.008.

La afiliación voluntaria permite el acceso al seguro de invalidez y supervivencia en los supuestos en los que el afiliado haya cotizado el mes anterior al siniestro, así como, si se cumple el resto de requisitos, al sistema de pensiones solidarias.

- Aporte previsional voluntario colectivo, (art. 91.13 de la Ley N° 20.255). La reforma amplía las posibilidades del ahorro previsional voluntario a través de la creación de un mecanismo de ahorro previsional voluntario colectivo, por el que los ahorros realizados por los trabajadores son complementados por sus respectivos empresarios. Comenzó a aplicarse el 1 de octubre de 2.008.

El empresario y los trabajadores pueden pactar de manera voluntaria la creación de un plan previsional, que se formalizará a través de una Administradora de Fondos de Pensiones, entidades bancarias, compañías de seguro, administradoras de fondos mutuos y de inversión y administradoras de fondos para la vivienda. El contrato con la entidad gestora puede contemplar un periodo mínimo de mantenimiento de los fondos en dicha institución y una vez finalizado éste, los trabajadores pueden traspasar su saldo a un plan de aporte previsional voluntario colectivo o de carácter individual. Se permite establecer un periodo mínimo de permanencia en la empresa para que el trabajador adquiera la condición de titular de los fondos.

A través de estos planes se pueden pactar aportaciones tanto del em-

presario como de los trabajadores o únicamente del empresario. En el primer caso los planes no pueden contener cláusulas discriminatorias entre los trabajadores en lo referente al derecho de acceso al plan ni en la cuantía de la aportación empresarial y únicamente en aquéllos supuestos donde el único obligado a la aportación sea el empresario, éste podrá establecer criterios diferenciaciones en cuanto a su cuantía y disponibilidad de los fondos entre los trabajadores.

- Con la finalidad de promocionar la financiación del ahorro previsional individual, se establecen un conjunto de medidas que contienen beneficios tributarios y una bonificación estatal para los aportes previsionales individuales y colectivos de carácter voluntario. Esta bonificación fiscal supone el 15% del ahorro previsional voluntario, tanto individual como colectivo, acumulado durante el año en curso y con el límite de diez veces el total de cotizaciones obligatorias efectuadas por el trabajador en el mismo periodo.

### 3. Medidas dirigidas a incrementar la eficiencia del sistema

- Desarrollo de la estructura institucional pública del sistema de previsión social. Prevé la creación de varios organismos con la finalidad de perfeccionar la administración del sistema de seguridad social. Estos son:
- Superintendencia de Pensiones. Entidad sucesora de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones. Su creación tiene como finalidad unificar en un organismo público el control del Sistema de Pensiones Solidarias, de los sistemas contributivos obligatorios y del régimen voluntario.
- Consejo Consultivo Previsional: Asesorará al ejecutivo en aquellas materias relacionadas con el Sistema de Pensiones Solidarias.
- Consejo Técnico de Inversiones. Su actividad consiste en efectuar informes y propuestas respecto de las inversiones de los Fondos de Pensiones, con la finalidad de favorecer la consecución de una adecuada rentabilidad y seguridad para los Fondos, (art. 167 de la Ley N° 20.255).
- Instituto de Previsión Social. Será el organismo responsable de la administración del Sistema de Pensiones Solidarias y de los Centros de Atención Previsional Integral que formarán parte del Instituto de

Previsión Social y se encargarán de atender a los afiliados para garantizarles el ejercicio de sus derechos y el acceso a la información relevante del sistema y de su situación particular. Asumirá las funciones Instituto de Normalización Previsional en materia de administración de los regímenes de las antiguas cajas de previsión social.

- *Promoción de la rentabilidad del sistema de capitalización.* Se prevé la implantación de un conjunto de medidas encaminadas al desarrollo de la diversificación de la inversión y el incremento de las opciones de inversión en instrumentos extranjeros, (art. 91.31 y ss de la Ley N° 20.255).
- *Incremento de la competencia entre las Administradoras de Fondos de Pensiones.* El objetivo principal es lograr una reducción del importe de las comisiones. La medida más relevante consiste en realizar anualmente, a partir del año 2.009, un procedimiento de licitación para proveer el servicio de administración de cuentas de capitalización individual a los nuevos afiliados al Sistema Previsional, (art. 160 y ss de la Ley N° 20.255). Se propone que los trabajadores que ingresen en el mercado laboral sean asignados obligatoriamente a la Administradora de Fondos de Pensiones que ofrezca la comisión menor en concepto de depósito de cotizaciones, que además estará obligada a aplicar esta comisión a los afiliados que pertenecieran a la Administradora antes del periodo de licitación. Los afiliados deberán permanecer en la Administradora adjudicataria el periodo que establezcan las bases de licitación, que no podrá ser inferior a 24 meses, aunque podrían traspasar su cuenta a otra Administradora si ésta ofrece comisiones de menor cuantía o si la diferencia entre las comisiones no compensa una menor rentabilidad.
- *Modificaciones en la estructura de comisiones cobradas por las Administradoras de Fondos de Pensiones.* Se eliminan las comisiones fijas, que hasta ahora se descontaban del saldo de la cuenta individual del trabajador, (art. 91.16 y 91.21 de la Ley N° 20.255). Esta medida facilita la comparación de los costes derivados la gestión de las diferentes Administradoras de Fondos de Pensiones por parte del afiliado, y por tanto, favorecerá la competencia entre estas entidades.
- *Traspaso del pago del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia al empresario.* En la regulación del Decreto Ley 3.500, al trabajador se le descontaba de su salario el pago de estos seguros. A partir de julio de 2.008, será el empresario el que deba satisfacer su importe, por lo que el trabajador contará con un mayor salario neto.



## Capítulo 21

# La integración de las clases pasivas en el Régimen General de la Seguridad Social en virtud del Real Decreto 13/2010 de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo

---

### Cuarta ponencia

IGNACIO GIMÉNEZ COLOMA

*Subdirector General Adjunto de Ordenación Normativa  
de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas  
del Ministerio de Economía y Hacienda*

#### I. El Régimen de Clases Pasivas del Estado: perspectiva histórica

Con casi dos siglos de pervivencia, se puede afirmar que Clases Pasivas ha sido, desde su nacimiento, allá por el primer tercio del siglo XIX, mucho más que uno de los dos mecanismos de cobertura -junto con el Mutualismo Administrativo- a que se refieren los respectivos textos refundidos de la Ley sobre la Seguridad Social de los funcionarios civiles, militares y al servicio de la Administración de Justicia<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Artículo 2 del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio; artículo 2 del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio; y artículo 3 del texto

Las Clases Pasivas han conformado, en puridad, un subsistema (más que un régimen) dentro del sistema español de Seguridad Social, que es único, aunque está integrado por un Régimen General y diversos Regímenes Especiales, uno de los cuales es el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Públicos.

El origen histórico del Régimen de Clases Pasivas obedece a un hecho singular: a comienzos del siglo XVIII, con una clara anticipación a las primeras fórmulas de protección social de los trabajadores por cuenta ajena surgidas en los albores del siglo XX -con el seguro voluntario de accidentes de trabajo-, los funcionarios de los distintos sectores de la Administración Pública -Guerra, Marina, Postas, Tesoro- tratan de agruparse en Montepíos, a fin de prevenir los eventuales riesgos de edad, invalidez y muerte que les pudieran sobrevenir.

En 1831, el Estado, incómodo ante una ingente cantidad de dinero en manos de particulares que difícilmente controla, inicia los primeros movimientos para solventar una situación que acomete en 1835, atribuyendo directamente al Tesoro Público el reconocimiento y pago de las pensiones y prestaciones que los Montepíos venían sufragando.

La reina Isabel II sancionó el 24 de mayo de 1835 la ley que contiene el Presupuesto General de los Gastos del Estado para dicho año, en la que se regularon, en treinta disposiciones generales acerca de las Clases Pasivas, la determinación de estas pensiones, su transmisibilidad a favor de los familiares, el régimen de incompatibilidades, las limitaciones en su crecimiento y, de forma precisa, el gasto total para ese año, que alcanzaba los 56.406.574 reales y 21 maravedís, el 6,30% del total del gasto del Estado, 894.984.630 reales y 24 maravedís. En el presente ejercicio, el gasto en Clases Pasivas, es decir, los créditos de la sección 07 del Presupuesto de Gastos del Estado, asciende a 10.489 millones de euros, de un total de 362.788 millones de euros, lo que supone un 2,9% de éste.

La norma de 1835 es clara y sencilla, al menos si se piensa que reúne por primera vez en una redacción breve y ordenada la normativa dispersa y en ocasiones arbitraria que tenían los anteriores Montepíos de funcionarios, según las ramas de pertenencia de los empleados públicos.

A las indicadas treinta disposiciones generales de Clases Pasivas del primer tercio del XIX, se le fueron añadiendo otras a lo largo del tiempo, ya

---

refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio.

fuera con ocasión de las guerras que jalonaron esa época de la historia de España, ya con los continuos cambios de Gobierno, pues cada uno de ellos, o casi sería mejor decir cada Ministro de Hacienda, gustaba de hacer un proyecto de ley sobre esta materia.

Así hasta llegar a la dictadura de Primo de Rivera, época en la que se elaboran el Estatuto de Clases Pasivas y el Reglamento para su aplicación, aprobados por sendos Reales Decretos de 22 de octubre de 1926 y 21 de noviembre de 1927, una obra sistemática y plenamente válida durante los siguientes cuarenta años, cuyo objetivo, según dispone su Exposición de Motivos, es mantener los beneficios “de carácter marcadamente social y protector de la familia, que son los más apreciados por los servidores del Estado”. Estas normas mantuvieron su vigencia pese al advenimiento de la Segunda República, momento en el que el Gobierno revisó prácticamente toda la legislación precedente, pero, en cambio, consideró que el Estatuto de Clases Pasivas y su Reglamento debían continuar en vigor “por exigencias de realidad o excepcional conveniencia del interés público”, hasta el punto de que el Estatuto fue convalidado con fuerza de Ley por la de 9 de septiembre de 1931.

Los respectivos textos refundidos de las leyes de derechos pasivos de los funcionarios civiles -aprobado por Decreto 1120/1966, de 21 de abril- y del personal militar y asimilado -aprobado por Decreto 1211/1972, de 13 de abril-, acomodaron a los nuevos tiempos (normas de Función Pública, retributivas) la legislación precedente y, finalmente, la última regulación ordenada es la llevada a cabo por el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, vigente desde entonces, si bien hasta la fecha prácticamente todos los años las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado han introducido modificaciones en el texto refundido a fin de adaptarlo a las cambiantes circunstancias económicas y sociales.

Pues bien, desde sus orígenes, allá por los albores del siglo XIX, el sistema de las Clases Pasivas del Estado se caracteriza, por un lado, porque sólo los funcionarios públicos tenían asegurados los riesgos derivados de la vejez, la incapacidad y el fallecimiento, y por otro lado, porque no todos los funcionarios públicos están incluidos en su ámbito de cobertura –como después veremos, el mayor número de empleados públicos está incluido en el Régimen General de la Seguridad Social-, de ahí que se pueda afirmar que en Clases Pasivas “ni están todos los que son, ni son todos los que están”.

Al mismo tiempo, con cargo a la sección 07 –“Clases Pasivas”- del Presupuesto de Gastos del Estado se han abonado históricamente las pensiones reconocidas a algunos colectivos que, aun cuando hayan prestado servicios para el Estado, no tienen el estatus propio de los funcionarios de carrera (ex ministros y asimilados, marroquíes, saharauis, guineanos, personal de la Minas de Almadén), y otras prestaciones de muy diversa índole, por citar algunas:

- pensiones al amparo de la legislación especial de la guerra civil (más de 700.000, lo que ha supuesto un desembolso para el Erario Público del orden de los tres billones y medio de las antiguas pesetas),
- ayudas sociales a los afectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana en el sistema sanitario público,
- indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos y dolosos o contra la libertad sexual,
- anticipos del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos,
- indemnizaciones en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (ley de “memoria histórica”).

En definitiva, se puede afirmar que, en sus casi dos siglos de existencia, el Régimen de Clases Pasivas del Estado ha sido un instrumento eficaz en el ámbito de la protección social, no sólo de los funcionarios públicos, hasta el punto de que, como se acaba de exponer, se ha encomendado a su gestión el reconocimiento y pago de otras muchas y muy variadas prestaciones sociales; por otra parte, tiene un grado de aceptación considerable entre el personal incluido en su ámbito de cobertura.

La pregunta inmediata a la que nos lleva la reflexión anterior es cuál es la razón o, en su caso, razones, que justifican la aprobación de una medida como la regulada en el artículo 20 del Real Decreto-ley 13/2010, que configura el Régimen de Clases Pasivas como un régimen a extinguir.

A ello vamos a tratar de dar respuesta en los apartados siguientes.

## II. Los mandatos legislativos de armonización, antecedentes inmediatos del Real Decreto-Ley 13/2010

A día de hoy, la Función Pública española la integran unos 2.500.000 de empleados públicos, de los cuales cerca de un millón está incluido en el Régimen de Clases Pasivas del Estado y el millón y medio restante en el Ré-

gimen General de la Seguridad Social (con la particularidad de que más de la mitad de los primeros presta servicios en las Comunidades Autónomas).

El Régimen de Clases Pasivas del Estado y el Régimen General de la Seguridad Social tienen regímenes jurídicos y de financiación singulares, y se gestionan por entidades y organismos distintos integrados en Departamentos ministeriales diferentes.

No obstante, el Régimen de Clases Pasivas se caracteriza, entre otras notas, por su inequívoca vocación de contribuir a la armonización del sistema español de Seguridad Social -entendida ésta en un sentido amplio, comprensivo de los regímenes públicos de protección social-, y en los últimos años han sido muchos los mandatos legislativos para avanzar en este proceso de armonización, y la tendencia ha sido la de aproximar el Régimen de Clases Pasivas al Régimen General de la Seguridad Social.

La disposición adicional sexagésima segunda de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, encomendó al Gobierno la proposición de una serie de medidas “en orden a continuar el proceso de armonización del Régimen de Clases Pasivas del Estado con el Régimen General de la Seguridad Social”.

Ahora bien, mientras la armonización comporta un acercamiento -fundamentalmente en el ámbito de la acción protectora- entre dos regímenes distintos, el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, supone un paso más, puesto que de futuro no habrá dos regímenes, sino uno solo, en la medida en que, a partir de 1 de enero de 2011, todos los funcionarios de nuevo ingreso, con independencia del Cuerpo al que se adscriban y de la Administración a la que se vinculen, quedan encuadrados, a efectos de pensiones, en el Régimen General de la Seguridad Social.

La medida que se ha adoptado no surge por generación espontánea, antes al contrario, ha sido objeto de debate desde hace años, con más o menos intensidad y al amparo de razones de necesidad y de oportunidad. Entonces, cabe preguntarse por qué se toma la decisión precisamente ahora.

Comenzaremos diciendo que lo de menos es el planteamiento filosófico de si la medida comporta una fusión entre ambos regímenes o si se trata de una absorción del Régimen de Clases Pasivas por el Régimen General de la Seguridad Social, pues lo que resulta realmente relevante es el alcance de la decisión y hasta qué punto el Real Decreto-ley 13/2010 contribuye a la finalidad que se persigue.

Con la integración de los funcionarios de nuevo ingreso en el Régimen General de la Seguridad Social, a los exclusivos efectos de Clases Pasivas,

se simplifican y armonizan los actuales sistemas de protección social de los funcionarios públicos, y, lo que en el contexto actual resulta más relevante, se mejora la sostenibilidad de la Seguridad Social, al incrementarse el número de cotizantes (bien es cierto que de forma paulatina, ya que una de las medidas adoptadas en el actual escenario presupuestario de contención del gasto público es la fijación de la tasa de reposición de efectivos en el 10%, por lo que la Oferta de Empleo Público para el presente año 2011 y, previsiblemente, para los próximos ejercicios, al menos hasta el 2014, no va a suponer un incremento significativo de altas, en términos de Seguridad Social).

Los mayores ingresos de la Tesorería General de la Seguridad Social van a propiciar una mayor estabilidad en el sistema público de protección social, pues de futuro habrá un único sistema contributivo y de reparto de las pensiones, que durante la pervivencia del Régimen de Clases Pasivas convivirá, lógicamente, con el sistema de financiación presupuestario característico de éste último.

### III. Regímenes de encuadramiento y de financiación de los funcionarios públicos

El Régimen de Clases Pasivas es presupuestario, se financia con cargo a las correspondientes partidas de gasto consignadas en los Presupuestos Generales del Estado. No existe la cuota patronal (del Estado-empresa) y el pago de la cuota de derechos pasivos, a cargo del funcionario, apenas supone el 14% del gasto en pensiones, circunstancia agravada por el hecho de que la ratio cotizantes/pensionistas, en este régimen, ha pasado de 4,20 en el año 2000 a 2,64 en el año 2010.

A diferencia del anterior, el Régimen General de la Seguridad Social es contributivo, se financia vía cotizaciones del empleador y del trabajador, aún cuando el primero sea el Estado y el segundo un funcionario público.

La financiación presupuestaria del Régimen de Clases Pasivas debilita en gran medida el sistema público de pensiones, entendido en términos de la Seguridad Social, toda vez que hurta de la cotización empresarial a 1.000.000 de trabajadores, mientras que en el Régimen de Clases Pasivas genera un desequilibrio evidente, toda vez que los Presupuestos Generales del Estado tiene que asumir el 86% del gasto en pensiones, situación agravada por el hecho de que prácticamente la mitad de las pensiones de este

régimen son causadas por funcionarios que no prestan servicios para la Administración General del Estado, sino para las Comunidades Autónomas.

El proceso de transferencias de las competencias del Estado a las Comunidades Autónomas comportó igualmente la transferencia del personal que las desempeñaba, un personal que, por continuar perteneciendo a los denominados Cuerpos nacionales (docentes, de la Administración de Justicia), no deja de ser funcionario del Estado (y, por tanto, incluido en el Régimen de Clases Pasivas), pero que depende funcionalmente de una Administración distinta, la Administración autonómica.

El hecho de que la Administración autonómica para la que presta servicios el funcionario no cotice por ese personal constituye una disfunción del sistema público de protección social, en la medida en que el Tesoro sufraga el gasto en pensiones de todos los funcionarios encuadrados en el Régimen de Clases Pasivas, ya sean propios (de la Administración General del Estado) o ajenos (de las Comunidades Autónomas).

A título de ejemplo, en el siguiente cuadro se refleja lo que ingresa el Tesoro y la Tesorería General de la Seguridad Social, respectivamente, por un funcionario del grupo/subgrupo A1 cuya carrera administrativa le diera derecho a percibir el 100% de la pensión (datos referidos al año 2010):

GRUPO	PENSIÓN CP	PENSIÓN RG	CUOTA DP	CUOTA RGSS
AI	34.526,80	34.526,80	1.496,46	11.129,04

A la vista de estos datos, y en las circunstancias actuales, es obvio que uno de los objetivos específicos del Real Decreto-ley 13/2010 es el de dotar de una mayor estabilidad al sistema público de protección social, mediante el establecimiento de un único sistema contributivo y de reparto de las pensiones, al tiempo que se incrementa el número de cotizantes a la Seguridad Social mediante la incorporación de todo el personal funcionario de nuevo ingreso, un personal que, además, se vincula a una vida laboral de larga duración.

A ello se une el convencimiento de que no se justifica el mantenimiento de dos regímenes de protección social distintos respecto de funcionarios que pertenecen o, al menos, prestan servicios, en la misma Administración, ejerciendo la misma función y percibiendo idéntica retribución.

#### IV. Principales objetivos del real decreto-ley 13/2010

- Simplificar y armonizar los regímenes de protección social en el ámbito de las Administraciones Públicas, para evitar que dos empleados públicos encuadrados en regímenes distintos causen pensiones de diferente importe, pese a pertenecer al mismo grupo/subgrupo de clasificación, ocupar el mismo puesto de trabajo y percibir idéntica retribución.
- Mejorar la sostenibilidad de la Seguridad Social mediante el incremento del número de cotizantes, lo que propiciará, de futuro, el establecimiento de un único sistema contributivo y de reparto de las pensiones (si bien coexistirá con el sistema presupuestario aplicable a las pensiones de Clases Pasivas, causadas o que puedan causar los colectivos incluidos en el ámbito personal de cobertura de dicho régimen a 31 de diciembre de 2010).
- Ordenar y racionalizar el gasto público, ya que, en la actualidad, aproximadamente la mitad del personal incluido en el Régimen de Clases Pasivas presta servicio en las Comunidades Autónomas, con la particularidad añadida de que no se trata únicamente de funcionarios de la Administración General del Estado transferidos en su momento a la Administración autonómica, sino también de funcionarios de nuevo ingreso en esta última, en Cuerpos nacionales que mantienen su encuadramiento en el Régimen de Clases Pasivas pese a que el Estado no participa en la toma de decisiones sobre su incorporación y vicisitudes al servicio de las mismas.

#### V. Artículo 20: ámbito de aplicación y especificidades

“Artículo 20. Inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los funcionarios públicos y de otro personal de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011.

Uno.

1. Con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, el personal que se relaciona en el artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo

670/1987, de 30 de abril, excepción hecha del comprendido en la letra i), estará obligatoriamente incluido, a los exclusivos efectos de lo dispuesto en dicha norma y en sus disposiciones de desarrollo, en el Régimen General de la Seguridad Social siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de aquélla fecha.

2. La inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del personal a que se refiere el apartado anterior respetará, en todo caso, las especificidades de cada uno de los colectivos relativas a la edad de jubilación forzosa, así como, en su caso, las referidas a los tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario.

En particular, la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del personal militar de carácter no permanente tendrá en cuenta las especificidades previstas respecto de las contingencias no contempladas por figuras equivalentes en la acción protectora de dicho Régimen.

Además, la citada inclusión respetará para el personal de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, con las adaptaciones que sean precisas, el régimen de las pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas del Estado.

Dos.

El personal incluido en el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas a 31 de diciembre de 2010 que, con posterioridad a dicha fecha, y sin solución de continuidad, ingrese, cualquiera que sea el sistema de acceso, o reingrese, en otro Cuerpo que hubiera motivado, en dicha fecha, su encuadramiento en el Régimen de Clases Pasivas, continuará incluido en dicho régimen.

Continuarán rigiéndose por la normativa reguladora del Régimen de Clases Pasivas del Estado los derechos pasivos que, en propio favor o en el de sus familiares, cause el personal comprendido en la letra i) del artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado”.

#### A. Ámbito de aplicación

El artículo 20 del Real Decreto-ley dispone que el personal que ingrese en la Administración Pública española a partir de 1 de enero de 2011, cualquiera que sea el Cuerpo o Escala, quedará encuadrado en el Régimen

General de la Seguridad Social a efectos de pensiones, y si el ingreso lo es en un Cuerpo o Escala que, a 31 de diciembre de 2010, estuviera incluido en el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas del Estado, quedará incluido, además, en el ámbito personal de cobertura del Régimen del Mutualismo Administrativo (Muface/Isfas/Mugeju).

Para quien haya accedido a la Función Pública con anterioridad a 1 de enero de 2011 no se modifica su actual régimen de encuadramiento, que seguirá siendo el que le corresponda en función de la Administración a la que se vinculó con ocasión de su ingreso al servicio activo, ya sea Clases Pasivas y Mutualismo Administrativo, ya sea Seguridad Social.

Desde el punto de vista subjetivo, se trata de un cambio de régimen, no de una disminución de derechos, y afecta únicamente a quienes adquieran la condición de funcionarios de carrera o sean nombrados funcionarios en prácticas a partir del 1 de enero de 2011, no al personal encuadrado en el Régimen de Clases Pasivas con anterioridad a dicha fecha, respecto del que se salvaguardan los derechos adquiridos o en curso de adquisición.

En este sentido, el personal incluido a 31 de diciembre de 2010 en los regímenes especiales de los funcionarios públicos -civiles, militares, de la Administración de Justicia y Cortes- mantiene su doble mecanismo de cobertura -Clases Pasivas y Mutualismo Administrativo- y continúa rigiéndose por la normativa reguladora contenida en los correspondientes textos refundidos y disposiciones de desarrollo, a todos los efectos.

Y también continuarán incluidos en ambos mecanismos de cobertura quienes, desde ellos:

- promocionen a otros Cuerpos que, a 31 de diciembre de 2010, estuvieran adscritos a los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos,
- reingresen al servicio activo desde la situación administrativa de excedencia, e
- ingresen en otro Cuerpo que, a 31 de diciembre de 2010, hubiera comportado su inclusión en el ámbito personal de cobertura de los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos.

En los tres casos citados, la promoción interna, el reingreso o el ingreso en otro Cuerpo debe llevarse a cabo “sin solución de continuidad”, esto es, desde la situación administrativa en la que se encontrara el funcionario a 31 de diciembre de 2010.

La inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social es aplicable a todo “el personal que se relaciona en el artículo 2.1 del Texto Refundido

de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, excepción hecha del comprendido en la letra i)", y la razón de ser de esta exclusión no hay que buscarla en motivos espurios, sino en el hecho de que el personal relacionada en la letra i) del mencionado Texto Refundido - "expresidentes, vicepresidentes y ministros del Gobierno de la Nación, y otros cargos referidos en el artículo 51"- no se rige por la normativa propia del Régimen de Clases Pasivas, sino por una normativa singular, básicamente la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981, si bien las pensiones de este colectivo se abonan con cargo a la sección 07 del Presupuesto de Gastos del Estado, la propia de las pensiones de Clases Pasivas.

Desde el punto de vista objetivo, la inclusión de los funcionarios de nuevo ingreso en el Régimen General de la Seguridad Social a partir de 1 de enero de 2011 lo es a los exclusivos efectos del reconocimiento, la gestión y el pago de las futuras pensiones, que se atribuyen a la competencia del Instituto Nacional de Seguridad Social -INSS-, manteniéndose con el mismo alcance la acción protectora gestionada, en la actualidad, por las respectivas mutualidades de funcionarios.

Por lo tanto, la medida no afecta a la asistencia sanitaria, a la prestación farmacéutica y al resto de las prestaciones económicas (entre ellas, el subsidio de incapacidad temporal) gestionadas por Muface, Isfas y Mugeju.

Los funcionarios de nuevo ingreso, como cualquier otro trabajador del Régimen General, abonarán la cuota de Seguridad Social, y, en el caso de que estén incluidos en el ámbito personal de cobertura del Mutualismo Administrativo, abonarán, además, la cuota de Muface, Isfas o Mugeju.

La medida no tiene ninguna incidencia en la nómina que va a percibir el funcionario de nuevo ingreso, pues el salario será el que corresponda al puesto de trabajo que desempeñe, sin que el hecho de estar encuadrado en un régimen u otro lleve consigo una diferencia salarial, más allá de la que resulte de la deducción de la cotización que en cada caso corresponda.

## B. Especificidades

Para el personal al que resulta de aplicación la medida, el apartado Uno.2 del artículo 20 del Real Decreto-ley prevé algunas especificidades, entre ellas, las relativas a las edades de jubilación forzosa<sup>2</sup> y a los tribunales

2 La jubilación y el retiro forzoso se declaran de oficio al cumplir el personal de que se trate la edad legalmente señalada en cada caso como determinante de la jubilación o el retiro.

médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario.

La edad de jubilación forzosa (personal civil) y de retiro forzoso (personal militar) de los colectivos incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen de Clases Pasivas está fijada en los 65 años con carácter general, si bien algunos colectivos -docentes universitarios, Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Registradores de las Propiedad- la tienen establecida en los 70 años.

En cuanto a los primeros, aunque la mayoría puede prorrogar voluntariamente su permanencia en el servicio activo hasta los 70 años, hay colectivos que carecen de esta posibilidad, como el personal de las Fuerzas Armadas y el de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado.

¿Por qué se regula expresamente que la inclusión de los funcionarios de nuevo ingreso en el Régimen General de la Seguridad Social respetará la especificidad de cada uno de los colectivos relativa a la edad de jubilación forzosa? Hay que ponerlo en relación con el proyecto de ley de actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, aprobado en Consejo de Ministros el pasado 25 de marzo, en este momento en trámite parlamentario, que eleva a los 67 años la edad de jubilación del personal incluido en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social, si bien con un periodo transitorio hasta el año 2027.

Conforme a lo dispuesto en el apartado Uno.2 del artículo 20 del Real Decreto-ley 13/2010, esta elevación de la edad de jubilación no le será de aplicación a los colectivos que, aun encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social, tienen establecida la edad de jubilación forzosa a los 65 años y no tienen posibilidad de prorrogar.

Ello se debe fundamentalmente a razones organizativas, ya que la planificación de las plantillas de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, jerárquicamente ordenada, se distorsionaría si el citado personal permaneciera en activo hasta los 67 años.

Concurre una segunda razón, de índole presupuestaria: estos colectivos tienen establecido el pase a la reserva -Fuerzas Armadas- o a la segunda actividad -Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado- a partir de una edad determinada, en función de su grado, situación en la que permanecen en activo y, por tanto, perciben sus retribuciones de los presupuestos de los respectivos Departamentos -Defensa e Interior- hasta el retiro o la jubilación.

Con respecto a la segunda especificidad, la relativa a los tribunales médicos, tanto el Ministerio de Defensa (Unidades Médico Periciales) como

el del Interior tienen sus propios tribunales, que se mantendrán a efectos de declarar la inutilidad/incapacidad de su personal, sin perjuicio de su necesaria coordinación con los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI) del INSS, en particular, a efectos de declarar la incapacidad para causar derecho a la pensión, que, no olvidemos, la va a reconocer el INSS.

En este caso, se ha considerado que los tribunales médicos especializados pueden llevar a cabo su cometido con un mayor conocimiento de causa, dada la singularidad de algunas contingencias que caracterizan el ejercicio de la actividad del personal afectado.

Además de las especificidades señaladas, que se han de respetar “en todo caso”, el número 2 del artículo 20.Uno del Real Decreto-ley 13/2010 dispone que la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del personal militar vinculado a las Fuerzas Armadas por una relación de servicios de carácter no permanente -tropa y marinería, reservistas- “tendrá en cuenta” las especificidades previstas respecto de las prestaciones de diferente naturaleza o de las contingencias no contempladas en la acción protectora del citado régimen.

Por último, para el personal de las Fuerzas Armadas y el de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social “respetará, con las adaptaciones que sean precisas”, el régimen de las pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas del Estado.

Una de las diferencias más significativas entre ambos regímenes en materia de acción protectora es la relativa a las pensiones extraordinarias, que son aquéllas que derivan de un acto de servicio (en la terminología de Clases Pasivas) o de un accidente de trabajo (en la terminología de Seguridad Social).

Con arreglo a la normativa del Régimen de Clases Pasivas, la cuantía de la pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente o inutilidad para el servicio (así como la cuantía de las pensiones en favor de familiares) en acto de servicio o como consecuencia del mismo es el doble de la ordinaria (esto es, su importe es el 200% del haber regulador sobre el que se calcula la pensión).

En cambio, en la normativa del Régimen General de la Seguridad Social, la particularidad de la pensión de incapacidad permanente (y de las pensiones de viudedad, orfandad y en favor de padres) derivada de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional es que se calcula sobre salarios reales (en lugar de sobre bases de cotización), lo cual supone

una mejora en su cuantía, pero sin llegar a doblar el importe de la pensión derivada de enfermedad común o de accidente no laboral.

En la tramitación del Real Decreto-ley 13/2010 se justificó la necesidad de incluir esta especificidad en que el personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, por la propia naturaleza de su actividad, está sometido en mayor medida que otros colectivos a un mayor riesgo de sufrir una contingencia en acto de servicio, y no parecía razonable que la prestación que pudiera causar, en propio favor o en favor de sus familiares, se determinase en función de una normativa reguladora diferente en función, únicamente, de la fecha en que el citado personal hubiera ingresado al servicio del Estado.

No obstante, se trata de una cuestión no exenta de problemas, porque lo que es indudable es que las pensiones causadas por el personal que ingrese a partir de 1 de enero de 2011 las va a reconocer el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y tendrá que hacerlo respetando el régimen de las pensiones extraordinarias de Clases Pasivas pero “con las adaptaciones que sean precisas”. ¿Qué significa esto? ¿Se van a calcular con arreglo a haberes reguladores o conforme a salarios reales? ¿Se va a doblar su importe?

Habrà que estar a lo que dispongan las normas de desarrollo del Real Decreto-ley, pero no es aventurado pronosticar las dificultades de adaptación que se van a producir, ya que la naturaleza de las pensiones extraordinarias de Clases Pasivas es más propia de una prestación indemnizatoria que de una prestación sustitutiva de rentas salariales, como la concibe el INSS, de acuerdo con el carácter contributivo del Régimen General de la Seguridad Social.

En todo caso, parece que habrá que perfilar qué es un “acto de servicio” y qué genera el derecho a una pensión extraordinaria, máxime cuando a partir del 1 de enero de 2011 es la jurisdicción social la que se encarga de dirimir estos litigios, y este ámbito de la jurisdicción es más permisivo, en principio, que el orden contencioso-administrativo, revisor de Clases Pasivas.

A su vez, una modalidad de las pensiones extraordinarias es aquélla en que la incapacidad o el fallecimiento es consecuencia de un acto terrorista, y tanto el Régimen de Clases Pasivas como el Régimen General de la Seguridad Social reconocen estas pensiones con arreglo a sus propias normas.

## VI. Disposiciones transitorias y finales

### A. Disposición transitoria cuarta

“Régimen transitorio aplicable al personal incluido a 31 de diciembre de 2010 en el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas incluidos a 31 de diciembre de 2010 en el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas del Estado, así como los que pudieran causar los que a esa misma fecha tuvieran la condición de alumnos de Academias y Escuelas Militares, se regirán por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, y sus disposiciones de desarrollo”.

La disposición transitoria cuarta del Real Decreto-ley 13/2010 refrenda lo dispuesto en el artículo 20.Uno de la misma norma; éste prevé que, a partir de 1 de enero de 2011, el personal relacionado en el artículo 2.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado que adquiriera la condición de funcionario de carrera o en prácticas quedará incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, de donde se desprende, a sensu contrario, que si ese mismo personal hubiera adquirido la referida condición con anterioridad a esa fecha estará incluido en el Régimen de Clases Pasivas del Estado y se regirá con arreglo a su normativa reguladora.

En este sentido, la disposición transitoria cuarta resulta innecesaria, por reiterativa, si bien en la tramitación de la norma se consideró oportuna su inclusión con objeto de despejar cualquier duda sobre el ámbito de aplicación subjetivo, objetivo y temporal del Real Decreto-ley.

### B. Disposición Transitoria Quinta

Reducción transitoria de la aportación empresarial a la cotización de la seguridad social a partir de 1 de enero de 2011

La aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes de los funcionarios públicos que ingresen en la respectiva Administración Pública a partir de 1 de enero de 2011 y estén incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 20 de este Real Decreto-ley, quedará reducida de manera que en el año 2011 se abonará el 25 por ciento de la que correspondería con arreglo a la normativa de aplicación, incrementándose el porcentaje en un 25 por ciento por cada año que

transcurra hasta alcanzar el cien por cien transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley”.

La entrada en vigor del Real Decreto-ley 13/2010 supone un reto para las habilitaciones y órganos de personal de las diferentes Administraciones Públicas, en la medida en que en cada una de ellas pueden concurrir funcionarios adscritos a tres regímenes de protección social distintos: el Régimen General de la Seguridad Social, el Régimen de Clases Pasivas del Estado/Mutualidades, y un nuevo régimen, híbrido, el Régimen General de la Seguridad Social/Mutualidades.

Cada uno de estos tres regímenes de protección social cuenta con un régimen de cotización diferente:

- RGSS: 23.60% de cuota empresarial y 4.70% de cuota obrera, sobre bases de cotización.
- RCP/Mutualidades: 3,86% de cuota de derechos pasivos y 1,69% de cuota de mutualidades, sobre haberes reguladores.
- RGSS/Mutualidades: 23.60% de cuota empresarial y 4.70% de cuota obrera, sobre bases de cotización, y 1,69% de cuota de mutualidades, sobre haberes reguladores.

En cuanto a la aportación de la empresa-Administración, en la medida en que el personal de nuevo ingreso queda encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social, es evidente que el gasto de personal de las Administraciones Públicas -Capítulo I de los presupuestos- se va a resentir, ya que éstas tienen que sufragar, con cargo a su presupuesto, una cuota que ha sido hasta ahora inexistente respecto del colectivo de funcionarios incluidos en el Régimen de Clases Pasivas del Estado.

De ahí que para evitar que esa sobrecarga presupuestaria resulte especialmente gravosa, al menos en los primeros años, se ha incluido esta disposición transitoria con arreglo a la cual la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes será, en el año 2011, del 25%, y el porcentaje se incrementará en un 25% adicional en cada uno de los tres ejercicios siguientes.

Esta reducción en la aportación empresarial sólo se aplica a las contingencias comunes (la correspondiente a las contingencias profesionales -accidente de trabajo y enfermedad profesional- se abonará íntegramente, de acuerdo con la tarifa de primas establecida para los diferentes sectores de la actividad) y únicamente al personal incluido en el ámbito de aplicación del artículo 20 del Real Decreto-ley (es decir, al personal que, a partir

de 1 de enero de 2011, ingrese en un Cuerpo que, a 31 de diciembre de 2010, estuviera incluido en el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas).

En cuanto a la aportación del trabajador-funcionario, el personal adscrito a este nuevo régimen mixto abona la cuota obrera y, además, la cuota de mutualidades, siendo así que ello supone una sobrecotización, por cuanto la primera cubre las contingencias que sufraga la segunda.

En la práctica, la Tesorería General de la Seguridad Social está aplicando un tipo reducido en la cuota obrera, que se justifica por el hecho de que el tipo general se aplica a pensiones y subsidios, siendo así que, para el colectivo de nuevo ingreso, sólo resulta aplicable a efectos de pensiones, pero no a efectos de subsidios, ya que éstos siguen cubiertos por las respectivas mutualidades.

Y, por otra parte, se ha incluido en la disposición final primera del Real Decreto-ley una previsión “de adaptación del tipo de cotización a cargo del funcionario teniendo en cuenta las prestaciones satisfechas por el Mutualismo administrativo”.

En todo caso, ¿se puede afirmar que el importe de la cuota obrera es equivalente al de la cuota de derechos pasivos/mutualidades? Es difícil establecer una comparación, dado que la primera se calcula sobre bases de cotización y las segundas sobre haberes reguladores, siendo así que las bases de cotización están en función de los salarios reales mientras que los haberes reguladores se determinan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio económico en función del Cuerpo de pertenencia del funcionario.

No obstante, lo que sí se puede afirmar es que hay una cierta equivalencia entre el esfuerzo que asume el trabajador, en términos de cotización, y la protección que recibe del sistema, ya que la mayor cotización del Régimen General de la Seguridad Social se compensa, normalmente, con una pensión de cuantía más elevada (con la excepción de las pensiones de jubilación de los funcionarios del grupo A1, por el hecho de estar topadas en ambos regímenes, es decir, de estar sometidas al límite máximo de percepción de las pensiones públicas que se fija para cada ejercicio económico en la Ley de Presupuestos Generales del Estado).

### C. Disposición Final Primera. Facultades de desarrollo

1. “Se faculta a los Ministros de Economía y Hacienda, de Trabajo e Inmigración, de Política Territorial y Administración Pública, de Jus-

ticia y de Defensa, en el ámbito de sus respectivas competencias, para dictar o proponer al Gobierno, según proceda, las normas de aplicación, desarrollo y, en especial, de adaptación del tipo de cotización a cargo del funcionario teniendo en cuenta las prestaciones satisfechas por el Mutualismo administrativo, que resulten necesarias, respecto de los colectivos afectados por el artículo 20 y disposición transitoria cuarta del presente Real Decreto-ley.

2. Se autoriza al Gobierno para que, a propuesta del Ministerio de Trabajo e Inmigración y de acuerdo con los Ministerios de Defensa, Justicia e Interior, proceda a la armonización progresiva de las especificidades a que se refiere el apartado Uno del artículo 20 de presente Real Decreto-ley, a efectos de que, en el plazo de 5 años, a dichos colectivos les sea plenamente aplicable la normativa del Régimen General de la Seguridad Social.
3. Se faculta al Ministro de Trabajo e Inmigración para dictar las disposiciones que, en el ámbito de sus competencias, sean precisas para el desarrollo y ejecución de lo establecido en este Real Decreto-ley”.

Para que el proceso de inclusión de los funcionarios de nuevo ingreso en el Régimen General de la Seguridad Social llegue a buen puerto, se faculta a los titulares de distintos Departamentos ministeriales con competencias en materia de protección social de los empleados públicos para dictar o proponer al Gobierno las normas de aplicación y desarrollo que sean precisas, en concreto, a los Ministros de Economía y Hacienda y de Trabajo e Inmigración (Clases Pasivas y Seguridad Social), y los Ministros de Política Territorial y Administración Pública, Defensa y Justicia (Muface, Isfas y Mugeju).

En la medida en que el personal de nuevo ingreso queda encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social, corresponde al Ministerio de Trabajo e Inmigración tomar la iniciativa y adoptar las medidas oportunas, y es previsible en este sentido que las mayores dificultades se planteen en el ámbito de la cotización y de la acción protectora, por dos razones:

- La naturaleza contributiva propia del Régimen General de la Seguridad Social comporta que “a igual protección igual cotización”, o dicho en otros términos, si la acción protectora es la misma la cotización no puede ser más reducida, pues esta postura es difícilmente defendible, máxime en estos momentos de contención del gasto público.
- La disposición final primera.2 del Real Decreto-ley 13/2010 estable-

ce que el Gobierno armonizará progresivamente las especificidades a que se refiere el artículo 20.Uno, de tal modo que en un plazo de cinco años a estos colectivos “les sea plenamente aplicable la normativa del Régimen General de la Seguridad Social”.

Con respecto a las disposiciones finales segunda (título competencial) y tercera (entrada en vigor) del Real Decreto-ley 13/2010, el título competencial habilitante de la materia objeto de la presente ponencia es el artículo 149.1 de la Constitución en sus apartados 17 (legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social) y 18 (régimen estatutario de los funcionarios públicos), y su eficacia se difiere al 1 de enero de 2011, por más que la norma entrara en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (el 3 de diciembre de 2010).

## VII. Criterios interpretativos a la vista de la práctica administrativa

La inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de todos los funcionarios que ingresen en la Administración Pública española a partir de 1 de enero de 2011 supone, además de un avance significativo en el proceso de armonización entre los dos regímenes de protección social en que se encuadran los funcionarios públicos en España, una reforma estructural que ha generado algunas dudas interpretativas entre los órganos de personal que deben aplicar la medida.

Si bien la casuística que puede plantearse es más amplia y compleja que la relacionada a continuación, la aplicación práctica del artículo 20.Uno del Real Decreto-ley supone:

1) Personal que ingrese en la Administración Pública a partir de 1 de enero de 2011

El personal que adquiera la condición de funcionario de carrera o en prácticas en cualquier Cuerpo o Escala de la Administración Pública española a partir de 1 de enero de 2011 queda incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, y si ingresa en un Cuerpo o Escala que, a 31 de diciembre de 2010, estuviera adscrito al Régimen Especial de los Funcionarios Públicos, civiles, militares o de la Administración de Justicia, queda incluido, además, en el Mutualismo Administrativo, a efectos de las prestaciones gestionadas por Muface, Isfas o Mugeju.

Por el contrario, si ingresa en un Cuerpo o Escala que a 31 de diciembre de 2010 estuviera adscrito al Régimen General de la Seguridad Social, la inclusión en este régimen lo será a todos los efectos.

2) Personal ingresado en la Administración Pública con anterioridad a 1 de enero de 2011

a) El personal que haya adquirido la condición de funcionario de carrera o en prácticas con anterioridad a 1 de enero de 2011 estará incluido en el régimen de protección social que le corresponda –el General de la Seguridad Social o el Especial de los Funcionarios Públicos–, en función de la Administración y del Cuerpo o Escala al que se vinculó con ocasión de su ingreso al servicio del Estado.

En consecuencia, el personal incluido a 31 de diciembre de 2010 en el Régimen Especial de los Funcionarios Públicos, con su doble mecanismo de cobertura, Clases Pasivas y Mutualismo Administrativo, continuará rigiéndose por la normativa reguladora contenida en los respectivos textos refundidos y disposiciones de desarrollo, en tanto en cuanto no se modifique su régimen de encuadramiento.

b) El personal incluido a 31 de diciembre de 2010 en el Régimen Especial de los Funcionarios Públicos que, con posterioridad y sin solución de continuidad, promoció a otros Cuerpos o Escalas que, a dicha fecha, hubieran comportado su inclusión en el mismo Régimen Especial, continuará incluido en ambos mecanismos de cobertura.

c) El personal que a 31 de diciembre de 2010 estuviera en situación de excedencia en un Cuerpo o Escala adscrito al Régimen Especial de los Funcionarios Públicos y, con posterioridad a esa fecha y sin solución de continuidad, reingrese al servicio activo en el citado Cuerpo o Escala o ingrese en un Cuerpo o Escala que, en aquélla fecha, hubiera determinado su inclusión en el mismo Régimen Especial, quedará incluidos en éste y conservará el doble mecanismo de cobertura, Clases Pasivas y Mutualismo Administrativo.

3) Personal laboral y personal funcionario de empleo.

El personal laboral y el personal funcionario de empleo, eventual e interino, que adquiriera la condición de funcionario de carrera o en prácticas a partir de 1 de enero de 2011, quedará incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, con independencia del Cuerpo o Escala al que ac-

ceda, y si ingresa en un Cuerpo o Escala que, a 31 de diciembre de 2010, estuviera adscrito al Régimen Especial de los Funcionarios Públicos, estará incluido, además, en el Mutualismo Administrativo.

## VIII. El Régimen de Clases Pasivas del Estado: perspectivas de futuro

Como se ha puesto de manifiesto, el Régimen de Clases Pasivas del Estado viene cumpliendo su cometido con razonable eficacia desde hace casi dos siglos, y es previsible que, de futuro, siga haciendo lo propio, aun cuando en los últimos años han sido reiteradas las medidas que han aproximado el Régimen de Clases Pasivas al Régimen General de la Seguridad Social. Hasta la fecha, la última de estas medidas, y la más significativa por su alcance, es el Real Decreto-ley 13/2010.

Al mismo tiempo, es previsible que se sigan dando pasos en el proceso de armonización entre ambos regímenes respecto del personal que, a 31 de diciembre de 2010, estuviera incluido en el Régimen de Clases Pasivas, al que no resulta de aplicación el Real Decreto-ley en cuanto a su régimen de protección social.

En este sentido, el proyecto de ley de actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social regula lo que puede ser una hoja de ruta para futuras reformas en el Régimen de Clases Pasivas.

No puede obviarse el hecho de que 1.500.000 de empleados públicos están incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, y que, por lo tanto, las modificaciones que se lleven a cabo en el ámbito de la Seguridad Social llevarán, de modo necesario, a modificar la normativa reguladora del Régimen de Clases Pasivas, con las adaptaciones que sean precisas en razón de la particularidad de algunos de sus colectivos.

No tendría ningún sentido, y sería difícilmente justificable en las circunstancias actuales, que al mismo tiempo que se ha decidido terminar, de futuro, con la coexistencia de dos regímenes de protección social en el ámbito de la Función Pública, las diferencias existentes entre el Régimen General de la Seguridad Social y el Régimen de Clases Pasivas no sólo se mantuvieran, sino que se acrecentaran como consecuencia de que las medidas que introdujera el primero no se incorporasen al segundo en los mismos o similares términos.

El Régimen de Clases Pasivas del Estado seguirá teniendo voz y voto en las reformas normativas que se lleven a cabo en los próximos años, hasta que se jubile o se retire el último de los efectivos incluidos en su ámbito de aplicación o, en su caso, hasta que quien tiene la competencia para ello se plantee la integración de todo el colectivo en el Régimen General de la Seguridad Social, pero eso, llegado el caso, será objeto de otra ponencia.

# Capítulo 22

## Hacia el fin del sistema decimonónico de Clases Pasivas: los primeros pasos para la desaparición paulatina de los regímenes especiales de los funcionarios públicos<sup>1</sup>

---

DR. MANUEL-JESÚS DOLZ LAGO  
*Fiscal del Tribunal Supremo*

### I. El Sistema de Clases Pasivas como pieza decimonónica de los regímenes especiales de los funcionarios públicos

La doctrina sobre Clases Pasivas y Seguridad Social<sup>2</sup> ha resaltado cómo el sistema de Clases Pasivas, al tiempo que es una de las piezas estructurales de los regímenes especiales de los funcionarios públicos (de la Administración Civil del Estado, de la Administración de Justicia y de las Fuerzas Armadas) junto con el Mutualismo Administrativo, es el antecedente histórico de nuestra actual Seguridad Social.

En efecto, como es conocido, en los antecedentes históricos de la Segu-

---

1 Trabajo publicado en el número 25 de la Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de Iustel (publicación electrónica)

2 Véase *in extenso* en DOLZ LAGO, MJ. *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 61 y ss. En esta obra se recoge toda la bibliografía sobre Clases Pasivas desde 1884 hasta 2004 así como las referencias legislativas y jurisprudenciales, a la que nos remitimos en aras a la brevedad expositiva.

ridad Social está la constitución de los Montepíos de funcionarios militares en 1761<sup>3</sup>. Estos Montepíos militares son la primera manifestación de un sistema de previsión en el que encuentra sus raíces el actual sistema de Seguridad Social. Hay que recordar que las pensiones de jubilación y retiro de los funcionarios (derechos pasivos) derivadas de la incautación estatal de los fondos de los Montepíos en 1831, denominadas en 1862 pensiones del Tesoro, son muy anteriores a las de los trabajadores, que tuvieron su primer reconocimiento con el Retiro Obrero en 1919. De ahí que se haya expresado por la doctrina<sup>4</sup>, entre otros de los trabajos más solventes sobre la materia<sup>5</sup>, que los Montepíos de los funcionarios militares están en la protohistoria de nuestra Seguridad Social.

Anotado el antecedente histórico, el sistema de Clases Pasivas desde su origen en el siglo XIX atiende las prestaciones derivadas de las contingencias de jubilación, muerte y supervivencia de los funcionarios públicos, civiles y militares. El Real Decreto de 3 abril de 1828, complementario del primer Estatuto de los funcionarios públicos aprobado por Real Decreto de 7 febrero 1827 (Estatuto de López Ballesteros), reguló el aspecto económico de todos los empleados públicos y no sólo de los de Hacienda, a los que se contraía el RD de 7 febrero 1827, estableciendo por primera vez la jubilación y los haberes pasivos de los funcionarios públicos<sup>6</sup> hasta la actual regulación representada por el Texto Refundido de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 abril<sup>7</sup>, pasando por el famoso Estatuto de Clases Pasivas de 22 octubre 1926, que fue el primer cuerpo legislativo codificado sobre la materia.

Al crearse el actual sistema de Seguridad Social mediante su Ley de Bases de Seguridad Social, Ley 193/1963, de 28 diciembre<sup>8</sup>, “los funciona-

3 Cfr. DOLZ LAGO, MJ “El régimen especial de seguridad social de las Fuerzas Armadas”, *Revista Española de la Seguridad Social*, número 10, 1981.

4 Ver ALONSO OLEA, M. *Instituciones de la Seguridad Social*, Madrid, 1974, pág. 35, nota 17.

5 ALONSO OLEA, M. y SERRANO GUIRADO, E. *La seguridad social de los funcionarios públicos*, Madrid, 1957 y VILLA GIL, L.E. “La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado”, *Revista de la Administración Pública*, núm. 40 (1963) y *Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos* (ENAP), Alcalá de Henares, 1971

6 Con más detalle, DOLZ LAGO, MJ *El Régimen Especial...* cit. pág. 62 y ss. y bibliografía allí citada, destacando CANALES GIL, *El sistema español de Clases Pasivas del Estado*, Cédecs, Barcelona, 1996.

7 BOE 27 mayo 1987, corrección de errores BOE 18 julio 1987.

8 BOE del 30. Cfr. ALMANSA PASTOR, J.M. *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid,

rios públicos, civiles y militares en cualquier situación” se estimaron comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social (Base 2ª), encuadrados en regímenes especiales (Base 3ª), conforme ya había anunciado la Ley de Bases de Funcionarios Civiles del Estado de 20 septiembre 1963, en cuya Base X, apartado. 7º, prometía el establecimiento de un régimen especial de seguridad social para los funcionarios<sup>9</sup>.

Esta situación legislativa permitió afirmar<sup>10</sup> que los funcionarios públicos, civiles y militares, a pesar del mantenimiento de singulares mecanismos de protección propios de la Previsión social administrativa como son las Clases Pasivas, están incluidos en el sistema de Seguridad Social a través de sus respectivos regímenes especiales, como sin ninguna duda se desprende del art. 7.1.e) de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 junio<sup>11</sup>.

En la actualidad, los regímenes especiales de los funcionarios se reducen a tres, el de la Administración Civil del Estado, el de la Administración de Justicia y el de las Fuerzas Armadas (art. 10.2.d) del TRLGSS 94, ya que los funcionarios de la Administración Local quedaron integrados en el régimen general en virtud del RD 480/1993, de 2 abril<sup>12</sup>. También están encuadrados en el régimen general los funcionarios de las Comunidades Autónomas –o a ellas transferidos y que ingresen voluntariamente en Cuerpos o Escalas propios de estas Administraciones Públicas territoriales (STS -3ª- de 17 de junio 1991), los de la Administración institucional del Estado, los funcionarios interinos y de empleo al servicio de la Administración civil y los contratados temporalmente y funcionarios en prácticas.

Las normas creadoras de los regímenes especiales de los funcionarios públicos conservaron las Clases Pasivas como mecanismo de cobertura de

---

Tecnos, 1ª ed. 1973 y VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A. *Manual de la Seguridad Social*, ed. Aranzadi, 1976. Para una bibliografía histórica sobre la Seguridad Social ver VILLA GIL, L.E. (Director) *et alius*, *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, epígrafe redactado por GARCIA VIÑA, J. y PÉREZ-BEDMAR, págs. 938 y ss.

9 Véase GARCIA NINET, J.I. y DOLZ LAGO, MJ, en Tema 28 “Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos”, en VILLA GIL, L.E. (Director) *et alius*, *Derecho de la Seguridad Social*, citada, págs. 830 y ss.

10 En contra, AGUIRRE, F. *El sistema de Clases Pasivas*, ed. Comares, Granada, 1989.

11 BOE del 29

12 Aunque las disposiciones transitorias 3ª y 4ª del RD 480/1993 fueran anuladas por la STS -3ª-, Sección 7ª, de 29 septiembre 1995.

dichos regímenes junto con la Ayuda Familiar<sup>13</sup> y el Mutualismo Administrativo<sup>14</sup>, regulándose las Clases Pasivas por su legislación específica.

En los años 80, para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, se pretendió regular ambos mecanismos, Clases Pasivas y Mutualismo Administrativo, de forma unitaria pero, finalmente, no fue posible. Así, la Disposición Adicional 5ª de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981, en su apartado 5º, decía: “El Gobierno, en el plazo de un año, a contar desde la entrada en vigor de esta Ley aprobará y remitirá al Congreso de los Diputados, a propuesta de los Ministros de Hacienda y Presidencia, y oída la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, un proyecto de Ley que regule el régimen especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado en su doble mecanismo de Clases Pasivas y Mutualismo Administrativo, habilitando los medios económicos necesarios, en todo caso, en los Presupuestos Generales del Estado para 1982”.

En congruencia con este mandato legal, la OM de 15 de mayo de 1981<sup>15</sup> creó una Comisión de Dirección para el estudio y elaboración de la propuesta de anteproyecto de la Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, cuyos trabajos no se llegaron a conocer, quedando incumplido el mandato legal de la nueva Ley hasta casi 20 años después en que se dicta el nuevo Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo 4/2000, de 28 junio, en virtud del mandato contenido en el art. 62 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social<sup>16</sup>, si bien no recogiendo la pretensión integradora

---

13 La Ayuda familiar después de su supresión en 1991 por la Disposición Adicional 9ª de la Ley 31/1991, de 30 diciembre, con efectos de 1 enero 1992, quedó sustituida por la Prestación por hijo a cargo, estableciéndose en la Disposición Adicional 8ª del TRLGSS de 1994 que las prestaciones por hijo a cargo, en su modalidad contributiva, contenidas en la capítulo IX del título II de la Ley, será de aplicación a todos los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social.

14 Véase para funcionarios de la Administración Civil del Estado, el art. 2 de la Ley 29/1975, de 27 junio (en la actualidad, Texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 4/2000, de 23 junio –BOE del 28-); para funcionarios de la Administración de Justicia, RDL 16/1978 (en la actualidad, Texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 3/2000, de 23 junio –BOE del 28-); para las Fuerzas Armadas, Ley 28/1975, de 27 junio (en la actualidad, Texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/2000, de 9 junio –BOE del 14);

15 BOE del 16

16 Dicho precepto facultaba al Gobierno para que en el plazo de un año a partir de su entrada en vigor procediera a la elaboración de un texto refundido que regularizara,

en una sola norma de los dos mecanismos del régimen especial, Clases Pasivas y Mutualismo Administrativo, regulándose las Clases Pasivas por su normativa específica.

En conclusión, las Clases Pasivas pervivían desde su concepción decimonónica como una pieza clave de los regímenes especiales de los funcionarios públicos, formando uno de sus mecanismos de cobertura ante las contingencias de jubilación, muerte y supervivencia, en clara asintonía con la moderna configuración del sistema de la Seguridad Social, en cuya estructura no dejaban de representar un vestigio histórico que, conforme a lo dispuesto en el art. 20 del RDL 13/2010, de 3 diciembre<sup>17</sup>, a partir del 1 de enero de 2011, comenzará lentamente a desaparecer, facilitando la integración de estos regímenes especiales en el régimen general.

## II. Sobre la integración de los regímenes especiales en el Régimen General de la Seguridad Social: la simplificación del Sistema de Seguridad Social y el Pacto de Toledo

La reflexión doctrinal sobre la necesaria integración de los regímenes especiales en el régimen general nace con la misma génesis del sistema de Seguridad Social<sup>18</sup> y se prolonga hasta nuestros días, como se reflejan en los sucesivos informes del Pacto de Toledo de 1995, 2003 y 2011 acerca de la simplificación del sistema e integración de regímenes especiales.

La Ley 193/1963, de 28 diciembre, de Bases de la Seguridad Social, en su base tercera fijó el establecimiento de regímenes especiales en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciera preciso para la adecuada aplicación de los beneficios de la seguridad social. En congruencia con ello, el Decreto 2064/1974, de 30 mayo, por

---

aclarara y armonizara la Ley 29/1975 y sus modificaciones posteriores con las disposiciones contenidas en normas con rango de ley, que hubieran incidido en el ámbito del mutualismo administrativo gestionado por la MUFACE. Este plazo se prorrogó hasta el día 30 de junio de 2000, en virtud de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

17 Convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 14 diciembre 2010 (BOE nº 309, de 21 diciembre 2010)

18 Para una detallada exposición de esta génesis, véase VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A. *Manual de Seguridad Social* (1979), citado, págs. 181 y ss. donde se aborda la reforma de la Seguridad Social a partir de 1963.

el que se aprobó el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974<sup>19</sup>, transcribió dicha base tercera y en su art. 9 estableció que nuestro sistema de seguridad social se integra por el régimen general y los regímenes especiales, estructura que persiste en el vigente texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio<sup>20</sup>.

La doctrina criticó pronto esta situación indicando que “la ambigüedad de las razones justificativas del establecimiento de regímenes especiales ha propiciado la profusión de éstos más por criterios de oportunidad política que por imperiosa justificación técnico jurídica. (...) en unas ocasiones predomina la explicación socioeconómica y demográfica, en otras prevalece el lastre histórico de situaciones de privilegio, en otras, en fin, la situación deprimida del sector y su insuficiencia financiera” (ALMANSA, 1976)<sup>21</sup>

En cuanto a los regímenes especiales de los funcionarios públicos, VIDA SORIA, 1972, ya sostuvo que estos regímenes eran una reliquia del pasado y que sus motivaciones eran supuestos conflictos de competencias interministeriales, situaciones de encasillamiento en mutualidades por Ministerios, sentimientos clasistas de las colectividades de funcionarios y supuestas dificultades presupuestarias de los organismos “empleadores”, todas ellas absolutamente irreconciliables con las directrices de la Seguridad Social.

Por mi parte<sup>22</sup>, en relación con los funcionarios públicos, tras recoger todas las razones aducidas por otros autores, expresaba que la explicación histórico-sociológica era la que me resultaba más convincente desde una concepción clasista del funcionariado frente al resto de los trabajadores por cuenta ajena, que tenía su raíz en el propio origen de la legislación laboral y de la seguridad social, centrada en el objetivo de “la defensa del orden

19 BOE del 22 y 29 julio

20 BOE del 29

21 *Derecho de la Seguridad Social*, (1976) citado, tomo II, pág. 223. Otros autores decían lo siguiente: “la escisión del marco de la Seguridad Social en dos modelos básicos de protección, a saber, Régimen General y Regímenes Especiales, se presenta como una realidad más sufrida o soportada que deliberadamente propuesta; los Regímenes Especiales subsisten tras la promulgación de la Ley de Bases de 1963, debido a la “imposibilidad de la misma para superar las diferencias ya existentes antes de ella” (BAYÓN CHACÓN)” (MONTROYA MELGAR, A. en “La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones”, *Revista de Política Social*, 1973, 95, págs. 2 y ss. Por su parte, VIDA SORIA coincidía en apuntar esta razón mecánica de existencia de regímenes especiales en su artículo “Régimen General y Regímenes Especiales”, *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de Valencia*, 1972, núm. 3, págs. 49 y ss.

22 Véase con más detalle en *El Régimen Especial de Seguridad Social de los funcionarios de la Administración Civil del Estado* (2002), citado, págs. 52 y ss.

social burgués” (GARCIA NINET, 1971)<sup>23</sup>, al que el funcionariado sirve mediante el aparato del Estado y no hace peligrar.

Así las cosas, encontrándose las críticas a la fragmentación de la Seguridad Social en su propia génesis, también desde estos orígenes se ha abogado por la simplificación del sistema y articulación en dos grandes regímenes, el de los trabajadores por cuenta ajena y el de los trabajadores autónomos.

El Pacto de Toledo (1995-2003-2011)<sup>24</sup> incidió en sus recomendaciones en la simplificación de la Seguridad Social y la integración de los regímenes especiales en el régimen general, en sus Recomendaciones Cuarta y Sexta, que disponían lo siguiente:

“a’) Financiación de los regímenes especiales y simplificación e integración de regímenes especiales (1995)

Modificar en lo posible la situación actual, bajo el criterio de que, a igualdad de acción protectora, debe ser también semejante la aportación contributiva.

La experiencia nos demuestra que existen ciertas disfunciones en cada uno de los regímenes especiales que se apartan de los fines para los que fueron creados.

Por ello, y desde la previsión legal existente de unificación de las estructuras del sistema, la Ponencia recomienda que se continúe con este proceso reduciendo de manera gradual el número de regímenes actualmente existentes y logrando la plena homogeneización del sistema público de

23 “El fundamento del Derecho del Trabajo”, *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de Valencia*, nº 1, 1971, pág. 65 a 69.

24 Véase TORTUERO PLAZA, J.L. “Materiales y reflexiones sobre el Pacto de Toledo”, en *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, 1ª ed.. 2007, págs. 327 y ss. Recuérdese – con este autor- que el llamado Pacto de Toledo responde a una Proposición no de ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en 15 febrero 1994, por la que se planteó la creación de una Ponencia en el seno de la Comisión de Presupuestos, con la finalidad de elaborar un informe dedicado a analizar los problemas estructurales de la Seguridad Social y a indicar las principales reformas que a tal efecto debían de acometerse. La Ponencia está integrada por representantes de los distintos grupos parlamentarios, aprobando un primer informe por el Congreso de los Diputados por unanimidad el 6 abril 1995. En cumplimiento de las propias recomendaciones de este Informe se constituyó una Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones iniciales, compuesta por veinticinco Diputados designados por los grupos parlamentarios, que emitió un Informe aprobado en sesión de 30 septiembre 2003 y publicado en el BOCG de 2 octubre 2003.

pensiones, de manera que a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien en el régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien en el de los trabajadores por cuenta propia, contemplando, no obstante, las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo.

b') Financiación, simplificación e integración de regímenes especiales (2003)

La Comisión constata que se ha iniciado una aproximación de las cotizaciones de determinados Regímenes Especiales respecto de los niveles de protección que en la actualidad disfrutan.

La Comisión considera oportuno agilizar en mayor medida la labor iniciada a los efectos de establecer una protección social equiparable entre los diferentes regímenes. Esta equiparación deberá realizarse teniendo en cuenta las peculiaridades de los colectivos a quienes va dirigida con el fin de superar las desigualdades que pudiesen subsistir, sin olvidar la adecuada correspondencia que debe existir entre la aportación contributiva y el nivel de acción protectora dispensada.

Asimismo, la Comisión estima que debe impulsarse la labor de simplificación en orden a la existencia futura de dos grandes regímenes en los que queden encuadrados, por un lado, los trabajadores por cuenta ajena y, por otro lado, los trabajadores por cuenta propia.

Ahora bien, con anterioridad a dicho proceso de simplificación, la Comisión considera necesario impulsar un análisis exhaustivo de la situación actual de los Regímenes Especiales Agrario y del Mar y de los sectores económicos en ellos protegidos. Iniciado el proceso de integración, la Comisión estima indispensable que ésta se produzca de manera gradual y no traumática, y que se mantengan las especialidades que procedan con relación a cada uno de tales colectivos, estudiando el establecimiento de períodos graduales de integración y/o la posibilidad de que las mismas sean financiadas, en parte, por el sistema de Seguridad Social. Asimismo, se continuarán adoptando las medidas necesarias para evitar discriminaciones de la mujer que pudieran producirse en el Régimen Especial Agrario.

Así, la Comisión destaca las medidas aprobadas que han permitido ir equiparando los derechos de los trabajadores autónomos al Régimen General, e insta a seguir avanzando en el proceso de reconocimiento de la categoría de trabajadores autónomos en aras a conseguir su progresiva equiparación al Régimen General de la Seguridad Social.

b') Financiación, simplificación e integración de regímenes especiales (2011)<sup>25</sup>

La Comisión considera necesario culminar el proceso de simplificación en orden a la existencia de dos grandes regímenes en los que queden encuadrados, por un lado, los trabajadores por cuenta ajena y, por otro lado, los trabajadores por cuenta propia. Dentro de este contexto sería oportuno alcanzar una protección social equiparable entre estos dos regímenes. En esta línea, la Comisión considera necesario continuar avanzando en la plena equiparación de los derechos de los trabajadores autónomos con los derechos de los trabajadores del Régimen General; en especial, en materia de incentivos para promover la continuidad de su actividad profesional, en materia de jubilación anticipada y en materia de trabajo a tiempo parcial.

Asimismo, la Comisión considera necesario promover, de manera gradual, las medidas necesarias para aproximar las bases de cotización de los trabajadores autónomos a los ingresos percibidos por los mismos.

Además, la Comisión estima pertinente que todas las medidas que desarrollen los acuerdos del Pacto de Toledo tengan en cuenta la realidad específica del trabajo autónomo, articulando para ello los mecanismos necesarios que permitan que los trabajadores autónomos participen en los procesos que les afecten.

La Comisión entiende que deben incrementarse los niveles de transparencia e información a los trabajadores autónomos para permitir una elección responsable y adecuada de sus bases de cotización con el objetivo de mejorar la suficiencia de sus pensiones futuras.

La Comisión estima necesario adoptar las medidas oportunas para extender la cotización al sistema de Seguridad Social por cualquiera de los trabajos realizados en todos los sectores de actividad económica. Esto supondría extender la posibilidad de cotizar al conjunto del colectivo de becarios de post grado, así como la inclusión, a través de un sistema ágil y sencillo, de todas las personas sujetas al Régimen Especial de trabajadores al servicio del hogar familiar, a partir de cualquier trabajo periódico.

En particular sería conveniente terminar la integración definitiva de los siguientes regímenes especiales: Agrario por cuenta ajena, de los trabajadores del Mar y de los trabajadores al servicio del hogar familiar. Para conseguirlo deberán respetarse periodos graduales de integración atendiendo a las especialidades de los sectores de población acogidos a ellos.

De igual modo, la Comisión considera oportuno que se proceda a un

---

25 En negrilla las innovaciones de 2011. Aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del 25 enero 2011.

análisis de la regulación actual de los sistemas especiales de la Seguridad Social, en orden a verificar si siguen manteniéndose las razones y circunstancias que motivaron su establecimiento para, en caso de ser necesario, proceder a su paulatina reordenación y simplificación.

En esta línea, la Comisión considera pertinente seguir avanzando en el proceso de convergencia y armonización entre el Régimen General y el Régimen de Clases Pasivas, que deberá hacerse de manera gradual y sin afectar a expectativas de derechos, ni a derechos legítimamente adquiridos”

El Pacto de Toledo no se refiere directamente a la integración del régimen de Clases Pasivas en el régimen general sino a su convergencia y armonización<sup>26</sup>, algo que viene haciéndose desde hace décadas, v.gr. complementos para mínimos. Tal vez, dado el espíritu de su última recomendación se quería hacer referencia más a la integración ya vigente que a la convergencia o amortización.

No obstante, atendido lo anterior, la programada desaparición del sistema de Clases Pasivas establecida en el art. 20 del RDL 13/2010, puede interpretarse como un reflejo de las recomendaciones de los Pactos de Toledo en orden a la simplificación del sistema e integración de los regímenes especiales, ya que, por lo que respecta a los nuevos funcionarios públicos y en orden a las prestaciones de las Clases Pasivas (jubilación, muerte y supervivencia), pasarán a integrarse en el régimen general, quedando sólo el Mutualismo Administrativo (contingencia de enfermedad) como única pieza de unos regímenes especiales que tarde o temprano están llamados también a integrarse en el unificado régimen general de trabajadores por cuenta ajena.

### III. La desaparición paulatina del Sistema de Clases Pasivas a partir del año 2011: ámbito subjetivo, prestaciones integradas en el Régimen General y Régimen Transitorio

#### 1. Justificación legal de la reforma<sup>27</sup>

La Exposición de Motivos del RDL 13/2010, de 3 diciembre, en su apartado IX, justifica la inclusión de los nuevos funcionarios públicos en

<sup>26</sup> Exponente de ello es la Disposición Adicional 62ª de la LPGE 2009, que previó la armonización del Régimen de Clases Pasivas del Estado con el RGSS, mediante la negociación entre el Gobierno y las Organizaciones sindicales en la Mesa de Diálogo social creada para el seguimiento y desarrollo del Pacto de Toledo.

<sup>27</sup> Agradezco la rigurosa, solvente y amable información suministrada por la Sra. Sub-

el régimen general de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de Clases Pasivas, en la simplificación y armonización de los actuales sistemas de pensiones públicas<sup>28</sup>, en el incremento del número de cotizantes a la Seguridad Social<sup>29</sup> y, en consecuencia, en el aumento de los ingresos de la Tesorería General de la Seguridad Social, lo que propiciará una mayor estabilidad del sistema público de protección social, mediante el establecimiento de un único sistema contributivo y de reparto de las pensiones.

Ciertamente, al margen de cuestiones técnico-jurídicas que se han esgrimido desde la propia constitución del propio sistema de la Seguridad Social (1963), ya expuestas anteriormente, parece ser que la crisis económica ha impuesto la racionalidad del sistema mediante la simplificación de los regímenes de la Seguridad Social y, en este caso, mediante la paulatina desaparición del viejo sistema de Clases Pasivas como uno de los elementos necesarios para la integración de los regímenes especiales de los funcionarios públicos, civiles y militares, en el régimen general de la Seguridad Social.

---

directora General de Gestión de Clases Pasivas, D<sup>a</sup> Monserrat Torija Noguerales, de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, Secretaría General de Presupuestos y Gastos, Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, del Ministerio de Economía y Hacienda, que ha participado en la génesis de la integración y me ha formulado acertadas observaciones a este escrito, que he hecho propias.

- 28 Para un estudio de las Pensiones Públicas, véase GETE CASTRILLO, P. *El Nuevo Derecho Común de las Pensiones Públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1997.
- 29 Según el Registro Central de Personal publicado en el Boletín Estadístico (Ministerio de la Presidencia), a fecha 1 enero 2010, el personal al servicio de las Administraciones Públicas ascendía a la suma de 2.698.628, distribuido en las siguientes partidas: Administración General del Estado: 241.152 (8,9 %); Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: 137.087 (5,1 %); Fuerzas Armadas: 132.468 (4,9%); Administración de Justicia: 23.968 (0,9 %); Entidades Públicas Empresariales y Organismos Públicos con régimen específico: 56.866 (2,1 %); Administración de las Comunidades Autónomas: 1.348.492 (50 %); Entidades de Administración Local: 657.905 (24 %) y Universidades: 100.672 (3,7 %). La cifra de nuevos cotizantes debe tener en cuenta que tanto los funcionarios de las Administraciones Autónomas y los de las Administraciones Locales, que suman un 74 % de este personal ya está integrado en el régimen general, por lo que sólo pasarán como nuevos cotizantes, conforme se vayan incorporando a las Administraciones Públicas restantes, el 26 %. No obstante, estas cifras habrá que matizarlas a la baja, ya que en el Registro Central de Personal se inscriben no sólo a los funcionarios sino también al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que también está ya integrado en el régimen general, por lo que el aumento de cotizantes, al menos en los primeros tiempos, no será significativo, si bien trascendente sobre todo en el ámbito del personal docente dependiente de las CCAA (maestros y profesores de primaria).

El modelo de financiación contributivo y de reparto frente al modelo presupuestario de las Clases Pasivas se impone para las pensiones públicas<sup>30</sup>, como también ha resaltado en sus recomendaciones el Pacto de Toledo, el cual en su recomendación primera (1995) sobre la separación y clarificación de las fuentes de financiación señala que:

“La financiación de las prestaciones de naturaleza contributiva dependerá básicamente de las cotizaciones sociales y la financiación de las prestaciones no contributivas y universales (sanidad y servicios sociales entre otras) exclusivamente de la imposición general.

La Ponencia recomienda al Gobierno que se adopten las medidas necesarias para profundizar progresivamente en la dirección de la separación de las fuentes de financiación según la naturaleza de la protección, iniciada a partir de 1989, hasta su culminación efectiva en el menor plazo posible, quedando claramente delimitados, dentro del modelo de protección, el sistema contributivo y no contributivo.

Las cotizaciones sociales deberán ser suficientes para la cobertura de las prestaciones contributivas, para lo cual se efectuarán las provisiones necesarias para garantizar el equilibrio presente y futuro de esta parte del sistema de la Seguridad Social.

Las aportaciones del Presupuesto del Estado deberán ser suficientes para garantizar las prestaciones no contributivas, la sanidad, los servicios sociales y las prestaciones familiares. Asimismo, la fiscalidad general debe hacer frente a la bonificación en las cotizaciones de contratos dirigidos a grupos de especial dificultad en la búsqueda de empleo, así como a aquellas actuaciones que en materia de anticipación de la edad ordinaria de jubilación o de ayuda a sectores productivos pudieran producir distorsiones en el norma equilibrio del sistema. En el caso de que el cumplimiento de los objetivos requiera la adecuación del actual sistema fiscal, se incidirá en aquellas figuras impositivas de menor repercusión en la capacidad competitiva y generadora de empleo de la economía, sin excluir que se pueda contemplar la aplicación de una contribución universal sobre todas las rentas”.

---

30 Obsérvese que el modelo presupuestario permite que la ausencia de aportación de las Administraciones Públicas (Estado y CCAA) quedara diluida si efectivamente se conceden las prestaciones debidas, suponiendo de hecho una merma de ingresos, sobre todo los derivados de las CCAA, quedando enjugado ese déficit de ingresos en los presupuestos mediante la financiación presupuestaria de las prestaciones vía impositiva.

En el 2003, esta recomendación indicaba:

“La Comisión constata que el legislador ha procedido a la clarificación de las distintas fuentes financieras en función de la naturaleza de las prestaciones.

Una vez efectuada la clarificación se ha abordado la separación de las fuentes de financiación, de tal modo que las prestaciones no contributivas han pasado a ser financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, quedando por concluir la completa asunción por los mismos de la financiación de los complementos de mínimos.

La Comisión reitera el mandato de que la financiación de las prestaciones de naturaleza contributiva dependa básicamente de las cotizaciones sociales, y que la financiación de las prestaciones no contributivas y universales se efectúe exclusivamente a través de la imposición general.

La Comisión constata la delimitación definitiva de los complementos a mínimos, de naturaleza no contributiva. Habiéndose iniciado su asunción por los Presupuestos Generales del Estado, esta Comisión considera conveniente realizar la culminación efectiva dentro del plazo de vigencia de estas recomendaciones.

Las cotizaciones sociales deberán garantizar la cobertura de las prestaciones contributivas. La Comisión estima conveniente que en el programa de estabilidad y sus sucesivas actualizaciones, al hacer las previsiones sobre la probable evolución del gasto en pensiones, se incluya además la del tipo de cotización preciso para garantizar dicho gasto. En este sentido, la adopción de medidas sobre la regulación del sistema de pensiones deberá de considerar su incidencia sobre estos escenarios del gasto y, en particular, sobre el tipo de cotización de equilibrio.

La Comisión insta a clarificar, a la mayor brevedad, el balance económico-patrimonial entre el Estado y la Seguridad Social, de forma tal que no se generen efectos negativos sobre el equilibrio presupuestario.

La Comisión insiste en que la fiscalidad general debe hacer frente a la bonificación en las cotizaciones de contratos dirigidos a grupos de especial dificultad en la búsqueda de empleo, así como a aquellas actuaciones que en materia de anticipación de la edad ordinaria de jubilación o de ayuda a sectores productivos pudieran producir distorsiones en el normal equilibrio del sistema”.

En el 2011, la misma recomendación indica<sup>31</sup>:

“Recomendación 1 Pacto de Toledo (2011)

La Comisión constata que el legislador ha procedido a la clarificación de las distintas fuentes financieras en función de la naturaleza de las prestaciones.

Una vez efectuada la clarificación no ha sido culminada la separación de fuentes de financiación, pues queda por concluir la completa asunción con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, de la financiación de los complementos de mínimos. Sin ello no se cerrará la premisa, reiterada por el Pacto de Toledo desde 1995, de que las prestaciones no contributivas han de ser financiadas exclusivamente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. El Gobierno ha de asumir esta tarea con carácter prioritario debiendo presentar al Congreso de los Diputados un calendario que incluya las proyecciones económicas adecuadas para hacer creíble su inaplazable ejecución.

La Comisión ya puso de relieve en 2003 que la financiación de las prestaciones de naturaleza contributiva debe depender básicamente de las cotizaciones sociales, y que la financiación de las prestaciones no contributivas y universales se debe efectuar exclusivamente a través de la imposición general.

La Comisión también constató en 2003 la delimitación definitiva de los complementos a mínimos, de naturaleza no contributiva. Habiéndose iniciado ya entonces su asunción por los Presupuestos Generales del Estado. En el momento presente la Comisión considera urgente finalizar dicha asunción presupuestaria dentro del plazo que se establece en la disposición transitoria decimocuarta de la Ley General de la Seguridad Social.

El cálculo de las cotizaciones sociales debe ir encaminado a garantizar la cobertura de las prestaciones contributivas. Cualquier modificación de los tipos de cotización deberá salvaguardar la sostenibilidad del sistema.

La Comisión considera inaplazable actualizar el balance económico patrimonial entre el Estado y la Seguridad Social para que, sin ocasionar daños irreparables en las cuentas públicas, se liquiden

---

31 Las negrillas indican las innovaciones resaltadas por la propia Comisión. Aprobadas por el Pleno del Congreso el día 25 enero 2011.

definitivamente las deudas existentes entre la Seguridad Social y el Estado. La resolución de los problemas de contabilidad derivados de los préstamos, concedidos en su día por el Estado a la Seguridad Social para hacer frente a las insuficiencias financieras derivadas del ejercicio de sus competencias, podría resolverse, -si conviene a las Administraciones afectadas y por el procedimiento que legalmente corresponda-, permitiendo a las Administraciones titulares de la gestión adquirir la plena titularidad dominical de los establecimientos donde se ubican los servicios de referencia.

Avanzando un paso más respecto a las recomendaciones de 1995 y de 2003, la Comisión ha resuelto que, en todo caso, las políticas activas de empleo que introduzcan bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social deberán efectuarse exclusivamente con cargo a la fiscalidad general.

También se financiarán, con cargo a la fiscalidad general, cualesquiera actuaciones en materia de anticipación de la edad ordinaria de jubilación o de ayuda a sectores productivos determinados”

Sin duda, la crisis económica y la propia sostenibilidad del sistema, han obligado a reconsiderar el modelo de financiación presupuestaria de las Clases Pasivas para las pensiones públicas de los funcionarios públicos, civiles y militares, no incluidos en el régimen general, de forma que se vaya implantando el modelo contributivo y de reparto imperante en dicho régimen, fundado en las cotizaciones de empresarios (Administraciones Públicas) y trabajadores (funcionarios) y no en aportaciones presupuestarias, sobre bases de cotización equivalentes a las retribuciones reales y no conforme a haberes reguladores, que están por debajo de las retribuciones reales, presupuestariamente establecidos en función a las categorías funcionariales, como se establecen en las Clases Pasivas<sup>32</sup>.

De esta forma, las Administraciones Públicas y los nuevos funcionarios pasarán a cotizar a la Seguridad Social, al igual que en el resto de los empresarios y sujetos incluidos en el régimen general, muchos de estos últimos ya funcionarios públicos, rigiéndose estas cotizaciones por criterios contributivos y no por los criterios presupuestarios establecidos actualmente

---

32 Para más detalle acerca del régimen económico financiero de los regímenes especiales de los funcionarios de la Administración Civil del Estado y de las Fuerzas Armadas, respectivamente, véanse mis obras monográficas sobre dichos regímenes, citadas en notas anteriores

para las aportaciones de unos y otros en el sistema de Clases Pasivas, que no responden estrictamente a estos criterios contributivos, evitándose la financiación de las pensiones públicas con cargo a la fiscalidad, la cual debe quedar reservada exclusivamente para las prestaciones no contributivas, asistencia sanitaria y servicios sociales.

Recuérdese que en los regímenes especiales de los funcionarios públicos, la financiación tanto de las Clases Pasivas como del Mutualismo Administrativo es presupuestaria porque la cuota “empresarial” se sustituye por la aportación consignada de modo permanente en los Presupuestos Generales del Estado y se cifra en un porcentaje del importe total de las bases de cotización. Las cuotas de los funcionarios se establecen en función a los haberes reguladores consignados en las leyes de Presupuestos en función a las categorías funcionariales<sup>33</sup>.

Así las cosas, la integración de los nuevos funcionarios públicos, civiles y militares, a partir del 1 de enero de 2011, en el régimen general de la Seguridad Social, a los efectos de las prestaciones de Clases Pasivas, jubilación, muerte y supervivencia, se predica en el art. 20.1 y 2 y sus disposiciones transitorias cuarta y quinta y disposición final primera del RDL 13/2010, estableciendo la regla general de esta inclusión, sus excepciones, el principio general del respecto a las especificidades de cada colectivo, especialmente en orden a la edad de jubilación y las referidas a los tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad e inutilidad del funcionario así como las especificidades del personal militar de carácter no permanente y la conservación de las pensiones extraordinarias de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el mantenimiento del régimen de Clases Pasivas para los funcionarios anteriores y alumnos de Academias y Escuelas Militares y, por último, la regulación de la aportación empresarial y la cotización a cargo del funcionario.

Veamos cada uno de los aspectos más importantes de esta integración.

---

33 En el sistema de Clases Pasivas la pensión ordinaria de jubilación por edad se calcula en función a unos porcentajes de los haberes reguladores que tienen en cuenta los años de servicio, llegándose al 100 por 100 del haber con treinta y cinco o más años de servicio. Cfr. DOLZ LAGO, MJ. *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado*, citado, pág. 316 y ss.

## 2. Ámbito subjetivo: inclusión, excepción y exclusión

2.1. Estrictamente en cuanto al ámbito subjetivo de la integración de los nuevos funcionarios al régimen general, éste se delimita en el art. 20 RDL 13/2010, en función a varios criterios, que se establecen en el número Uno, apartado 1º, formados por un criterio de inclusión con una excepción (número uno, apdo.1º) y un criterio de exclusión por movilidad (número dos, primer párrafo)

### 2.1.1. *Criterio de inclusión general y excepción*

El art. 20.1 RDL 13/2010, dispone:

“Uno

1. Con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, el personal que se relaciona en el art. 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, excepción hecha del comprendido en la letra i, estará obligatoriamente incluido, a los exclusivos efectos de lo dispuesto en dicha norma y en sus disposiciones de desarrollo, en el Régimen General de la Seguridad Social siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de aquella fecha”

Por lo que respecta al personal que se relaciona en el art. 2.1 del TRLCP 1987, que regula el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas, es el siguiente:

- “a) Los funcionarios de carrera de carácter civil de la Administración del Estado.
- b) El personal militar de carrera, y el de las Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que tuviera adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro.
- c) Los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia.
- d) Los funcionarios de carrera de las Cortes Generales.
- e) Los funcionarios de carrera de otros órganos constitucionales o estatales, siempre que su legislación reguladora así lo prevea.
- f) El personal interino a que se refiere el art. 1 del Decreto-Ley 10/1965, de 23 septiembre.

g) El personal mencionado en las precedentes letras que preste servicio en las diferentes Comunidades Autónomas como consecuencia de haber sido transferido al servicio de las mismas.

h) Los funcionarios en prácticas pendientes de incorporación definitiva a los distintos Cuerpos, Escalas y Plazas, así como los alumnos de las Academias y Escuelas Militares a partir de su promoción a Caballero Alférez-Cadete, Alférez alumno, Sargento-alumno o Guardiamarina.

i) Los ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación y otros cargos referidos en el artículo 51 de este texto.

j) El personal que cumpla el servicio militar en cualquiera de sus formas, los Caballeros Cadetes, Alumnos y Aspirantes de las Escuelas y Academias Militares y el personal civil que desempeñe una prestación social sustitutoria del servicio militar obligatorio.

k) El personal militar de empleo, y el de Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que no tengan adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro”

La excepción viene dada por la exclusión de los Altos Cargos que enumera, es decir, ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación, ex Presidentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal de Cuentas, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional así como el Defensor del Pueblo y el Fiscal General del Estado. En estos casos, al no operarse su integración en el régimen general de la Seguridad Social persistirá la vigencia del régimen de Clases Pasivas, desde el momento a efectos indefinidos aunque la vigencia de este régimen sea temporal para los funcionarios no incluidos en el régimen general anteriores al 1 enero 2011.

Si bien es cierto que el agotamiento del régimen de Clases Pasivas llevará muchos años, al persistir con este régimen un colectivo muy numeroso con derecho a sus prestaciones, tanto en calidad de sujetos causantes como beneficiarios, no resulta muy congruente que, llegado el momento, sólo se mantuviera este régimen para los Altos Cargos ya citados, en relación con los cuales parece predicarse su duración indefinida, lo que denota un privilegio difícilmente justificado en un sistema democrático, precisamente para cargos que responden, directa o indirectamente, a la representación popular.

Esto no obstante, es lógico pensar que estas pensiones son muy residuales por lo reducido de su colectivo y que aunque persistiera el sistema de Clases Pasivas para ellas podrían gestionarse por cualquier caja pagadora del Ministerio de Economía y Hacienda, como se hace con otras plurales pensiones públicas no incluidas en el régimen de Clases Pasivas que, sin embargo, se gestionan actualmente por la misma subdirección general de Clases Pasivas (v.gr. excombatientes republicanos, memoria histórica, etc.)

### 2.1.2. Criterio de exclusión para excedentes reingresados o por movilidad

El art. 20.Dos RDL 13/2010, excluye de la integración en los siguientes casos:

“El personal incluido en el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas a 31 de diciembre de 2010 que, con posterioridad a dicha fecha, y sin solución de continuidad, ingrese, cualquiera que sea el sistema de acceso, o reingrese, en otro Cuerpo que hubiera motivado, en dicha fecha, su encuadramiento en el Régimen de Clases Pasivas, continuará incluido en dicho Régimen”.

Se contempla aquí la salvaguarda del régimen de Clases Pasivas para aquellos funcionarios a 31 de diciembre de 2010 que opten por el reingreso tras la excedencia o la movilidad a Cuerpos<sup>34</sup>, que en esa fecha hubieran motivado su inclusión en dicho régimen, v.gr. los procedentes de CCAA, exigiéndose que esta situación se dé sin solución de continuidad, de forma que si no existe esta continuidad pasarán a integrarse en el régimen general.

### 3. Respeto de las especificidades: edad jubilación, tribunales médicos, personal militar no permanente, pensiones extraordinarias FAS y FFCCSSE y plazo de plena integración

El art. 20, punto uno, apartado 2, señala que:

“2. La inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del personal a que se refiere el apartado anterior respetará, en todo caso, las especificidades de cada uno de los colectivos relativas a la edad de jubilación forzosa, así como, en su caso, las referidas a los

34 Sobre la movilidad funcional, véase MANZANA LAGUARDA, R. *Derechos y deberes del funcionario público*, Tratados, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, págs. 298 y ss.

tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario.

En particular, la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del personal militar de carácter no permanente tendrá en cuenta las especificidades previstas respecto a las contingencias no contempladas por figuras equivalentes en la acción protectora del Régimen.

Además, la citada inclusión respetará para el personal de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con las adaptaciones que sean precisas, el régimen de pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas del Estado”

### 3.1. Edad de jubilación de los funcionarios públicos

Dada la inexistencia de una edad común de jubilación para todos los funcionarios públicos, civiles y militares, siendo ésta muy variable en función a los Cuerpos y escalas en los que se integran, el art. 20, punto uno, apartado 2º, establece una cláusula general de respeto a las especificidades derivadas de esta edad, para la cual habrá que estar a la normativa orgánica de cada Cuerpo funcional.

Recuérdese que la jubilación forzosa de los funcionarios públicos se declarará de oficio al cumplir los sesenta y cinco años<sup>35</sup> pero se admite la prolongación voluntaria hasta los setenta años como máximo previa comunicación con tres meses de antelación a la Administración<sup>36</sup> así como la prórroga en el servicio activo teniendo reconocido un período de carencia de doce años hasta completar los quince<sup>37</sup>. La voluntaria es a los 60 años con 30 años de servicio activo.

No obstante, hay Cuerpos y escalas funcionariales que tienen una edad

35 La STCo. Nº 99/1987, de 11 junio, no accedió a la inconstitucionalidad del art. 33 LMRFP 1984, que rebajó la edad de jubilación a los 65 años.

36 Ley 13/1996, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE nº 315)

37 Ver arts. 33 LMRFP 1984 y art. 28.2.a TRLCPE 1987. Con anterioridad a la reforma de 1984, en la legislación funcional y de derechos pasivos citada se recogían edades de setenta años si se pertenecía al Cuerpo Técnico de la Administración Civil del Estado o al Administrativo, y de sesenta y cinco años si se pertenecía al Cuerpo Auxiliar o Subalterno, exceptuando otras edades según las disposiciones reglamentarias de los Cuerpos especiales. Ver DOLZ LAGO, M.J. “La jubilación de los funcionarios públicos”, citada, pág. 266

específica de jubilación<sup>38</sup>, declarando el Tribunal Constitucional que la diversidad del régimen de jubilación entre los distintos colectivos de funcionarios, establecida en términos de razonabilidad, no es contraria a la Constitución<sup>39</sup>

La rebaja de la edad de jubilación de los funcionarios públicos operada por la reforma en la función pública de 1984 suscitó en su día numerosa litigiosidad ante los Tribunales, tanto ordinarios –Salas de los contencioso-administrativo- como ante el Tribunal Constitucional.

En este sentido, caben citar las sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 108/1986, de 29 junio, referente a la LOPJ de 1985; núm. 99/1987, de 11 junio, sobre la LMRFP 1984 y la núm. 70/1988, de 19 abril sobre el RDL 17/1982, de 24 septiembre relativo a la edad de jubilación de los Profesores de EGB, las cuales no reconocen un derecho del funcionario a una edad de jubilación determinada en el momento de su ingreso a la Función Pública sino que advierten que este régimen funcional puede ser alterado por la potestad del legislador, con independencia de que puede causar unos perjuicios compensables económicamente<sup>40</sup>.

---

38 Además de las edades de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado referidas, se pueden señalar la de los siguientes colectivos: Docentes universitarios: forzosa a los 70 años sin prórroga, salvo la finalización del curso académico, voluntaria a los 65, voluntaria a los 60 (con 30 años de servicio); Docentes no universitarios: forzosa a los 65 años, voluntaria a los 60 (con 30 años de servicio) y voluntaria incentivada a los 60 años de LOE (con 15 años de docencia); Magistrados, Jueces, Fiscales y Secretarios judiciales, forzosa a los 70 años, voluntaria a los 65, voluntaria a los 60 (con 30 años de servicio), Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, igual que los funcionarios civiles; Registradores de la Propiedad, igual que los Magistrados; Funcionarios de las Cortes Generales, forzosa a los 65 años con prórroga a los 70 y 72 años, voluntaria a los 60 años (con 35 años de servicio); funcionarios de otros órganos constitucionales, variada según su normativa específica. Para las FFCCSSE, forzosa a los 65 años o 60 voluntariamente para guardias, cabos y suboficiales, o en las FAS, según la categoría o empleo. No hay que confundir las edades de pase a reserva de estos colectivos con las de retiro, ya en aquella situación siguen en servicio activo, v.gr. 58 años.

39 SS TCo 7/84, 68/89, ATC 734/88, 1101/88

40 Esto determinó que se adoptaran medidas legislativas de ayudas por jubilación anticipada en la Ley 50/1984, de 30 diciembre y Ley 37/1988, de 28 diciembre. Ver DOLZ LAGO, MJ *El Régimen especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado*, citado, pág. 308 y 309.

### 3.2. Tribunales médicos

Las especificidades en materia de tribunales médicos no se aplica a los funcionarios civiles, ya que en virtud de la disposición adicional 2ª del RD 397/96, de 1 marzo, sobre registro de prestaciones sociales públicas, se atribuye a los Equipos de Valoración de Incapacidades del INSS la facultad de emitir los dictámenes preceptivos para la determinación de la existencia de Incapacidad Permanente a efectos de reconocer el derecho a prestaciones dentro del régimen de Clases Pasivas<sup>41</sup>. Esta especificidad, pues, es sólo para los funcionarios militares (FAS y Guardia Civil) y funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

### 3.3. Contingencias específicas del personal militar de carácter no permanente no contempladas por figuras equivalentes en el régimen general

Habrà que tener en cuenta para la salvaguarda de estas contingencias específicas de este personal (v.gr. soldados no profesionales) el que no estén cubiertas por figuras equivalentes en el régimen general ex TRLGSS (v.gr. prestaciones derivadas de lesiones no permanentes invalidantes), de forma que sólo si tienen contingencias específicas no contempladas en este régimen deberán conservarse las mismas. La determinación de estas contingencias específicas, en función a su casuística, deberá ser estudiada en el plazo de la integración, que es de cinco años, por los organismos competentes (INSS e ISFAS)

### 3.4. Pensiones extraordinarias de las FAS y FFCCSSE

Las pensiones extraordinarias son las que derivan de un acto de servicio o como consecuencia del mismo o por terrorismo<sup>42</sup>.

Las derivadas de acto de servicio son las equivalentes a las de accidente de trabajo o enfermedad profesional del régimen general.

Las que se refieren a actos de terrorismo tienen una regulación específica<sup>43</sup>.

---

41 La STS -3ª- sección 7ª- de 8 abril 1994, señaló que prevalece el dictamen dado por la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades frente a los informes aportados por la funcionaria.

42 Véase art. 49.3º Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 abril, aprobatorio del TR de la Ley de Clases Pasivas del Estado, que suponen el 200 % del haber regulador.

43 Véase Real Decreto 1576/1990, de 7 diciembre, por el que se regula la concesión en

### 3.5. Plazo de plena integración

La disposición final primera, punto 2, establece un plazo de cinco años para la plena integración, en los siguientes términos:

“2. Se autoriza al Gobierno para que, a propuesta del Ministerio de Trabajo e Inmigración y de acuerdo con los Ministerios de Defensa, Justicia e Interior, proceda a la armonización progresiva de las especificidades a que se refiere el apartado Uno del artículo 20 del presente Real Decreto-ley, a efectos de que, en el plazo de 5 años, a dichos colectivos les sea plenamente aplicable la normativa del Régimen General de la Seguridad Social”

## 4. Cotización

El cambio de modelo de financiación que supone esta integración de los nuevos funcionarios al sistema de Seguridad Social, al transitar de una financiación presupuestaria a otra contributiva y de reparto, ha obligado a establecer previsiones normativas específicas en orden a la cotización empresarial y de los funcionarios.

En cuanto a la aportación empresarial, la disposición transitoria quinta del RDL 13/2010 prevé una reducción transitoria de la aportación empresarial a la cotización de la Seguridad Social a partir del 1 de enero de 2011, en los siguientes términos:

“La aportación empresarial en la cotización de la Seguridad Social por contingencias comunes de los funcionarios públicos que ingresen en la respectiva Administración Pública a partir de 1 de enero de 2011 y estén incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 20 de este Real Decreto-ley, quedará reducida de manera que en el año 2011 se abonará el 25 % de la que correspondería con arreglo

---

el sistema de Seguridad Social de pensiones extraordinarias motivadas por actos de terrorismo y Real Decreto 851/1992, de 10 julio, por el que se regulan determinadas pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo. No hay que confundir estas prestaciones que responden a jubilación, retiro, viudedad, orfandad o favor de parientes extraordinarias con las indemnizaciones que se otorgan por el Ministerio del Interior en aplicación de la Ley 32/1999, de 8 octubre de Solidaridad con las víctimas del terrorismo y su Reglamento de aplicación aprobado por Real Decreto 1912/1999, de 17 diciembre.

a la normativa de aplicación, incrementándose el porcentaje en un 25 % por cada año que transcurra hasta alcanzar el cien por cien transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley”

Así, la aportación empresarial en la cotización por contingencias comunes de los nuevos funcionarios públicos sólo será el cien por cien de la que correspondería con arreglo a la normativa de aplicación del régimen general a partir del año 2014, por lo que hasta ese año, propiamente, no puede hablarse de un sistema contributivo en estos casos debiendo suplirse con asignaciones presupuestarias, si se quiere mantener el principio de contributividad del sistema por la parte empresarial o de las Administraciones Públicas.

Para los funcionarios anteriores al 1 enero 2011, la Ley 29/2010, de Presupuestos Generales del Estado para 2011<sup>44</sup>, a efectos de Clases Pasivas, establece en su art. 133 la aportación del Estado para los regímenes de funcionarios públicos en 4,92 % de los haberes reguladores de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, en 10,01 % de los haberes reguladores de las Fuerzas Armadas y en 4,65 % de los haberes reguladores de los funcionarios de la Administración de Justicia.

En cuanto a la cuota a cargo del funcionario, la disposición final primera, punto 1º, del RDL 13/2010, establece que:

“1. Se faculta a los Ministros de Economía y Hacienda, de Trabajo e Inmigración, de Política Territorial y Administración Pública, de Justicia y de Defensa, en el ámbito de sus respectivas competencias, para dictar o proponer al Gobierno, según proceda, las normas de aplicación, desarrollo y, en especial, de adaptación del tipo de cotización a cargo del funcionario teniendo en cuenta las prestaciones satisfechas por el Mutualismo administrativo, que resulten necesarias, respecto de los colectivos afectados por el artículo 20 y disposición transitoria cuarta del presente Real Decreto-ley”

Con ello se advierte el pago de una doble cuota por el funcionario, la del Mutualismo administrativo, básicamente para la contingencia de enfermedad, y la del régimen general de la Seguridad Social, que en su caso, se limita a las contingencias de jubilación, muerte y supervivencia frente

---

44 BOE del 23 diciembre

al resto de los trabajadores por cuenta ajena, en las que se comprenden la enfermedad y el desempleo.

Lo lógico es pensar que la suma de ambas cuotas será ligeramente superior, a las del resto de los trabajadores por cuenta ajena o de los funcionarios ya integrados en el régimen general, dado que éstos cotizan al 4,8 % de su base (4,7% por contingencias comunes y 0,1% por formación profesional) y, sin embargo, los nuevos funcionarios cotizarán ese 4,8 % del régimen general más el 1,69 de su haber regulador para el Mutualismo administrativo. Hay que tener en cuenta que la prestación sanitaria en el régimen general se considera prestación asistencial y no contributiva, siendo parcialmente contributiva en el Mutualismo administrativo por sus especiales condiciones (v.gr. elección de entidad sanitaria, etc...).

En su art. 133.4 y 5 la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011 determina las siguientes cuotas por derechos pasivos y por el mutualismo administrativo:

“Cuatro. De acuerdo con las previsiones establecidas en los apartados anteriores, el importe de la cuota de derechos pasivos y de la cuota correspondiente a las mutualidades generales de funcionarios, respecto del personal incluido en el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas del Estado y de los Regímenes Especiales de Funcionarios, se mantiene, durante 2011, en las cuantías vigentes a 31 de diciembre de 2010 y que se reproducen a continuación:

Cuotas mensuales de derechos pasivos de los funcionarios civiles del Estado, del personal de las fuerzas armadas, de los miembros de las carreras judicial y fiscal, de los del cuerpo de secretarios judiciales y de los cuerpos al servicio de la administración de justicia

GRUPO / SUBGRUPO	CUOTA MENSUAL EN EUROS
A1	106,89
A2	84,13
B	73,67
C1	64,61
C2	51,12
E (LEY 30/84) Y AGRUP. PROFESIONALES	43,58

Cuotas mensuales de cotización a la mutualidad general de funcionarios civiles del Estado, al Instituto Social de las Fuerzas Armadas y a la Mutualidad General Judicial

GRUPO/SUBGRUPO	CUOTA MENSUAL EN EUROS
A1	46,80
A2	36,83
B	32,25
C1	28,29
C2	22,38
E (LEY 30/84) Y AGRUP. PROFESIONALES	19,08

Las citadas cuantías mensuales se abonarán doblemente en los meses de junio y diciembre.

Cinco. Con la excepción establecida en el último inciso del párrafo primero del artículo 23.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, y de acuerdo con lo dispuesto en el mismo, el personal militar profesional que no sea de carrera y el personal militar de las Escalas de Complemento y Reserva Naval abonará las cuotas mensuales de derechos pasivos reproducidas en el apartado Cuatro del presente artículo minoradas al cincuenta por ciento”.

Visto lo anterior, cabe decir que los nuevos funcionarios a los que afecta la norma integradora ya no abonarán las cuotas de derechos pasivos, aunque sí mantendrán la del mutualismo administrativo, pasando a cotizar por el régimen general por un tipo equivalente al resto de los trabajadores por cuenta ajena y funcionarios ya integrados, en función a las bases de cotización resultantes de sus retribuciones reales y no de los haberes reguladores.

Para ello, hay que tener en cuenta que el art. 132 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011 regula las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, no siendo de aplicación lógicamente a los nuevos funcionarios cotizaciones por contingencias que no se dan en su actividad profesional, como son el desempleo o el Fondo de Garantía Salarial.

Así, dicho precepto establece:

“Dos. Bases y tipos de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social.

1. Las bases mensuales de cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas por el Régimen General de la Seguridad

Social, exceptuadas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, estarán limitadas, para cada grupo de categorías profesionales, por las bases mínimas y máximas siguientes:

a) Las bases mínimas de cotización, según categorías profesionales y grupos de cotización, se incrementarán, desde 1 de enero de 2011 y respecto de las vigentes en 31 de diciembre de 2010, en el mismo porcentaje en que aumente el salario mínimo interprofesional.

No obstante lo anterior, las bases mínimas de cotización aplicables a los trabajadores con contrato a tiempo parcial se adecuarán en orden a que la cotización en esta modalidad de contratación sea equivalente a la cotización a tiempo completo por la misma unidad de tiempo y similares retribuciones.

b) Las bases máximas, cualquiera que sea la categoría profesional y grupo de cotización, durante el año 2011, serán de 3.230,10 euros mensuales o de 107,67 euros diarios.

2. Los tipos de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social serán, durante el año 2011, los siguientes:

a) Para las contingencias comunes el 28,30 por ciento, siendo el 23,60 por ciento a cargo de la empresa y el 4,70 por ciento a cargo del trabajador.

b) Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se aplicarán los porcentajes de la tarifa de primas incluida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, modificada por la disposición final decimotercera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, y en la redacción dada por la disposición final octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, siendo las primas resultantes a cargo exclusivo de la empresa.

3. Durante el año 2011, para la cotización adicional por horas extraordinarias establecida en el artículo 111 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se aplicarán los siguientes tipos de cotización:

a) Cuando se trate de las horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor, el 14,00 por ciento, del que el 12,00 por ciento será a cargo de la empresa y el 2,00 por ciento a cargo del trabajador.

b) Cuando se trate de las horas extraordinarias no comprendi-

das en el párrafo anterior, el 28,30 por ciento, del que el 23,60 por ciento será a cargo de la empresa y el 4,70 por ciento a cargo del trabajador”.

En conclusión, para la determinación de las cuotas de estos nuevos funcionarios al régimen general se deberá tener en cuenta que deben adaptarse a las contingencias propias de las Clases Pasivas, con exclusión de otras propias del resto de los trabajadores por cuenta ajena como es el desempleo y el FGS, y que estas cuotas se complementan con las del mutualismo administrativo, con lo cual serán ligeramente superiores al resto de los trabajadores por cuenta ajena y funcionarios ya integrados en el régimen general<sup>45</sup>.

## 5. Prestaciones integradas y excepciones

Pasan al régimen general las prestaciones derivadas de las contingencias de jubilación, muerte y supervivencia, es decir, las pensiones ordinarias y extraordinarias de jubilación o retiro (que comprenden las derivadas de incapacidad permanente), viudedad, orfandad y a favor de los padres así como las pensiones extraordinarias para el personal de las Fuerzas Armadas y Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, con las adaptaciones necesarias para estas últimas.

Por lo que respecta a las excepciones, hay que tener en cuenta que el apartado 2º, segundo párrafo, art. 20 RDL 13/2010 dispone que:

“Continuarán rigiéndose por la normativa reguladora del Régimen de Clases Pasivas del Estado los derechos pasivos que, en propio favor o en el de sus familiares, cause el personal comprendido en la letra i del artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado”, esto es, Altos Cargos ya mencionados.

---

<sup>45</sup> En cuanto a las vigentes, véase Orden TIN/41/2011, de 18 enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial, Formación Profesional contenidas en la Ley 39/2010, de 22 diciembre, de PGE para 2011 (BOE nº 17, de 20 enero 2011)

## 6. Régimen transitorio

La disposición transitoria cuarta se refiere al régimen transitorio aplicable al personal incluido a 31 de diciembre en el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas indicando lo siguiente:

“Los derechos pasivos causados, y los que de futuro puedan causar los colectivos incluidos a 31 de diciembre de 2010 en el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas del Estado, así como los que pudieran causar los que a esa misma fecha tuvieran la condición de alumnos de Academias y Escuelas Militares, se registrarán por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 abril, y sus disposiciones de desarrollo”.

Esta disposición transitoria es coherente con la integración en el régimen general de la Seguridad Social sólo de los nuevos funcionarios a partir del 1 de enero 2011, manteniendo la vigencia del régimen de Clases Pasivas para los anteriores.



# Capítulo 23

## Sobre la integración de los trabajadores por cuenta ajena del REASS en el Régimen General de la Seguridad Social: pasos previos y campo de aplicación<sup>1</sup>

---

F. JAVIER HIERRO HIERRO

*Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*

### 1. Del Pacto de Toledo al Proyecto de Ley 121/000123: el próximo final de una transitoriedad de casi cincuenta años

A pesar de que la aspiración a la unidad y equiparación, con lo que comporta de racionalización y simplificación del Sistema de la Seguridad Social, recogida tanto en la E. de M. como en la Base 3.<sup>a</sup> 11 in fine de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social<sup>2</sup>, en ningún momento ha sido olvidada<sup>3</sup>, en los últimos años han proliferado

1 El presente trabajo ha contado con la financiación de la Junta de Extremadura y del FEDER.



UNIÓN EUROPEA  
FONDO EUROPEO DE  
DESARROLLO REGIONAL:  
UNA MANERA DE HACER EUROPA

- 2 Recuérdese que en ellos se reiteraba la necesidad de que la regulación de los distintos regímenes del Sistema de la Seguridad Social creados por la propia Ley 193/1963 tendieran a la máxima homogeneidad posible con los principios del Régimen General, respondiendo todos a una misma concepción.
- 3 Cfr. J. Cabeza Pereiro: “Convergencia entre Regímenes de Seguridad Social”, *TL*, núm. 66 (2002), pág. 46, quien califica de tópico esta materia.

los documentos en los que de manera palpable se alude a esta declaración de intenciones.

En lo que ahora atañe, de un modo secuencial y sin improvisaciones, ha ido tomando carta de naturaleza la más que posible desaparición del REASS y su integración en el Régimen General.

Sin ánimo de exhaustividad, a continuación se pretende analizar, de modo somero, algunos de los últimos textos encaminados a tal fin, prestando especial atención a los distintos acuerdos sociales y políticos habidos en este campo y pretiriendo las reformas normativas derivados de aquellos que paulatinamente a lo largo de los años han ido allanando el terreno para que la cada vez más próxima integración de los trabajadores por cuenta ajena del REASS en el Régimen General sea posible y no traumática a través de medidas parciales que venían a equiparar prestaciones y reglas instrumentales entre ambos.

En el año 1993 el Grupo Socialista presentó una moción en el Senado mediante la cual se instaba la creación de una Ponencia en el seno de la Comisión de Agricultura y Pesca para abordar un asunto muy complejo y muy importante como es el de resolver de manera global el problema ancestral del REASS y con ello elaborar un informe que sirviese al Gobierno como base para resolver la situación del sistema de Previsión Social en el sector agrario. Moción aceptada por todos los grupos parlamentarios con representación en el Senado, eso sí, sin ofrecer pauta alguna como línea de trabajo<sup>4</sup>.

Este silencio vendría a colmarse apenas unos años más tarde, cuando se vislumbra con claridad cuál habría de ser el futuro mediano para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el ámbito de aplicación del REASS. El Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del Sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse (comúnmente conocido como Pacto de Toledo)<sup>5</sup> estableció en su Recomendación cuarta, de una parte y con relación a la financiación de los Regímenes Especiales, la necesidad de modificar “en lo posible la situación actual” de financiación de los Regímenes Especiales con el objetivo de que se acentuase la proporcionalidad entre prestaciones y aportación contributiva, o lo que es lo mismo, que debía corregirse la situación de ciertos Regímenes Especiales en los que siendo la acción protectora muy similar a

4 Cfr. *DS –Senado–*, núm. 10, de 3 de noviembre de 1993, págs. 351 a 354.

5 Cfr. *BOCG –Congreso de los Diputados–*, núm. 134, de 12 de abril de 1995.

la del Régimen General la cotización era sensiblemente inferior<sup>6</sup>, entre los que se encontraba el REASS. De otra, en su Recomendación sexta, incitó a la progresiva simplificación e integración de los Regímenes Especiales en dos únicos Regímenes, bien en el Régimen General de la Seguridad Social, en el que quedarían encuadrados los trabajadores por cuenta ajena, bien en el RETA en el que vendrían incluidos los trabajadores por cuenta propia, contemplándose, no obstante, las peculiaridades específicas y objetivas del colectivo de los trabajadores eventuales del campo.

Tendencia reiterada en el Acuerdo sobre la consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social de 9 de octubre de 1996. Aplicación del “Pacto de Toledo”<sup>7</sup>, firmado por el Gobierno y por las organizaciones sindicales —CCOO y UGT—. No obstante, en éste se incluyó la exigencia de abrir un período de reflexión amplio, ya que se consideraba necesario efectuar aquellos estudios y análisis que permitiesen evaluar las repercusiones que la aplicación de las recomendaciones correspondientes del Pacto de Toledo tendrían, entre otros, para este colectivo, procediendo en todo caso de manera gradual a la aproximación de cotizaciones y prestaciones de manera que convergiese hacia el Régimen General de la Seguridad Social.

Estos estudios fueron encomendados a la Comisión Permanente para el análisis y seguimiento de la evolución del Sistema de la Seguridad Social, Comisión que habría de examinar también las conclusiones que se alcanzasen en la Mesa de reforma del Plan de Empleo Rural (PER) en relación con el REASS a los efectos oportunos<sup>8</sup>, tomándose como horizonte la legislatura que entonces se iniciaba.

Sin embargo, respecto de los trabajadores por cuenta ajena del REASS

---

6 Cfr. A. Montoya Melgar: “Estudio Preliminar. Seguridad Social: entre el progreso y la adaptación”, en Vv. Aa.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, (A. V. Sempere Navarro, dir.), Murcia, 2003, pág. 37, quien señala como es criticada la técnica de los regímenes especiales “con óptica que parece desconocer las raíces protectoras de la institución”.

7 El presente documento se puede encontrar, entre otros enlaces, en la siguiente página Web: <http://www2.fe.ccoo.es/publica/pensiones/3.1%20ACUERDO%20SINDICAL%20PACTO%20DE%20TOLEDO%201996.pdf>.

8 En tal sentido, en el *Acuerdo para el empleo y la protección social agrarios* se disponía, apartado 3.4, la creación de un Grupo Especial de Trabajo, antes del 30 de noviembre de 1996, presidido por el Secretario de Estado de la Seguridad Social con representación de la Administración y los interlocutores sociales, para que procediese al estudio y elaboración de conclusiones para la reforma del Régimen REASS y las elevase a la Comisión Permanente aludida.

los plazos fueron manifiestamente incumplidos<sup>9</sup>, ya que el Acuerdo de 9 de abril de 2001 para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social, firmado por el Gobierno, CCOO, CEOE y CEPYME<sup>10</sup>, reiteraba la necesidad de establecer respecto de la integración en el Régimen General de los trabajadores por cuenta ajena del REASS la constitución de una mesa de trabajo que tuviera por objeto el análisis de dicha integración.

El Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo<sup>11</sup>, remarcando las líneas ya presentadas por su predecesor de simplificación y convergencia de los distintos regímenes especiales hacia la existencia futura de dos grandes regímenes, reiteraba la necesidad, con carácter previo, de impulsar un análisis exhaustivo de la situación actual del REASS y, de modo significativo, del sector económico en él protegido, además de promulgar el mantenimiento de las especialidades que procediesen con relación a cada uno los colectivos. La actividad agraria entendida como “un todo” —protección social, medio ambiente, vertebración del territorio, calidad y seguridad alimentaria...— habría de determinar los aspectos configuradores de la integración de los trabajadores por cuenta ajena del REASS en el Régimen General.

Sin aludir expresamente a los trabajadores agrarios, la Declaración para el diálogo social 2004. Competitividad, empleo estable y cohesión social, firmada el 8 de julio de 2004 por el Gobierno y las Organizaciones Sindicales y Empresariales<sup>12</sup>, insistía nuevamente en la necesidad de que el proceso de diálogo sobre las reformas en el campo de la Seguridad Social fuera acompañado de los correspondientes estudios y proyecciones, sin más concreción que la objetividad e independencia, así como su acometimiento con horizontes temporales adecuados.

---

9 Éste era también el parecer del Sr. Pliego Cubero (Grupo Parlamentario Socialista) manifestado durante las comparecencias de los representantes de las organizaciones agrarias (ASAJA, COAG y UPA) para informar sobre temas relacionados con la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por el Pacto de Toledo, *DS –Congreso de los Diputados-*, cit., págs. 7962-7963.

10 Cfr. entre otros recursos electrónicos, el acceso electrónico a este documento se puede realizar a través del siguiente enlace: <http://www.uv.es/ugt/doc/igeneral/varios/dialogo2.html>.

11 Cfr. *BOCG –Congreso de los Diputados-*, núm. 596, de 2 de octubre de 2003, págs. 1 a 103.

12 Cfr. entre otros lugares, <http://www.tt.mtas.es/periodico/laboral/Dialogo%20Social%202004.pdf>.

Tendencia que nuevamente es reiterada en el Acuerdo para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrario, firmado el 15 de diciembre de 2005<sup>13</sup>, si bien en este caso el estudio de las propuestas debía producirse con cierta premura, por cuanto que las conclusiones del grupo de trabajo debían presentarse antes del 30 de junio de 2006.

De un modo más concreto, y alterando el orden fijado en el Acuerdo de 9 de abril de 2001 en cuanto a los pasos a seguir para la integración de los distintos regímenes especiales en los dos únicos Regímenes futuros del Sistema, las partes firmantes del Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social<sup>14</sup>, suscrito el 13 de julio de 2006, partiendo de que en el momento actual la configuración del REASS, trabajadores por cuenta ajena, manifestaba su obsolescencia y su inadecuación a los cambios económicos, sociales y demográficos experimentados en el sector agrario español y su mercado de trabajo, acordaron que la integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General se produjera el 1 de enero de 2009<sup>15</sup>.

Tal integración, señalaba el aludido Acuerdo, tendría lugar mediante la articulación de un sistema especial, el cual permitiría avanzar en la efectiva equiparación de las prestaciones para los trabajadores y evitaría un incremento de costes perjudicial para la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias.

Sistema especial que se concretaría, de una parte, en tipos de cotización reducidos. A tal fin, se fijaba un período transitorio de entre 15 y 20 años, partiendo de los actuales tipos de cotización, a los que se incorporarían bonificaciones y reducciones que incentivasen la estabilidad en el empleo y la mayor duración de los contratos, con el objetivo de hacer compatible la mejora de las prestaciones de los trabajadores y la contención de los costes empresariales.

De otra, este proceso debía dar soluciones concretas a la problemática de subsectores específicos, a las modificaciones de encuadramiento que han producido efectos evaluados críticamente por los colectivos afectados, al colectivo de trabajadores de mayor edad y menor actividad laboral, a la

13 Cfr. entre otros lugares, <http://www.ugtextremadura.org/userfiles/ugt85.pdf>.

14 Cfr. entre otros recursos, la página Web: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/mtas-acuerdopensiones-01.pdf>.

15 Cfr. J. García Murcia, M.ª A. Castro Argüelles y I. A. Rodríguez Cardo: “La estructura del Sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 17 (2007), pág. 18, para quienes el REASS está llamado a ser el gran protagonista del actual programa de reestructuración de la Seguridad Social española.

consideración especial de las situaciones de inactividad y al conjunto de particularidades del sector.

Al objeto de perfilar todas estas cuestiones, se constituyó un Grupo de Trabajo formado por la Administración, las Organizaciones más representativas de empleadores agrarios y las Federaciones Agroalimentarias de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras y de la Unión General de Trabajadores<sup>16</sup>, el cual debería elevar sus conclusiones a la Comisión de Seguimiento y a la Administración para el desarrollo del Acuerdo.

La pretendida reedición, aunque adaptada a las nuevas realidades económicas, del mercado de trabajo y de la protección social, de la Declaración para el Diálogo Social del año 2004 llevada a cabo por la Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la competitividad y el progreso social<sup>17</sup>, suscrita el 29 de julio de 2008 en el Palacio de la Moncloa por el Gobierno, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, vino a recoger implícitamente las dificultades para alcanzar el referenciado acuerdo. Por ello incidió nuevamente en la necesidad de avanzar en la integración de Regímenes especiales, en particular, del REASS.

Dificultades que motivaron que el Acuerdo Social y Económico. Para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, de 2 de febrero de 2011, recogiera un epígrafe de integración de regímenes, aludiendo a la integración de los trabajadores por cuenta ajena del REASS en el Régimen General a través de un sistema especial.

En ese mismo mes de febrero vería la luz un borrador de acuerdo y de Anteproyecto de Ley sobre la integración del REASS en el Régimen General de la Seguridad Social, siendo el 8 de marzo suscrito el Preacuerdo sobre integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social por el Gobierno, CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, y las organizaciones sectoriales Federación Agroalimentaria de CCOO, FTA-UGT, ASAJA, FEPEX y Comité de Gestión de Cítricos. Documento al que se anexionaría el texto del borrador de Anteproyecto de Ley de Integración del REASS en el Régimen General y un escenario de costes em-

---

16 Acerca de las pretensiones de las organizaciones sindicales, cfr. Federaciones Agroalimentarias de UGT y CC.OO.: *Integración de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General y protección social*, <http://www.ugt.es/actualidad/marzo2004/propuestafta.pdf>.

17 El texto de esta *Declaración* puede encontrar en versión digital, entre otros lugares, en: <http://www.tt.mtas.es/periodico/ministro/200807/DeclaraciondialogoSocial%5B1%5D.pdf>.

presariales de cotización, usando como modelo el coste por jornada real de un trabajador eventual.

Por último, el Consejo de Ministros aprobó el 29 de abril de 2011 la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley por el que se procede a la integración del REASS en el Régimen General de la Seguridad Social a partir del 1 de enero de 2012, con el objetivo expreso de equiparar las prestaciones de la Seguridad Social que reciben los trabajadores agrarios con las del resto de los trabajadores por cuenta ajena.

## 2. La creación de un Sistema Especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios incluidos en el Régimen General: cuestiones sobre su campo de aplicación

El Proyecto de Ley por el que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social consta de seis artículos, seis disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales.

Su objetivo básico, tal y como recoge expresamente el apartado III de su E. de M., no es otro que, mediante la creación de un sistema especial, proceder a la integración en el Régimen General de los trabajadores agrarios incluidos en el REASS, así como de los empresarios a los que presten servicios.

El apartado primero del art. 1 del referenciado Proyecto de Ley dispone que quedan integrados en el Régimen General los trabajadores por cuenta ajena que figuren incluidos en el REASS en la fecha de la entrada en vigor de la futura ley, así como los empresarios a los que presten sus servicios.

De igual modo, continúa el aludido precepto, quedarán integrados en el Régimen General los trabajadores por cuenta ajena que, en lo sucesivo, realicen labores agrarias, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias o sean complementarias o auxiliares de las mismas en explotaciones agrarias, así como los empresarios a los que presten sus servicios, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Esta redacción, se entiende, viene a solventar los numerosos interrogantes generados en torno al encuadramiento de las labores de manipulado, envasado, empaquetado y comercialización de los productos agrarios, donde existen interpretaciones contrapuestas.

Así, de una parte, una primera línea jurisprudencial, recogida por las SSTs 21 abril 1992 (RJ 1992, 2668) y 26 abril 1993 (RJ 1993, 3367), así como por otras varias, pudiendo entenderse que se trata de la visión más clásica del asunto, era partidaria de entender que la especialidad del REASS exige también una posición restrictiva sobre la determinación de su campo de aplicación.

STS 21 abril 1992 (RJ 1992, 2668): “FJ. 5º 2.ª Las labores de manipulado y envasado de frutos que realizan los trabajadores contratados por la Cooperativa [de cítricos de Valencia] en su almacén, comprensivas -como antes se ha dicho- de operaciones de limpieza, lavado, encerado, selección y envasado no encajan en ninguno de los supuestos que establece a modo de «*numerus clausus*» el mentado art. 8 para considerarlas como agrarias, ya que no se trata de su almacenamiento en los lugares de origen (en el campo, donde se recolectan), ni de su transporte a los lugares de acondicionamiento y acopio, ni de primera transformación que modifique las características del fruto; debiendo resaltarse sobre esta última operación -a la que la recurrente ha dedicado especial atención- que las referidas operaciones de «manipulado y envasado» no se pueden identificar con las de «primera transformación» a la que alude el citado art. 8 puesto que si «transformación» según el Diccionario de la lengua es la acción y efecto de transformar, o sea hacer cambiar de forma una cosa, transmutar una cosa en otra, es evidente que ello no se realiza con las referidas operaciones.

3.ª Por otra parte, si la finalidad esencial de la actividad de la Cooperativa -que no es titular de explotaciones agrarias- es la comercialización de los frutos aportados a la misma por sus socios y por tanto si los trabajadores por cuenta ajena que realizan tareas directamente encaminadas a la misma deben estar afiliados al Régimen General de la Seguridad Social por imperativo de lo dispuesto en el art. 61,1 en relación con el 7,1,a) de la Ley General de la Seguridad Social, lo mismo debe ocurrir con los trabajadores que realizan actividades previas necesarias para alcanzar aquel fin, como son las de manipulado y envasado, en virtud del principio de unidad de empresa”.

En esta conceptualización estricta de lo que ha de entenderse como labores agrarias la doctrina científica ha apreciado “un residuo de la consideración de la Seguridad Social agraria como una Seguridad Social de segundo orden, para actividades primitivamente organizadas, de escaso nivel de rentas, y protectora de colectivos profesionales de muy baja capacidad contributiva”, es decir, su claro significado marginal y benéfico<sup>18</sup>.

---

18 La STSJ Cont.-Adm. Comunidad Valenciana de 11 diciembre 2002 (RJCA 2004,

De otra, la segunda línea interpretativa considera labores agrarias contempladas por el REASS, por extensión, las realizadas como auxiliares para el almacenamiento, transporte, acondicionamiento y primera transformación, bien quedando comprendidas “en el amplio término de acondicionamiento la manipulación de los frutos y productos agrícolas para su selección y envasado”, o bien mediante la consideración de las labores de selección, limpieza y envasado como primera transformación.

Este criterio de acondicionamiento y de primera transformación aparece asumido por numerosas sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, como 30 noviembre 1988 (RJ 1988, 9056), 5 noviembre 1990 (RJ 1990, 8465), 11 abril y 3 diciembre (dos) 1991 (RJ 1991, 3203, 9020 y 9021), 28 abril y 9 diciembre 1992 (RJ 1992, 2924 y 10143), 7 diciembre 1993 (RJ 1993, 9792), 21 mayo y 26 noviembre 1996 (RJ 1996, 4462 y 8550), 21 marzo, 4 julio y 26 septiembre 1997 (RJ

---

41) razona sobre la repercusión de esta línea interpretativa en los siguientes términos: “la Sala tiene pronunciamientos contradictorios del Tribunal Supremo y, usualmente, aunque el Tribunal Supremo es «supremo» en todas las jurisdicciones esta Sala sigue la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo al enjuiciar la misma materia, no obstante, se debe tener presente que cuando la jurisdicción contenciosa enjuicia el encuadramiento de unos determinados trabajadores en un régimen de la Seguridad Social lo hace con el carácter de «cuestión prejudicial» de los arts. 9 y 10 de la LOPJ al objeto de determinar si unas determinadas liquidaciones son o no ajustadas a derecho, pero cuando se pronuncia la Sala de lo Social sobre el encuadramiento de un grupo de trabajadores en un régimen de Seguridad Social lo hace no como cuestión prejudicial sino en el pleno uso de sus competencias, por tanto, la doctrina a seguir en este punto sería la marcada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y, por tanto, la devolución de cuotas solicitada por la parte actora resulta improcedente”. Nótese que poco después las cosas pasaron a ser del todo opuestas como consecuencia de los cambios derivados de la Ley 52/2003, ya citada.

Sin embargo, con posterioridad a esta reforma legal, se encuentran pronunciamientos judiciales de este Orden en igual sentido, cfr. STSJ Cont.-Adm. Comunidad Valenciana 2 febrero 2006 (JUR 2006, 216998), aún reconociendo que la doctrina jurisprudencial de la Sala 3ª del Tribunal Supremo mantiene una línea distinta; “esta Sala, conforme a lo indicado, ha asumido la doctrina establecido por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, que a su vez, ha hecho suya la línea establecida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo; por razones obvias y plausibles, y que no son otras que el orden jurisdiccional competente para resolver sobre las cuestiones relativas al encuadramiento no era otro que el Social, y sin embargo la doctrina de la Sala 3ª del Supremo invocada por la recurrente viene referida a supuestos enjuiciados con carácter prejudicial y por tanto no pleno”; continuada en la STSJ Cont.-Adm. Comunidad Valenciana 29 marzo 2007 (JUR 2007, 234075).

1997, 2283, 5549 y 6400), 13 febrero 1998 (RJ 1998, 1554), 28 febrero 2000 (RJ 2000, 7068) y 26 julio 2002 (RJ 2002, 9101)<sup>19</sup>.

STS Cont.-Adm. 26 julio 2002 (RJ 2002, 9101): “FJ. 5º: [...] pone de manifiesto, en efecto, la existencia de una doctrina consolidada en esta Sala en relación con la procedencia de incluir a los trabajadores que prestan los servicios por cuenta ajena en los trabajos de manipulado y envasado [...] que se recogen con carácter exclusivo de las explotaciones agrícolas de los socios de las Cooperativas Agrarias en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social” y

FJ. 9º “La circunstancia de que los trabajadores lo sean por cuenta ajena no comporta el incumplimiento del artículo 8.3 del Reglamento de 23 de diciembre de 1972, que exige que las operaciones complementarias sean realizadas por quienes también han obtenido directamente los frutos, ha sido considerado aplicable a los trabajadores que pudieran contratar, que debieron ser englobados en el Régimen Especial Agrario, como la Cooperativa entendi6.

En consecuencia, procede incluir a los trabajadores de la Cooperativa actora en el Régimen Especial de la Seguridad Social Agraria y dicha conclusi6n no puede modificarse por el hecho de que los agricultores realicen individualmente las tareas de producci6n y m6s tarde las contin6en asociados en una cooperativa y auxiliados por trabajadores contratados, pues se trata de un 6nico proceso productivo que, sin interrupci6n, transformaci6n o modificaci6n se realiza por los agricultores asociados en Cooperativas para la realizaci6n de las tareas complementarias con el fin de facilitarlas, reducir costes y defender mejor los intereses de los productores, respecto a sus propios productos y fines reconocidos en la legislaci6n sobre cooperativas”.

De acuerdo con estas previsiones, para que las labores agrarias en cuesti6n desemboquen en el REASS los tribunales complementan una triple advertencia:

Primera.- Para que las labores agrarias queden incluidas en el campo de aplicaci6n del REASS deben realizarse sobre los frutos y productos obtenidos 6nica y exclusivamente en las explotaciones agr6colas cuyos titulares realicen las indicadas operaciones individualmente o en com6n mediante

---

19 La doctrina judicial se ha hecho eco de este criterio; incluso, a veces en el orden social se ha dado prioridad al mismo respecto del mantenido por la Sala Cuarta del Supremo. Buen ejemplo de ello lo constituye la STS-SOC Canarias (Las Palmas) 26 diciembre 2007 (JUR 2008, 100718).

cualquier clase de agrupación, incluidas las que adopten forma de Cooperativa.

Entre las muchas sentencias que así lo proclaman pueden verse SSTs Cont.-Adm. 14 octubre 1988 (RJ 1988, 7690), 7 diciembre 1993 (RJ 1993, 9792), 26 noviembre 1996 (RJ 1996, 8550), 21 marzo y 4 julio 1997 (RJ 1997, 2283 y 5549), 13 febrero 1998 (RJ 1998, 1554), 28 febrero 2000 (RJ 2000, 7068) y 26 julio 2002 (RJ 2002, 9101); también STSJ Cont.-Adm. Comunidad Valenciana 21 enero 2003 (JUR 2004, 30609); STSJ Comunidad Valenciana 3 abril 2001 (AS 2001, 3668) o STSJ Canarias (Las Palmas) 22 septiembre 2005 (JUR 2005, 236849).

Segunda.- Las tareas se reconducen al REASS por cuanto “se trata de un único proceso productivo que, sin interrupción, transformación o modificación, se realiza por los mismos agricultores, asociados en Cooperativa para la realización de las tareas complementarias con el fin de facilitarlas, reducir costes y defender mejor los intereses de los productores [...]”, exigiéndose que la tarea fundamental desarrollada sea la de producción.

Así lo ponen de relieve, entre otras, las SSTs Cont.-Adm. 30 noviembre 1988 (RJ 1988, 9056), 26 septiembre 1997 (RJ 1997, 6400) y 26 julio 2002 (RJ 2002, 9101) y STSJ Cont.-Adm. Canarias (Las Palmas) 22 septiembre 2005 (JUR 2005, 236849). Esa es la idea que late cuando sólo se permite tratar los productos obtenidos en la propia explotación o cuando se admiten como labores propias del REASS las de primera transformación pero sin añadir productos foráneos. Tercera.- Por esta razón, quedan fuera del REASS las labores agrícolas reseñadas cuando estas tareas se realizan con productos de terceras personas.

Así es sostenido, entre otras, por las SSTs Cont.-Adm. 6 abril de 1989 (RJ 1989, 2822), 13 mayo y 12 diciembre 1992 (RJ 1992, 3779 y 9609), 21 mayo 1996 (RJ 1996, 4462), 9 mayo y 24 junio 1997 (RJ 1997, 4185 y 5308); en la doctrina judicial, STSJ Andalucía/ Granada 3 abril 1995 (AS 1995, 1459) y 28 septiembre 2005 (AS 2007, 1673); STSJ Cont.-Adm. Comunidad Valenciana 15 diciembre 2008 (JUR 2009, 131384).

Parece, conforme a la nueva regulación del campo de aplicación de este futuro sistema especial y salvo lo dispuesto en la regulación reglamentaria a la que se remite, que tales exigencias quedarán salvadas para su inclusión en su ámbito de aplicación.



# Reflexiones en torno a la doctrina judicial sobre jubilación

---

Quinta ponencia

AURELIO DESDENTADO BONETE



# Capítulo 24

## La incapacidad permanente previsible

---

MANUEL PINEDO MOTA  
*Doctor en Ciencias del Trabajo*

### Introducción

Este trabajo no persigue otro objetivo que analizar las causas totalmente evitables que ocasionan un gran número de situaciones de incapacidad permanente definidas mayoritariamente como accidentes de trabajo, con ello, reiteramos, que con una prevención adecuada, se evitarían estas situaciones por la simple aplicación de la Ley, y con el consiguiente de ahorro de medios económicos y humanos que podrían ser destinados a otras prestaciones. Nuestro punto de partida, no puede ser otro que la STS del 17 de junio de 1903, y las posteriores<sup>1</sup> en el tiempo que ratificaban el criterio manifestado en la sentencia de fecha arriba expuesta, y en la que se matiza el concepto legal de accidente, el cual no es exclusivamente “un suceso repentino más o menos importante, sino el hecho mismo constitutivo de la lesión” por ello se incluía la enfermedad contraída en el ejercicio de una profesión como consecuencia de dicho ejercicio. Con ella, se inició la protección de la enfermedad profesional en nuestro país.

La doctrina jurídica como las resoluciones judiciales han realizado una importante labor interpretativa de la legislación vigente, matizando los distintos orígenes de esta merma en sus funciones laborales, como accidente laboral o enfermedad profesional o bien, como resultado de una enferme-

---

<sup>1</sup> SSTS de 13 marzo y 19 de mayo de 1986, de 19 de febrero y 25 de septiembre de 1991.

dad llamada común o el accidente no laboral. En ese sentido, la LGSS<sup>2</sup> contempla distintas definición, según las causas que pueden originar tal alteración.

## Causas determinantes de la incapacidad permanente

La nueva forma de organización empresarial, o dicho de otra manera, la influencia en la salud de los trabajadores de los llamados riesgos psicosociales, como son: el estrés, la ansiedad, la depresión, las enfermedades psicosomáticas, etc, está obligando a la doctrina jurídica y a los investigadores ahondar en el estudio de esta nuevo riesgo emergente. Riesgo que lógicamente si no se controla puede ocasionar un daño de carácter irreversible en la salud de quienes lo padecen.

Por lo tanto, se hace necesario el traer a colación una definición válida de este tipo de riesgos, para ello, nos remitimos a la que dio la OIT en 1986: “Las interacciones entre el contenido, la organización y la gestión del trabajo y las condiciones ambientales, por un lado, y las funciones y necesidades de los trabajadores por otro”<sup>3</sup>. “Estas interacciones podrían ejercer una influencia nociva en la salud de los trabajadores a través de sus percepciones y experiencia<sup>4</sup>.” Hay otras muchas definiciones, pero consideramos que esta es la más adecuada. Esta influencia nociva puede desembocar en cualquiera en figuras nociva para la salud mental y física de quien la padece como puede ser el mobbing, el burnout, ijime, el acoso sexual, etc.

Siguiendo en el capítulo de definiciones, podemos traer también la que nos brinda el INSHT y, que matiza de alguna forma la dada por la OIT al

2 Artículo 128 LGSS. Tendrá consideración de IT: Las debidas a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

3 De los innumerables estudios al respecto que podríamos traer a colación, nos puede valer un estudio dirigido por el Prof. del Dpto. de Psicología Clínica de la Univ. de Huelva, LEON JARIEGO, José C sobre los efectos de la turnicidad en la salud de los trabajadores y el incremento de las I.T. en frecuencia y duración como consecuencia de una mala forma de organización empresarial “ Efectos de la turnicidad sobre la salud, las relaciones sociales y la satisfacción laboral. Edita Confederación Sindical de CCOO de Andalucía. 2008 Pág. 31 y ss.

4 Definición de la OIT desde 1986

considerar que: “Los factores psicosociales que se encuentran en el medio ambiente de trabajo son numerosos y de diferente naturaleza. Comprenden aspectos del medio físico y ciertos aspectos de la organización y sistemas de trabajo, así como la calidad de las relaciones humanas en la empresa”. Por lo tanto, consisten en interacciones entre, por una parte el trabajo y el medio ambiente y las condiciones de organización, y por la otra, las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual, a través de percepciones y experiencias, pueden influir la salud, el rendimiento y la satisfacción en el trabajo. Por lo tanto, estamos ante un conjunto de factores relacionados con el ambiente del trabajo, configuración del puesto de trabajo, organización empresarial, sin olvidar los rasgos de personalidad del trabajador y sus variables personales.

Como vemos pues, los factores psicosociales son complejos, dado que no sólo están conformados por diversas variables del entorno laboral, sino que además, representan el conjunto de las percepciones y experiencias del trabajador. Sin pretender ser exhaustivos, vamos a limitarnos a enunciar aquellos aspectos psicosociales relativos a la organización del trabajo que pueden ser desencadenantes del estrés<sup>5</sup>.

Por lo tanto, con la simple lectura de la definición y las nuevas formas de organización empresarial impuestas por la globalización se están generando muchas más situaciones determinantes de I.T. y más prolongadas en el tiempo que las que debiera, hasta perpetuarse en la salud del trabajador, aunque en un principio el médico de atención primaria hace solo una valoración médico-clínica muy corta en el tiempo, por lo que este, no entra en valorar el contexto que origina las dolencias, y como ya venimos reiterando, termina siendo indefinida en el tiempo esa incapacidad inicialmente valorada como temporal, siendo normalmente el diagnóstico más reflejado en estas situaciones los llamados “síntomas reactivos a los estresores sociolaborales”, como punto de partida, y toma como base lo manifestado inicialmente por el trabajador ante el profesional de la medicina primaria, (el origen laboral de su dolencia), por ello, es considerado como algo totalmente subjetivo, quizás por ello, la baja es inicialmente de 15 días (es el periodo de pago de la prestación por parte del empresario). La falta de mejoría en la mayoría de los casos, hace que el médico de asistencia primaria remita al mismo a los servicios públicos especializados (Servicio de Salud Mental), los cuales, en su diagnóstico sigue la misma pauta que el médico de familia. No hay que

---

5 INSHT Concepto de riesgos psicosociales. [www.insht.es/portal/siete/insht/menitem](http://www.insht.es/portal/siete/insht/menitem)

olvidar que la depresión, la ansiedad, etc dependiendo de la causa puede ser que no tenga un periodo determinado de curación, aunque los médicos consideran que su curación o mejoría se produce como tiempo medio en 100 días, si se supera este periodo, normalmente se produce la solicitud de valoración como permanente, . Estos tipos de enfermedades psíquicas, no son las únicas que ocasionan gran número de incapacidades temporales, pero a pesar de ello, sería conveniente entrar de algún modo en una somera descripción de ellas y sus efectos negativos.

## Estrés

Sin lugar a dudas, la figura principal está en el estrés, en este sentido es importante resaltar que el elemento definidor de cualquier riesgo psicosocial es esta figura y quizás también por la diversidad de efectos negativos en la salud, ya que desde que inició su estudio el fisiólogo Walter Cannon, se ha avanzado mucho el mismo, así como la diversificación, y profundización en sus efectos negativos sobre la salud, entre los que podríamos destacar los que afectan al ámbito emocional y su consiguiente repercusión en la salud en forma de ansiedad, angustia, apatía, depresión, etc. Sin contar con sus efectos nocivos en la fisiología humana como puede ser las manifestaciones psicosomáticas en forma de trastornos músculo esquelético, trastornos digestivos, cefaleas, trastornos cardiovasculares, etc., eso por no entrar en el incremento de los accidentes por el estrés en el trabajador<sup>6</sup>, por lo tanto, estamos ante una fuente inagotable de situaciones propicias de incapacidades temporales que a veces pueden llegar a ser permanentes. Antes de seguir, sería conveniente buscar entre las múltiples definiciones que se han dado al respecto una definición. En esta misma línea podemos decir que el origen del estrés lo podemos encontrar en factores relacionados con el trabajo, o dicho de otra manera, en las condiciones de trabajo estresantes como lo definió Kasl (1991)<sup>7</sup> abarcando aspectos tales como jornada laboral, propio trabajo, el contenido del mismo, la forma de producción, etc.

6 En la UE. se dieron en 1998 5 millones de accidentes laborales que tuvieron una baja médica de más de tres días. También es muy probable que contribuya a los 48.000 suicidios y a los 480.000 intentos de suicidios, según un Informe Eurostat 1998 buscar [www. delors.bibe.uam.es/ensalada/informacion/informacion/eurostat/publicaciones](http://www.delors.bibe.uam.es/ensalada/informacion/informacion/eurostat/publicaciones) - 58k páginas 1 y ss.

7 “Guía sobre el estrés relacionado con el trabajo” ;La sal de la vida o el beso de la muerte? Colección Seguridad y salud en el trabajo. Edita Comisión Europea año 1999.

El estrés no deja indiferente a ningún organismo implicado en la disciplina laboral por sus efectos nocivos, no solo en la salud mental del afectado, también en la física, de ahí que la U.E. esté realizando una labor formativa, divulgativa e informativa a través de la firma con los interlocutores sociales comunitarios el 8 de octubre de 2004, del Acuerdo Marco Europeo sobre el estrés laboral<sup>8</sup> (incluido en el programa de trabajo del Diálogo Social 2003-2005), al considerarse que el estrés puede afectar a cualquier lugar de trabajo, a cualquier trabajador, independientemente de las dimensiones de la organización empresarial, de su ámbito de actividad o del tipo de relación laboral existente entre las partes, y desde el punto de vista médico, el estrés puede ser el desencadenante de la ansiedad y depresión, y otras reacciones psicósomáticas que pueden terminar en una incapacidad permanente, de ahí que el Acuerdo arranque diciendo que: “El objeto de este Acuerdo es proporcionar un marco adecuado a los empresarios y trabajadores para identificar, prevenir y tomar medidas respecto a los problemas relacionados con el estrés en el trabajo” “Luchando contra el estrés se va a conseguir una mayor eficacia y mejora de la salud de los trabajadores con los consiguientes beneficios económicos y sociales para todos”,<sup>9</sup> de ahí, la importancia de conocer tanto una organización nociva, como el componente emocional del individuo, ya bien sea esta estructural o transitoria provocada por las variables personales<sup>10</sup>.

Es necesario tomar medidas preventivas contra el estrés en el trabajo, ya que la aparición de este nos tiene que hacer pensar que podemos estar ante un problema de violencia en el trabajo, situación que si no se corrige puede esta desembocar en una incapacidad permanente. En ese sentido, ya hay

---

8 El objetivo de este Acuerdo consiste en proporcionar un marco a los empresarios y trabajadores.

9 Entre sus efectos podemos encontrar: entre los que podemos encontrar un alto nivel de absentismo, de rotación de personal, frecuentes conflictos y este puede estar fundamentado en problemas organizacionales fácilmente solucionables como puede ser la organización del trabajo, condiciones de trabajo, la comunicaciones

10 Dentro de los patrones de conducta específicas que recoge el Manual de Prev Riesgos Laborales “Factores Psicosociales”, nos encontramos:

Tipo A, (ambiciosos, perciben el entorno como amenazante, tienen que sentir que controla todo, etc).

Tipo B (tranquilo, relajado, con emociones positivas, etc).

Tipo C (actitud de cooperación, resignación, contención exterior de emociones, etc). Sin embargo, las variables personales son circunstancias diversas que se pueden dar de carácter temporal o coyuntural y que afecta a las estructuras emocionales de quienes las padece (separaciones, óbitos, enfermedad grave de un familiar directo, etc).

numerosas sentencias que reconocen el estrés como una I.P. aunque a veces no sea como contingencia profesional al tener su origen laboral<sup>11</sup>.

## El estrés en la prevención en España

El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, define el estrés como: “la respuesta fisiológica y de comportamiento de un individuo que intenta adaptarse y ajustarse a las presiones externas e internas”. Debido a que ya hemos hablado de su importancia incluso para la UE<sup>12</sup>. Por ello, hay que reconocer los movimientos en contra del stress , pero sin una legislación específica en forma de Directivas comunitarias con su consiguiente transposición al ordenamiento jurídico interno.

En ese sentido, a nivel interno, consciente de la importancia que esta figura tiene y especialmente en el ámbito laboral, el INSHT ha dedicado cuatro NTPS a este tema como son los números 318 (el estrés: proceso de generación en el ámbito laboral), 349 (prevención del estrés: intervención sobre el individuo), 355 (fisiología del estrés) y la 438 prevención del estrés: (intervención sobre la organización); Es decir, el estrés produce desajuste entre el puesto de trabajo y la organización. Los responsables de la aparición del estrés son los denominados estresores o estímulos que provocan una respuesta de estrés o estímulos que provocan una respuesta de estrés en el trabajador.<sup>13</sup>

Todo esto, sin olvidar el reflejo que tiene en el estrés otras figuras generadoras de la violencia psicológica fuente inagotable de incapacidades inicialmente temporales, como puede ser el acoso en cualquiera de sus formas, pero que desgraciadamente, muchas terminan siendo permanentes. De hecho, la doctrina jurídica ha calificado a estas como un riesgo laboral que puede ocasionar una enfermedad psicolaboral y su posible calificación como accidente de trabajo por parte de los Tribunales.<sup>14</sup> De todos son

11 STSJ Extremadura de 16 de diciembre del 2003 (enfermedad común estrés, aún contraída con motivo de la realización del trabajo)

12 las medidas que propone el Acuerdo son medidas de gestión y comunicación, aclarando los objetivos de la empresa, el papel de los trabajadores, el apoyo a la gestión de los individuos, su adecuación al nivel de responsabilidad individual, así como el control sobre su trabajo, su formación e información de estas pautas a todas las partes.

13 INSHT NTPS.

14 Olarte Encabo Sofía . Enfermedades psicolaborales “ Un riesgo laboral calificable de accidente de Trabajo. Revista Andaluza de Trabajo y SS número 80. 2005

conocidas las numerosas sentencias por la que los Tribunales vienen concediendo incapacidades permanentes por los efectos nocivos de esta violencia psicológica en la salud de los trabajadores. Así la profesora Olarte en la Revista Andaluza de Trabajo hizo una relación de numerosas sentencias favorables a considerar como contingencia profesional las figuras de este tipo de violencia como incapacidad permanente o como contingencias comunes<sup>15</sup>.

## Figuras de la violencia psicológica

Antes de enumerar algunas de ellas, hay que insistir en que todas ellas tienen como elemento aglutinador el estrés y los efectos que este, puede desencadenar en la salud del trabajador como puede ser la ansiedad o la depresión como ya arriba hemos comentado. Desgraciadamente, hablar de riesgos psicosociales, es también hablar de la violencia psicológica, aunque la física también se puede dar en las empresas, afortunadamente, no alcanza la cuota de la violencia psicológica, así lo pone de relieve el Observatorio Vasco sobre Acoso Moral<sup>16</sup> en un análisis desde un ámbito multidisciplinar de sentencias sobre casos reales de violencia y Acoso en el Trabajo<sup>17</sup>. Es preciso resaltar que estas figuras están siendo ampliamente debatidas por parte de la doctrina jurídica y desde muchas vertientes que la disciplina iuslaboralista permite, pero en este caso, nos vamos a referir a ellas como las figuras capaces todas ellas de producir una incapacidad permanente. Así podemos destacar:

- a) Acoso moral: Mucho podríamos hablar de esta figura de violencia psicológica y que tanto daño ocasiona en la salud de los trabajadores. En ese sentido, se está produciendo en la doctrina jurídica, en los sindicatos, etc. una especialización en su prevención y erradicación con una aceptable labor divulgativa, formativa, e informativa. Son ya numerosas las publicaciones que se están dando al respecto, aunque el término mobbing acoja figuras como son el acoso moral, acoso

15 OLARTE ENCABO, S. Acoso moral y enfermedades psicolaborales: Un riesgo laboral calificable de accidente de trabajo. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social nº 80/2005 Pág. 93

16 Casos reales de Violencia y Acoso en el Trabajo “Análisis interdisciplinar de las sentencias más relevantes”. Violencia física en el trabajo. Editorial Lettera 2010

17 Casos reales de violencia y Acoso en el Trabajo (Observatorio Vasco contra el acoso moral) Editorial Lettera 2010

psicológico, el acoso institucional, con un solo matiz diferenciador: el objetivo a buscar por el acosador, pero con lo mismo efecto devastador en la salud de los que lo padecen. Es causa de innumerables incapacidades permanentes

- b) Acoso sexual: Al margen de la legislación específica que existe en nuestro país, la NTP 507 del INSHT al margen de reseñar los efectos negativos en la salud mental de las víctimas, la define como: « La conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo, incluido la conducta de superiores y compañeros, resulta inaceptable si;
- dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma,
  - la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, el salario o cuales quiera otras decisiones relativas al empleo y/odicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil y humillante para la persona que es objeto de la misma; y de que dicha conducta puede ser, en determinadas circunstancias, contraria al principio de igualdad de trato».
- c) Bullying: Este término es más amplio que el mobbing, ya que el primero abarca burlas, marginación, abuso de conductas con connotaciones sexuales o incluso agresiones físicas, con importantes vejaciones o violencia individual que se da en la organización que lo consiente. Se ha realizado un estudio comparativo por parte de Dieter Zapf<sup>18</sup> quién considera que el bullying procede más de los jefes jerárquicos, mientras que el mobbing es un fenómeno más bien de grupo.
- d) Burnout: El también conocido “síndrome de estar quemado” está considerado como una respuesta a un estrés emocional crónico, cuyos rasgos principales son: el agotamiento físico y psicológico, una actitud fría y despersonalizada en la relación con los demás y un sen-

---

18 ZAPF, D. “ Organizational work group related and personal causes of mobbing/ bullying at work”, international journal of más power vol 30 1999 considerado como el propulsor del conocimiento del mobbing en Alemania; citado por M. F. Hirigoyen en su obra el Acoso moral en el trabajo en la página 73, al igual que el profesor LEYMANN H. “ Mobbing and psychological terror at workplaces” Violence ad victims vol. 5 1990.

timiento de inadecuación a las tareas que se han de realizar.” Esto surge cuando la persona, en contra de sus expectativas, no logra los resultados esperados, por más que se haya entrenado a fondo y esforzado por conseguirlo. Figura también que ha ocasionado innumerables incapacidades permanentes por resolución judicial

- e) Harassment: Ya en 1976, el psiquiatra americano Carroll Brodsky, publicó el libro titulado *The Harassed Worker*<sup>19</sup> En su opinión, el Harassment (hostigamiento) significa “ataques repetidos e inopinados de una persona a otra con la finalidad de atormentarla, minarla, frustrarla y provocarla”. En este supuesto, podríamos hablar de violencia que puede llegar a ser física
- f) Ijime: Tipo de acoso que tiene por objetivo formatear a quien se resiste al grupo.
- g) Whistleblowers “aquel que hace sonar la campana o se va de la lengua”. Por eso, se convierte en blanco de las represalias por parte de quien se considera atacado con esa información.

Ante la ausencia de legislación específica comunitaria a pesar de los intentos de las confederaciones de sindicatos europeos, la UE ha dado un paso adelante con la firma del Acuerdo Marco Europeo sobre el Acoso y Violencia en el Trabajo consciente del gran número de afectados por la violencia psicológica en el trabajo, según la Cuarta Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo<sup>20</sup> el porcentaje de trabajadores que manifiestan ser víctimas de esta situación se sitúa en el 5 %, aunque varía el tanto por ciento cuando se analiza individualmente cada situación concreta<sup>21</sup>. Un tanto por ciento similar también para la violencia física, con estos datos nos atrevemos a decir, que gran número de los afectados temporales, se pueden volver crónicos con la consiguiente modificación de la calificación temporal de su incapacidad.

España como otros países de nuestro entorno europeo, no tiene legislación específica, como ocurre en otros países de la UE caso de Suecia, Francia<sup>22</sup>, etc., a pesar que en nuestro Parlamento se presentó una pro-

19 BRODSKY, CARROL, M. *The Harassed Worker* D.C., Heath And Company Lexington, Ma 1976.

20 Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo publicada en el 2007 [www.eurofound.europa.es](http://www.eurofound.europa.es)

21 Harassment 5% de media.

22 Desde la Estrategia sobre seguridad y salud 2002-2006 la Comisión Europea anunció el propósito de examinar la conveniencia y ámbito de un instrumento comunita-

posición de ley por parte del PSOE ante el gobierno del PP, por la falta de legislación específica en España, para regularizar la situación del acoso en el trabajo en nuestro país proposición de ley 122/000157, conocida como “Derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo.” (la proposición fue rechazada).<sup>23</sup> Igualmente, ha habido proposiciones en el ámbito autonómico.

Una vez expuesto esto, corresponde comentar posibles actuaciones de cara a erradicar estas situaciones que provocan a medio plazo incapacidades permanentes. Este contexto ha posibilitado el nacimiento por parte de la doctrina del Derecho laboral de una especialización en estos temas, la cual, no solo ha alzado la voz al respecto, sino que ha propuesto la aplicación coherente de la LPRL, de acuerdo con la vocación de universalidad de esta, en tanto en cuanto, se dirige a abordar de manera global y coherente el conjunto de los problemas derivados de los riesgos relacionados con el trabajo, cualquiera que sea el ámbito en el que aquel se preste, tal como declara en su exposición de motivos<sup>24</sup>. Este planteamiento jurídico ha provocado que la Dirección General de ITSS también se alinee con esta línea jurídica mediante la publicación de dos Criterios Técnicos sobre esta materia.

El punto de arranque en nuestra legislación laboral es el artículo 1.1 y por ello, el nacimiento del deber de protección que contempla el artículo 4 de la misma norma, sin olvidar, las matizaciones sobre este deber de protección que contempla la LPRL. Y es precisamente en esta norma, donde vamos a buscar la reflexión sobre el contenido de este deber de protección que recoge el ET. En ese sentido, no podemos perder de vista reiteradas sentencias de nuestro TC<sup>25</sup> en el que avala que el artículo 15 CE ampara el derecho a la salud frente a los riesgos laborales, especialmente, la STC

---

rio sobre intimidación y violencia en el trabajo, se tomó en cuenta la Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso en el trabajo en septiembre del 2001.

- 23 Presentado el 14/11/2001, en el Congreso de los Diputados por LÓPEZ GARRIDO, D. JÁUREGUI ATONDO, R. y FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ, M. T. Fue rechazada por el gobierno del PP.
- 24 Escudero Azucena Caso reales de Violencia y Acoso en el Trabajo. Observatorio Vasco sobre el Acoso Moral. Editorial Lettera pág 509
- 25 SSTC 35/1996, de 11 de marzo, 119/2001, de 24 de mayo, 6272007 de 27 de marzo y especialmente la 160/2007. Especialmente esta última sentencia reconduce la protección de la víctima de ataque psicológico al derecho fundamental a la integridad física y moral de la trabajadora frente al hostigamiento psicológico a la que se ha visto sometida. Sentencia comentada en la obra arriba ya citada por la profesora Escudero, igualmente ya citada.

160/2007. En ella, encarga la tutela de la integridad física y moral de la persona al marco protector vigente del ordenamiento jurídico, ordenando emplear los instrumentos de prevención y protección existentes en el ámbito de las relaciones de trabajo mediante la aplicación de la Ley 31/1995 y su normativa de desarrollo.

Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, y de acuerdo con el artículo 4 en punto 3 de la LPRL, entendemos que esos daños psíquicos o físicos “derivados del trabajo” que puede sufrir el trabajador tiene plena cabida en el artículo 115 e y f) de nuestra LGSS. Si continuamos comentando el mismo artículo 4 de la norma preventiva, esta, en su punto 7 y especialmente su apartado d) manifiesta que el concepto de “condición de trabajo”, es una puerta abierta a las IT que posteriormente y por resolución judicial, los casos más graves llegan en muchísimos casos a la calificación de permanente.

Por otro lado, si interpretamos ampliamente el concepto de salud dada por la OMS en su carta fundacional en 1946<sup>26</sup>, habla de bienestar amplio y no solo la ausencia de enfermedad. En esa misma línea, la salud mental, abarca tres aspectos fundamentales como son: “como nos sentimos con nosotros mismos, cómo nos sentimos con los demás y en qué forma respondemos a la demanda de la vida<sup>27</sup>”. Entendemos por lo tanto, que la vigilancia periódica de la salud que recoge como obligación empresarial del artículo 22.1<sup>28</sup> de la LPRL, que obliga al empresario y los servicios médicos encargado de esta función valorar la salud en el más amplio sentido, teniendo en cuenta tanto los riesgos genéricos, como los “específicos de la actividad”. Para ello, se hace necesaria una completa evaluación de riesgos laborales del puesto de trabajo del trabajador, eso, sin entrar en valoración del artículo 23 c)<sup>29</sup> que nos habla, no solo de la vigilancia periódica de la

26 Definición de salud según la OMS: Es un estado perfecto de bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad

27 PACHECO BORRELLA G. “Concepto de salud mental” [www.aesm.net.smental/concepto-sm-comunic.htm](http://www.aesm.net.smental/concepto-sm-comunic.htm) páginas 1 a 3.

28 La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1995, de 8 de noviembre, reconoce el derecho del trabajador a la vigilancia de la salud, derecho que se traduce en el correspondiente deber empresarial de garantizar una vigilancia periódica del estado de salud del trabajador en los términos establecidos en el artículo 22 de la citada Ley. Entre ellos, la evaluación de los efectos de las condiciones de trabajo en la salud del trabajador .

29 Artículo 23 LPRL. Documentación relativa a sus obligaciones. En su apartado C) dice: resultando de los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16.1 de esta norma.

salud del trabajador, sino que además, obliga al empresario a los controles periódicos de las condiciones de trabajo y la actividad que desarrolla los trabajadores. Ya así lo exige la LPRL, al hablar de la revisión periódica de la evaluación de los riesgos laborales.

Capítulo aparte merece la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, ya bien sea temporalmente o a largo plazo debido a la personalidad de este, o sus variables personales. Asimismo, entendemos que el artículo 26 protección a la maternidad puede ser plenamente incluido en esta “protección especial.” Sobre la base de todo lo dicho, procede una aplicación coherente y generosa de los principios de una protección eficaz en materia de prevención y salud en el trabajo, encardinados en los principios de la acción preventiva y su fiel reflejo en una evaluación real y eficaz de todos los riesgos a los que puede estar sometido el trabajador.

Al objeto de conocer y analizar la presencia de factores que pueden producir riesgos psicosociales existen diversos métodos para realizar una evaluación de los mismos, de cara a mejorar la salud y seguridad de los trabajadores, aunque al existir diversidad en los métodos, no existe una metodología concreta capaz de analizar y distinguir todos los riesgos de los que venimos hablando, por lo que habrá que buscar el más idóneo de cara a conocer las características y necesidades que más se adapte a la situación específica de la empresa, el puesto de trabajo, su problemática<sup>30</sup>, etc.

Así tenemos:

1. Método de Evaluación de Factores Psicosociales del INSHT, va a buscar resultados individuales y colectivos en aspectos que aquí estamos comentando.
2. Método de Factores Psicosociales : Identificación de situaciones de riesgos (Instituto de Salud Laboral Navarro)
3. Evaluación de las Condiciones de Trabajo (Factores de organización Pymes)
4. Manual para la Prevención de Riesgos Ergonómicos y psicosociales en Pymes
5. (Elaborado por la INSHT y el IBV “ Instituto de Biomecánica de Valencia)
6. Método de Evaluación de Riesgos Psicosociales. ISTAS 21

---

30 Manual de Prevención de Riesgos laborales “ Factores Psicosociales” Edita Fraternidad . 2006 Pág. 47 y ss.

## Papel de ITSS

Mucho podríamos hablar de las funciones a realizar por la ITSS, de acuerdo con las facultades que la legislación le otorga. En este sentido, hay que resaltar la publicación de los Criterios Técnicos sobre esta materia que ha lanzado, la DIGITSS dando instrucciones en caso que se produzca este tipo de riesgos, sin embargo, consideramos que debería obligarse a los empresarios a un cumplimiento más estricto de la LPRL, sobre todo, en la elaboración de evaluaciones sobre riesgos psicosociales en aquellas empresas que su actividad lo requiera, sobre todo, a los de los sectores con mayor riesgo psicosocial para evitar en lo posible los daños que estos riesgos pueden ocasionar en la salud de los trabajadores, aunque para ello, haya que incrementar la formación y la especialización de la Inspección de Trabajo.

La DIGITSS, ante la ausencia de legislación específica como ya hemos comentado, ha emitido dos Criterios Técnicos al respecto, el que aquí nos referimos, es el vigente de 2009<sup>31</sup>, por revisión del anterior, concretamente CT 34/2003. El vigente 69/2009, es más amplio que el anterior, pero sin resolver totalmente el problema al excluir de su aplicación a colectivos determinados. Este Criterio Técnico en su capítulo VI, viene también a incentivar algo fundamental como es la creación de Código de Buena Conducta basando en el principio jurídico –filosófico defendido por Bobbio que decía: “En una democracia además de leyes debe de haber buenas costumbres”. Aunque es verdad, que actualmente en mucho convenios colectivos esta práctica se está arraigándose con la progresiva inclusión de códigos de buena conducta y sanciones para los infractores en las situaciones de acoso y violencia en el trabajo.

Su inclusión voluntaria tiene mucho que ver con los Acuerdo marco europeo contra la violencia psicológica<sup>32</sup> antes mencionados y la legisla-

---

31 El Criterio Técnico 69/2009 recoge las infracciones de carácter laboral, así como las de prevención de riesgos laborales, en caso de que hubiese concurso, aplicaría la más grave. Es por lo tanto la herramienta que la ITSS se ha dado para sancionar el acoso y la violencia psicológica en el trabajo.

32 El Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el Trabajo, a pesar de que adopta el término “autónomo” de acorde con la propia naturaleza de lo acordado y el procedimiento de aplicación, hace que se comprometan los firmantes a aplicarlo para conseguir un diálogo social autónomo, tanto en sus planteamientos, como en su aplicación, con ello, se aporta un marco para la prevención, identificación y tratamiento de este tipo de problema que puede afectar a la salud y seguridad en el trabajo. Prueba evidente de ello, que el Marco recoge los sectores más afectados

ción sobre algunas figuras de esta que la legislación interna ya contempla, como es el acoso sexual o la legislación antiacoso, prueba evidente de ello, es la inclusión en 2006 en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva<sup>33</sup> buscando el objetivo de facilitar su inclusión en las distintas esferas de la negociación colectiva, tanto sectorial como provincial.

## Conclusiones

Es por todos conocido que los costes que supone para la arcas públicas el pago de las contingencia de las incapacidades permanentes, sobre todo, en el aspecto económico, sin embargo, consideramos que las generadas por la falta de control de los riesgos psicosociales, o al menos, la mayoría de los casos, son evitables, incluso se podrían casi erradicar, evitando así daños innecesarios en la salud del trabajador y en paralelo, el consiguiente coste económico, pasando este, a ser casi innecesario para los organismos que tienen que controlar, gestionar y abonar estos costes. Solo hace falta un poco de implicación por parte de todos de la ley, sin buscar atajos, empezando por racionalizar la forma de organización empresarial en todos sus aspectos dándoles la importancia debida a esta disciplinas universitarias de cara a la consecución del objetivo al unísono, con una verdadera especialización en riesgos psicosociales por parte de mutuas de accidente, servicios médicos de empresas, servicios de prevención, comité de seguridad, etc. En ese sentido, hay que reconocer que a pesar del esfuerzo que por parte de la doctrina jurídica se está haciendo, no se consigue el pleno objetivo porque se hacen muchas veces las actuaciones en base a disciplinas concretas y no en base a una realidad multidisciplinar que este tipo de riesgos requiere, de ahí que aún no se haya podido erradicar o paliar estos efectos nocivos para todos y en todo.

---

por este “problema” como son: Sanidad, educación, Administración pública, defensa, transporte, comunicaciones y hostelería, diseñando en el mismo Acuerdo la forma de lucha contra esta lacra con tres fases claramente diferenciadas como son: La prevención, la identificación y el tratamiento del acoso y la violencia.

33 [http://extranet.ugt.org/saludlaboral/OPRP/Documents/Documentos%20pdf/Acuerdo\\_Marco\\_Europeo\\_Estres.pdf](http://extranet.ugt.org/saludlaboral/OPRP/Documents/Documentos%20pdf/Acuerdo_Marco_Europeo_Estres.pdf)

# Capítulo 25

## La jubilación a edad reducida

---

ICÍAR ALZAGA RUIZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Nacional de Educación a Distancia*

### 1. Planteamiento de la cuestión

La jubilación se define como el cese definitivo del trabajador con derecho a pensión de la Seguridad Social al cumplir una edad determinada. El Real Decreto de 11 de marzo de 1919 estableció una pensión inicial de 365 pesetas anuales a percibir por el trabajador a partir de los 65 años<sup>1</sup>. La vigente regulación en materia de jubilación mantiene la idea tradicional de que el cumplimiento de una edad determinada (por lo general los 65 años<sup>2</sup>) permite al trabajador obtener una pensión<sup>3</sup>.

- 1 Entre otros, DE LA VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 1977, págs. 543 y ss., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Flexibilización y anticipación de la edad de jubilación”, *RL*, 1992-I, págs. 40, MONTOYA MELGAR, A.: “Sobre los orígenes del seguro social en España”, *REDT*, nº 80, 1996, págs. 961 y ss. y, del mismo autor, “Política de empleo y jubilación. Discurso leído el día 8 de noviembre de 2002 en la Sesión Inaugural del Curso Académico 2002-2003 de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia”, *Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia*, Murcia, 2002, págs. 13 y ss. y 41 y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La jubilación anticipada”, en AA. VV.: *Pensiones por jubilación o vejez*, Dir. A. V. Sempere Navarro, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, págs. 323 y 324.
- 2 De edad “emblemática” habla TORTUERO PLAZA, J. L.: *Jubilación forzosa versus jubilación flexible*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 22.
- 3 La obtención de dicha pensión se condiciona también al cese efectivo de la actividad laboral y al cumplimiento de los requisitos de afiliación, alta y cotización. FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La inmediatez en la solicitud desde el cese en el trabajo, como

En la práctica, la edad de los 65 años no es en España la edad mínima de jubilación, sino la edad legalmente prevista y ello por dos motivos. Por una parte, porque existen edades especiales o extraordinarias de jubilación y, por otra, porque la edad media de jubilación es inferior a la edad ordinariamente prevista, a pesar de que a partir del Pacto de Toledo se ha fomentado un retraso progresivo de la edad de jubilación<sup>4</sup>. Actualmente, la edad media de retiro se sitúa en nuestro país en los 63,73 años, frente a los 64,3 años para la media de los países de la OCDE y ello como consecuencia del uso generalizado de las medidas de anticipación de la edad de jubilación<sup>5</sup>. Dicho esto, también es cierto que en el año 2009, las jubilaciones anticipadas han reflejado un nuevo descenso (del 1,1%) respecto a 2008, reflejo, según la Memoria del Consejo Económico y Social para el 2009, “del menor volumen de jubilaciones anticipadas con coeficiente reductor, que pasan de representar el 28 al 26 por 100 del total, puesto que las demás modalidades, en especial la modalidad de jubilación parcial, han seguido aumentando”, así como “de los efectos de la Ley 40/2007, que modificó los requisitos para acogerse a esta modalidad”<sup>6</sup>.

En este contexto, es sabido que la Unión Europea apuesta por una estrategia global de prolongación de la vida profesional, estímulos financieros a la permanencia en el mercado laboral una vez cumplida la edad de jubilación y logro de un mejor equilibrio entre las prestaciones y las cotizaciones

---

discutida condición de acceso a la pensión de jubilación anticipada con coeficientes reductores (“modalidad forzosa”); *AS*, nº 4, 2006, págs. 35 y ss. explica con razón como se ha producido “una desnaturalización de la finalidad de la pensión de jubilación basada en el hecho de que la edad ordinaria establecida hace casi un siglo no responde a la finalidad de nuestros días, pudiendo, por tanto, considerarse esa edad como una auténtica jubilación anticipada”.

- 4 MALDONADO MOLINA, J. A.: *La protección de la vejez en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 223, quien señala como el número de anticipos en la edad de jubilación que se producen en nuestro Sistema desde hace ya algunas décadas es una clara muestra del uso desviado de tales figuras” y MONEREO PÉREZ, J. L.: “La protección de la vejez. Protección por jubilación. Protección contributiva”, en AA. VV.: *Comentario sistemático de la Legislación reguladora de las pensiones*, Dir. José Luis Monereo Pérez y José Ignacio García Ninet, Comares, Granada, 2004, pág. 112.
- 5 En extenso, CELENTANI, M., CONDE-RUIZ, J. I., GALASSO, V. y PROFETA, P.: *La economía política de las pensiones en España*, Fundación BBVA, Bilbao, 2007, págs. 109 y ss. y GARCÍA NINET, J. I.: “Prolongación de la vida laboral y jubilaciones anticipadas en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. El necesario incremento de la contributividad del sistema”, *TS*, nº 212-213, 2008, pág. 5.
- 6 *Memoria del Consejo Económico y Social para el año 2009*, CES, Madrid, 2010, pág. 68.

de cada trabajador<sup>7</sup>. Las modificaciones introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social<sup>8</sup>, fueron en esta dirección.

La jubilación a edad reducida, al permitir el acceso a la pensión de jubilación para determinados colectivos de trabajadores, antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación, contrasta con las políticas sociolaborales actuales que persiguen precisamente el alargamiento de la vida laboral de los trabajadores<sup>9</sup>.

En la presente comunicación abordaremos la jubilación a edad reducida, por una parte, de aquellos trabajadores que prestan sus servicios en actividades consideradas penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres y, por otra, la de los trabajadores discapacitados, con especial detenimiento en las novedades introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social<sup>10</sup> (en adelante, LMSS).

### 1. Las circunstancias en las que se desarrolla el trabajo: los trabajos penosos, tóxicos, peligrosos o insalubres

Junto a la jubilación anticipada para mutualistas y desempleados, en nuestro ordenamiento se prevé también que la edad mínima previamente establecida pueda ser objeto de reducción, estableciéndose una edad ordinaria especial. No se trata de un caso de jubilación anticipada propiamente dicho, sino más bien de un supuesto distinto de edad ordinaria reducida, en la medida en que, aunque la jubilación se produce a una edad inferior a la fijada con carácter general, en realidad no se anticipa el retiro del trabajador, porque esa edad reducida opera como edad ordinaria para determinados colectivos de profesionales<sup>11</sup>. Una vez cumplida esa edad, el trabajador

7 Comisión Europea: *El futuro demográfico de Europa: Transformar un reto en una oportunidad*, de 12 de octubre de 2006.

8 BOE de 5 de diciembre.

9 FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “Jubilaciones a edad reducida por Real Decreto”, en en AAVV.: *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Coord. Ferrán Camas Roda, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 232.

10 BOE de 5 de diciembre.

11 STS de 8 de junio de 1992 (4538), en la que el Tribunal aclara que no debe confundirse con la jubilación anticipada propiamente dicha, que es aquella que “se produce en determinadas situaciones y que va acompañada, por regla general, de determinadas compensaciones; como ya se dejó expresado, se trata de una regulación singular, con atención a la especial característica del trabajo minero, en las categorías laborales y porcentajes que sean aplicables” (F. J. 4º).

puede jubilarse sin aplicación de coeficiente reductor alguno de la cuantía de su pensión<sup>12</sup>. O dicho en otros términos, por razones de protección social de ciertos colectivos sometidos a un envejecimiento prematuro o a especiales dificultades para proseguir la actividad profesional, se establece la reducción de la edad ordinaria de jubilación. Por ello, el adelanto de la edad de jubilación no conlleva penalización, sino que se adoptan medidas para calcular la pensión como si se tratara de la edad general<sup>13</sup>.

Y de esta manera y, al igual que en la normativa anterior, “la edad mínima podrá ser rebajada por Real Decreto, a propuesta el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social<sup>14</sup>, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca”<sup>15</sup>.

La LMSS prevé la futura regulación reglamentaria de un procedimiento general para determinar qué colectivos podrán beneficiarse de una reducción de la edad de jubilación<sup>16</sup>. En concreto se llevarán a cabo estudios sobre siniestralidad en el sector, penosidad, peligrosidad y toxicidad de las condiciones del trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral que genera en los trabajadores y los requerimientos físicos exigidos

12 GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La anticipación de la edad de jubilación”, *Revista de Seguridad Social*, nº 36, 1987, pág. 8, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La jubilación anticipada”, *cit.*, págs. 329 y ss. y MIÑARRO YANINI, M.: “La jubilación a edad reducida”, en AA. VV.: *Tratado de Jubilación. Homenaje al Prof. Luis Enrique De La Villa*, Iustel, Madrid, 2007, págs. 1219 y ss.

13 En todo caso, las normas particulares en cuestión sólo pueden aplicarse a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor de cada una de ellas. Al respecto, SSTS de 14 de diciembre de 1995 (Ar. 9307) y 2 de febrero de 1996 (Ar. 840). Asimismo, de su tenor no se desprende que la jubilación se configure como forzosa, sino que conserva su carácter potestativo. En este sentido, STS de 15 de julio de 1991 (Ar. 5989).

14 Hoy Ministerio de Trabajo e Inmigración.

15 Art. 161.2 LGSS. El Tribunal Supremo ha matizado que no es suficiente para la rebaja de la edad de jubilación que la actividad sea peligrosa, penosa, tóxica o insalubre, sino que es preciso que exista previsión legal al respecto. En este sentido, STS de 14 de diciembre de 1999 (Ar. 9815), en relación a la reducción de la edad de los pilotos de transporte aéreo de personas y mercancías. Y también, STSJ de las Islas Baleares de 31 de julio de 1995 (Ar. 2941) y STSJ de Madrid de 30 de abril de 1997 (Ar. 1257). Se ha reconocido su extensión a un oficial técnico de vuelo que trabajó durante 28 años en una compañía dedicada al transporte de viajeros (STSUD de 27 de enero de 2009, Ar. 1438).

16 En su disposición adicional 45ª.

para el desarrollo de la actividad. Al mismo tiempo, se sigue situando en el Gobierno la facultad de reducir la edad ordinaria de jubilación para determinados grupos o actividad profesionales<sup>17</sup>.

La aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación ha sido también objeto de reforma en varios aspectos. En primer lugar, el establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación sólo procederá cuando no sea posible la modificación de las condiciones de trabajo y conllevará, al mismo tiempo, los ajustes necesarios en la cotización para garantizar el equilibrio financiero<sup>18</sup>. O dicho en otros términos, la LMSS apuesta por intentar, en primer lugar, la modificación de las condiciones de trabajo, esto es, el establecimiento de medidas como la segunda actividad o el traslado del trabajador a actividades menos peligrosas. La modificación de las condiciones de trabajo habrá de ser, por tanto, la vía ordinaria y, en consecuencia, la reducción de la edad de jubilación operará como medida de carácter subsidiario. En el caso de que no sea posible aplicar la vía ordinaria de resolución de la situación -la modificación de las condiciones de trabajo-, será necesario realizar los ajustes necesarios para garantizar la viabilidad del sistema, esto es, aumentar las cotizaciones en aquellos sectores en los que se lleve a cabo una reducción de la edad de cotización para compensar al sistema por el perjuicio que supone reducir la edad ordinaria de jubilación y adelantar el cobro de la pensión.

En segundo lugar, la LMSS fija por primera vez en nuestra legislación una edad mínima real de jubilación en estos casos<sup>19</sup>. En concreto, se establece que la aplicación de los coeficientes reductores de edad en ningún

---

17 A través de Real Decreto dictado a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de forma que como ya aclarara el Tribunal Supremo, no basta con acreditar la peligrosidad, toxicidad o penosidad de una actividad determinada, sino que será necesario que el derecho a la jubilación anticipada venga recogido en la legislación vigente, sin que sea extensible, por tanto, a cualquier trabajador que realice funciones de esta naturaleza. Al respecto, cfr. STS de 21 de enero de 1998 (Ar. 743), en la que se declaró la improcedencia de la aplicación de coeficiente reductor de la edad de jubilación a los trabajadores de la Central Nuclear de Lemóniz.

18 En su disposición adicional 45ª.

19 CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Cambios en la pensión de jubilación tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, *AS*, nº 2, 2008, pág. 21 y PANIZO ROBLES, J. A.: “La reforma de la Seguridad Social. (Comentario a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social)”, *cit.*, pág. 48. Hasta ahora sólo se contemplaba una limitación absoluta a los 55 años para los trabajadores del mar. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “La reforma de la jubilación: ordinaria, parcial, anticipada y postergada”, en AA.VV.: *La reforma de la Seguridad*

caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación a una edad inferior a la de 52 años. Sin embargo, la propia LMSS<sup>20</sup> exceptúa de dicha previsión a los trabajadores excluidos en los diferentes regímenes especiales que, en la fecha de entrada en vigor de la Ley, tuviesen reconocidos coeficientes reductores de la edad de jubilación, siendo de aplicación las reglas establecidas en la normativa anterior. En consecuencia, estos trabajadores podrán continuar beneficiándose de los coeficientes reductores fijados en su normativa específica, aunque, en ocasiones, ello implique acceder a la jubilación anticipada a una edad inferior a los 52 años. Ahora bien, sentado lo anterior, también es cierto que el tenor de la norma permite aplicar el límite de los 52 años a dos colectivos de trabajadores incluidos en regímenes especiales que reconozcan la aplicación de coeficientes reductores: a) A aquellos que hayan cotizado a estos regímenes especiales antes de la entrada en vigor de la LMSS y que hayan realizado trabajos por los que no tengan derecho a la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación; y, b) A aquellos que causen alta y coticen a dichos regímenes especiales a partir de la entrada en vigor de la LMSS.

En fin, los coeficientes reductores no se tendrán, en ningún caso, en cuenta a efectos de acreditar la edad exigida para acceder a la jubilación parcial, a la jubilación mutualista, ni a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada<sup>21</sup>. Se modifica de esta forma la regulación anterior, conforme a la cual la edad requerida para acceder a la jubilación anticipada, en dichas modalidades, se entendía sustituida por la edad equivalente en los casos de reducción de la edad de jubilación por trabajos penosos, peligrosos, tóxicos o insalubres.

Son numerosos los grupos<sup>22</sup> que vienen solicitando desde antiguo la

---

*Social de 2007-2008*, Dir. A. V. Sempere Navarro, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 155.

20 En su disposición transitoria segunda.

21 Art. 161 bis LGSS.

22 Entre otros, los trabajadores de la construcción, los trabajadores del sector minero o de la pesca, aquellos que realizan actividades no extractivas de la piedra o los transportistas por carretera. Por lo que respecta a los trabajadores autónomos, el art. 26.4 del la Ley 20/2007, de 11 de julio, por la que se regula el Estatuto del Trabajo Autónomo, prevé la posibilidad de establecer mecanismos de jubilación anticipada para este colectivo, en atención a la naturaleza tóxica, peligrosa o penosa de la actividad ejercida, en los términos que reglamentariamente se establezcan. Se precisa, en este sentido, que dichos mecanismos de jubilación anticipada se llevarán a cabo en los mismos supuestos y colectivos para los que esté establecido el derecho respecto de los trabajadores por cuenta ajena.

reducción de su edad de jubilación, al considerar que su trabajo reúne condiciones de penosidad, toxicidad, peligrosidad o insalubridad análogas a las de aquellos colectivos a los que ya se les reconoce la reducción de la edad de jubilación<sup>23</sup>. En ocasiones, se ha señalado que la aplicación de coeficientes reductores ha podido tener su origen en las continuas reivindicaciones del colectivo afectado más que en la existencia de mayores índices de mortalidad o morbilidad en el trabajo, deficiencia motivada quizá por la inexistencia de una regulación precisa en la que además de prever la reducción de la edad de jubilación, se fijasen los requisitos para dicha reducción, así como las compensaciones económicas que, en su caso, debieran establecerse para asegurar el equilibrio financiero del sistema<sup>24</sup>.

- 
- 23 Los colectivos que ya tienen reconocida la jubilación a una edad reducida son los siguientes: ferroviarios (Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integran los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de trabajadores ferroviarios, jugadores de fútbol, representantes de comercio, toreros y artistas en el Régimen General, así como se procede a la integración del Régimen de escritores de libros en el Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos), personal de vuelo de trabajo aéreos (Real Decreto 1559/1986, de 28 de junio), profesionales taurinos (Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre), artistas (2621/1986, de 24 de diciembre), los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos (RD 383/2008, de 14 de marzo) y los miembros del cuerpo de Ertzaintza y los integrantes de los colectivos incluidos en el mismo (Dis. Adic. Cuadragésima séptima añadida a la LGSS por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, BOE de 24 de diciembre). En relación a los bomberos y miembros del cuerpo de la ertzaintza que se benefician de un coeficiente reductor de la edad de jubilación, procede aplicar un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto para la empresa como para el trabajador. En este sentido y para el año 2011, se establece que el tipo de cotización es el siguiente: *a*) Bomberos; 6,80% del que el 5,67% es a cargo de la empresa y el 1,13% a cargo del trabajador; y, *b*) Ertzaintzas: 5,00% del que el 4,17% es a cargo de la empresa y el 0,83% a cargo del trabajador. En extenso, FERNÁNDEZ COLLADOS, M<sup>a</sup> B.: *La jubilación antes de la edad ordinaria como medida de fomento del empleo*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, págs. 22 y ss.
- 24 Entre otros, LÓPEZ CUMBRE, L.: “Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento de las jubilaciones anticipadas”, *TS*, nº 94, 1998, pág. 17, MALDONADO MOLINA, J. A.: *La protección de la vejez den España, cit.*, pág. 212 y PANIZO ROBLES, J. A.: “Jubilación parcial y anticipada. Realización de trabajos penosos, tóxicos y peligrosos”, *Foro de Seguridad Social*, nº 17, 2007, pág. 89 y, del mismo autor, “¿Un nuevo paso en la contributividad del sistema de pensiones? (modificaciones en la pensión de jubilación incorporadas en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, *TS*, nº 212-213, 2008, pág. 21.

En este contexto, la LMSS<sup>25</sup> ordena al Gobierno que presente a la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo en el Congreso de los Diputados, previo su análisis por la Comisión de seguimiento del Acuerdo en materia de Seguridad Social, un informe sobre las medidas a adoptar, en relación con la reducción de la edad de jubilación del colectivo de los bomberos. La disposición adicional 22ª LMSS se incorporó al Proyecto de Ley en virtud de una enmienda transaccional a las enmiendas 73 y 109, propuestas respectivamente por Izquierda Unida-Los Verdes y el Grupo Parlamentario Convergencia i Unió<sup>26</sup>.

La extensión de la jubilación anticipada al colectivo de los bomberos responde a la necesidad de otorgar una mejor protección social a una actividad que se desarrolla en especiales circunstancias de peligrosidad y penosidad, que requiere una singular preparación física, en la que se produce un natural desgaste de su capacidad funcional a partir de una edad determinada y en la que es fundamental garantizar a los ciudadanos un servicio de seguridad de calidad<sup>27</sup>. El 17 de julio de 2007 se alcanzó un preacuerdo entre la Administración y los representantes del colectivo de los bomberos, que fijó las líneas básicas de actuación en la materia. Pocos meses después, se aprobó el Real Decreto 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación a favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos, norma que ha venido a culminar este proceso. Incluye en su ámbito subjetivo de aplicación tanto al personal laboral como a los empleados públicos que presten servicio como bomberos. Establece que la edad ordinaria de 65 años exigida para el acceso a la pensión de jubilación se reducirá en un período equivalente al que resulte de aplicar a los años completos efectivamente trabajados como bombero el coeficiente reductor del 0,20. La aplicación de la reducción de la edad de jubilación no dará ocasión en ningún caso a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación a una edad inferior a los 60 años, o a la de 59 años en los supuestos en que se acrediten 35 o más años de cotización efectiva, sin cómputo de la parte

25 En su disposición adicional 22ª.

26 BOCG núm. 126, de 5 de junio de 2007.

27 VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Informe sobre el establecimiento de una posible reducción de la edad mínima de jubilación para el colectivo de bomberos al amparo del artículo 161.2 de la Ley General de Seguridad Social, así como de otras posibles alternativas jurídicas a dicha reducción", julio de 2005, [www.csi-csif.es/andalucia/mod\\_local-bomberos.html](http://www.csi-csif.es/andalucia/mod_local-bomberos.html).

proporcional correspondiente por pagas extraordinarias, por el ejercicio de la actividad de bombero<sup>28</sup>.

En fin, la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Senadores Socialistas Vascos que abogaba por reducir la edad de jubilación de la policía autonómica y equiparla de esta forma a la del resto de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, que se jubilan a los 60 años sin aplicación de coeficientes reductores, no prosperó<sup>29</sup>; aunque se logró el compromiso del Gobierno de abordar de forma inmediata la cuestión con la participación de todos los sectores implicados y bajo los principios inspiradores del AMSS de 2006 y de la reforma de 2007<sup>30</sup>.

## 2. Las condiciones del trabajador: la discapacidad:

La normativa anterior a la reforma de 2007<sup>31</sup> ya preveía la reducción de la edad de jubilación para las personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65%. En concreto, el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre<sup>32</sup>, permitía la jubilación a edad reducida de los trabajadores con una discapacidad igual o superior al 65%, en un período equivalente al tiempo efectivamente trabajado<sup>33</sup> los coeficientes reductores<sup>34</sup>, sin que la aplicación de los coeficientes reductores de la edad puedan dar lugar a que el interesado acceda a la pensión de jubilación antes de los 52 años<sup>35</sup>.

La LMSS amplía dicha previsión a aquellos casos en los que se acredite

28 Art. 2 del Real Decreto 383/2008, de 14 de marzo.

29 Propuesta de nueva disposición adicional 29ª, Dictamen de la Comisión, BOCG, Senado, de 31 de diciembre de 2007.

30 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 302, de 22 de noviembre de 2007, pág. 15.052.

31 Art. 161.2.2º LGSS y Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen los coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía.

32 BOE de 20 de diciembre.

33 Se descontarán las faltas al trabajo, salvo aquellas que tengan por motivo la baja médica por enfermedad común o profesional o accidente, sea o no de trabajo, la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo o lactancia natural y las autorizadas en las correspondientes disposiciones laborales con derecho a retribución.

34 Dichos coeficientes son: 0,25 cuando el trabajador tenga acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 65% y 0,50 cuando el grado de discapacidad sea igual o superior al 65%, así como la necesidad de asistencia por otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria.

35 Salvo para los trabajadores del Régimen Especial de la Minería del Carbón y Tra-

también un grado de discapacidad igual o superior al 45%, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en las que concurren evidencias que determinen de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas. Será necesario esperar al anunciado desarrollo reglamentario para conocer detalles tales como los coeficientes reductores aplicables.

La extensión llevada a cabo la LMSS es fruto de la propuesta de enmienda al Proyecto de medidas en materia de Seguridad Social, elaborada por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) el 15 de marzo de 2007. En ella se explicaba cómo “la excepcional penosidad del trabajo para las personas afectadas por una discapacidad severa produce un mayor y más acelerado desgaste físico y funcional, que hace que deba facilitarse el acceso a la jubilación de forma anticipada, argumento que viene reforzado por el hecho de que estas personas suelen tener una menor esperanza de vida por lo que también pueden disfrutar de la jubilación durante un menor período de tiempo”. Y continúa aclarando cómo la normativa anterior contemplaba ya “la posibilidad de jubilación anticipada de estas personas, pero sólo cuando el grado de minusvalía era igual o superior al 65 por 100. Sin embargo, la experiencia del tiempo de aplicación de esta norma ha demostrado, por una parte, la conveniencia de ampliar el supuesto contemplado en ella al dejar excluidas a muchas personas con graves discapacidades (especialmente de orden intelectual, que gozan, a causa de su discapacidad, de una menor esperanza de vida y, por ende, de carrera de seguro con un efecto de menor disfrute de su eventual prestación de jubilación) y, por otro, que el número de beneficiarios de ella y, por consiguiente, el posible gasto que pudiera conllevar, ha sido reducido”<sup>36</sup>.

Con anterioridad a la reforma, las personas con una discapacidad inferior al 65% se encontraban abocadas a solicitar la prestación de incapacidad permanente, en lugar de la de jubilación, en la medida en que no reunían los requisitos necesarios para poder acceder a ella<sup>37</sup>.

Se modifica también la terminología empleada. Ahora se habla de “per-

---

bajadores del Mar, que, a uno de enero de 2008, tuviesen reconocidos coeficientes reductores de la edad de jubilación, a los que se aplicará la normativa anterior.

36 Propuestas de enmiendas del CerMI al Proyecto de Ley de Medidas en Materia de Seguridad Social. Principales modificaciones del Proyecto de Ley, que aprobó el pasado 16 de febrero el Consejo de Ministros.

37 RODRÍGUEZ LÓPEZ, B. y VARELA ÁLVAREZ-QUIÑONES, I.: “La reforma de la jubilación anticipada”, *cit.*, pág. 144.

sonas con discapacidad” o de “grado de discapacidad”, en lugar de “minusválidos” o “grados de minusvalía”. En el marco de lo dispuesto en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, aprobada el 22 de mayo de 2001 en la 54ª Asamblea de la Organización Mundial de la Salud<sup>38</sup>, la LMSS, como lo han hecho ya otras normas<sup>39</sup>, acoge el término discapacidad frente al de minusvalía. Recordemos que el objetivo principal de dicha clasificación es “proporcionar un lenguaje unificado y estandarizado que sirva como punto de referencia para el funcionamiento humano y la discapacidad como elementos importantes de la salud”. Pretende establecer “un lenguaje común para describir los estados funcionales asociados con estados de salud, con el fin de mejorar la comunicación entre los profesionales de la salud o de otros sectores y las personas con discapacidad”<sup>40</sup>.

La jubilación a edad reducida para trabajadores con discapacidad igual o superior al 45% se encuentra regulada por el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el art.161 bis LGSS<sup>41</sup>. Entró en vigor el 2 de enero de 2010 y establece una edad mínima de jubilación de 58 años para los trabajadores con dicho grado de discapacidad, siempre que se trate de discapacidades en las que concurran evidencias que determinen de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas<sup>42</sup>.

---

38 Conocida como CIF, vino a sustituir la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDD), aprobada por la Organización Mundial de la Salud en 1980.

39 Entre otras y, sin ánimo exhaustivo, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad; el Real Decreto 2270/2004, de 3 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad; el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad; el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores discapacitados.

40 *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 3.

41 BOE de 22 de diciembre.

42 Art. 2 RD 1851/2009.



# Capítulo 26

## Aproximación gradual entre la pensión mínima de jubilación contributiva y la pensión no contributiva: nuevos ajustes en la futura reforma del complemento por mínimos

---

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO  
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad Miguel Hernández.*

### I. Introducción

Una de las cuestiones que se refieren a la determinación del importe de la pensión de jubilación contributiva es la que afecta a aquellos beneficiarios cuya cuantía resulta ser escasa para sobrellevar una vida digna, bien porque las bases de cotización fueron bajas, pero sobre todo, porque han cotizado pocos años a la Seguridad Social lo que se refleja automáticamente en el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora de la pensión.

Para atenuar este efecto tan negativo que supone que un pensionista de jubilación contributiva genere una pensión insuficiente para vivir, se creó lo que se dio en denominar como “complemento por mínimos”.

El complemento por mínimos, puede definirse como aquella cuantía económica que sirve de suplemento al importe de las pensiones generadas por las cotizaciones acreditadas por los interesados, a fin de que tales pensiones alcancen los importes que, en cada momento, estén establecidos para las pensiones mínimas<sup>1</sup>.

---

1 Cfr. PANIZO ROBLES, J. A., «Comentarios de urgencia al Acuerdo para la mejora y

Se trata de una figura relativamente reciente, y tiene su origen entre 1963 y 1964, cuando se instaura la denominada “percepción mínima”, a propósito de la conjunta consideración de las distintas pensiones coincidentes en un mismo beneficiario (conurrencia de pensiones) en la Orden de 14 de marzo de 1963 (BOE del 19), sobre revalorización de las pensiones causadas hasta 31-12-1962 en la Caja de Jubilaciones y Subsidios de la Minería Asturiana<sup>2</sup>.

Sin embargo, más que ahondar en los orígenes y evolución de esta figura tan interesante, el objetivo del presente trabajo no es otro que el análisis de la reforma de la pensión de jubilación en lo que afecta al complemento por mínimos y algunas particularidades del mismo en el resto de las pensiones: aspectos positivos que merece la pena mantener, posibilidades de mejora de los mismos, y aquellos otros que quizá pudieran suprimirse por las consecuencias poco favorables ya sea respecto a los beneficiarios, sostenibilidad del sistema o, sencillamente por presentar alguna discordancia en materia de técnica jurídica.

## II. Limitación al importe del complemento por mínimos

### 1. Supuesto general

En la actualidad, el complemento por mínimos se regula en el artículo 50 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)<sup>3</sup>.

El citado artículo prevé, que los beneficiarios de pensiones del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva<sup>4</sup>, que no perciban rentas de capital o trabajo personal o que, percibiéndolas, no excedan de la

---

el desarrollo del sistema de protección social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 218, marzo 2001, pág. 6.

2 Cfr. GETE CASTILLO, P., *El nuevo Derecho común de las pensiones públicas*, Editorial Lexnova, Valladolid, 1997, pág. 350. Sobre los precedentes del complemento por mínimos, véanse págs. 540-550 de la citada obra.

3 Ni la figura del complemento por mínimos, ni el límite o tope máximo de las pensiones públicas, fueron reguladas en la Ley General de la Seguridad Social de 1974 (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo). Únicamente, se establecía la obligación por el Gobierno de revalorizar las pensiones, en el artículo 92, y de entre ellas, sólo a las que se encontraban encuadradas en el Régimen General.

4 Del texto que se transcribe se desprende que el complemento por mínimos única-

cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado<sup>5</sup>, tendrán derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen.

Según se desprende del citado artículo la percepción del complemento por mínimos supone la necesidad de acreditar por parte del beneficiario la denominada, “insuficiencia de recursos económicos”. Lo que se traduce en que para percibir la pensión mínima completa que le corresponda según su edad y situación personal, no deberá superar una determinada cuantía que establecen anualmente, tanto la Ley de Presupuestos Generales, como el correspondiente decreto de revalorización.

No obstante, en el caso de que se superara el citado importe máximo establecido, se podría percibir parte del complemento hasta cierto límite, siempre que la suma de los rendimientos del beneficiario (o, en su caso, de ambos cónyuges) percibidos en cómputo anual más la cuantía de la pensión calculada sea inferior a la suma del límite de ingresos establecido anualmente, más la cuantía de la pensión mínima correspondiente (según sus circunstancias (edad, con cónyuge a cargo o, no a cargo o sin cónyuge a cargo familia monoparental), se reconoce un complemento equivalente a la diferencia, distribuido entre el número de mensualidades que corresponda<sup>6</sup>.

Resulta obvio, a la vista de las anteriores consideraciones, que el complemento por mínimos representa una alteración respecto al ordinario mecanismo de las pensiones contributivas, pues no se otorgan mediante los mismos parámetros que éstas (alta en la Seguridad social, período de carencia), sino que su fundamento se encuentra en la real situación de necesidad de los pensionistas, traducida en la falta de ingresos económicos suficientes. No habría duda en afirmar que estamos hablando de auténticas prestacio-

---

mente se aplica a las pensiones contributivas de la Seguridad Social (no a las demás prestaciones contributivas, ni tampoco se aplica a la modalidad no contributiva).

5 Para el año 2011, el límite establecido es de 6.923,90 euros al año, elevándose a 8.076,80 euros anuales con cónyuge a cargo. Tales límites dejaron de actualizarse desde 2009, siendo regulados en la actualidad, por el art. 43 apartados Dos y Tres de la *Ley 39/2011, de 22 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011* (LPGE-2011) y por los arts. 4 y 5 del *Real Decreto 1794/2010, de 3 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2011*.

6 A este respecto y respecto al año 2011, véase el funcionamiento del complemento por mínimos, en el artículo 5 del *Real Decreto 1794/2010, de 3 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2011*.

nes no contributivas<sup>7</sup>, si no fuera porque no se perciben aisladamente, pues se otorgan indisolublemente unidas con la pensión contributiva que le corresponda al beneficiario. En ese sentido, la pensión mínima, en parte es de naturaleza contributiva y en parte es de tipo asistencial, produciéndose de ese modo una mixtificación de la misma, al confluír en ella dos técnicas diferentes de protección.

Esta forma de funcionar del complemento por mínimos contrariamente a lo que pudiera parecer, a mi entender es muy positivo, al favorecer el desarrollo del principio de solidaridad por el que el Sistema complementa la pensión cuando ésta es razonablemente insuficiente, ya sea a través de prestaciones económicas o de tipo técnico (asistencia a personas con discapacidad, ancianos, personas marginadas, etc.).

En este sentido, la técnica de los complementos por mínimos supone la efectiva corrección de la proporcionalidad entre prestación y cotización, así como la plasmación del principio constitucional de suficiencia que informa la legislación positiva y la actuación de los poderes públicos, de acuerdo con el artículo 41 en relación con el 53.3, ambos de la Constitución<sup>8</sup>. Y es precisamente la suficiencia de la prestación, en este caso contributiva que percibe el beneficiario, la finalidad a la que sirven los complementos por mínimos<sup>9</sup>.

## 2. Las modificaciones

Volviendo al análisis del artículo 50 LGSS, se observa que mantiene la misma redacción en el Proyecto<sup>10</sup>, incorporando un nuevo apartado 2

7 En ese sentido, se pregunta GONZALEZ ORTEGA, S., en «El establecimiento del Mercado Único y el Sistema español de pensiones de Seguridad Social», *Los sistemas de Seguridad Social y el mercado único europeo*, MTSS, Colección Seguridad Social, núm. 10, Madrid, 1993, pág. 376, si tiene sentido, desde que existe un nivel no contributivo, seguir hablando en el nivel profesional de determinados conceptos que tenían razón de ser cuando no existía aquél, como sucede con la garantía de ingresos mínimos de pensiones, o de complementos, en algún supuesto de revalorización.

8 Cfr. OLARTE ENCABO, S., *El Derecho a prestaciones de Seguridad Social (un estudio del régimen jurídico general de las prestaciones de Seguridad Social)*, CES, Colección Estudios núm. 53, Madrid, 1997, pág. 74.

9 Cfr. ALARCON CARACUEL, M. R., y GONZALEZ ORTEGA, S., «Los Principios de organización de las pensiones públicas», ponencia temática I, *Pensiones Sociales. Problemas y Alternativas*, IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Colección. Seguridad Social, núm. 18, Madrid, 1999, pág. 207; asimismo, véanse las SSTs de 10 y 18 de julio de 2000.

10 Sin embargo desaparece en la proyectada reforma, el segundo párrafo del actual art. 50 LGSS, en donde se prevé que «a los solos efectos de garantía de complementos

que incide directamente en el ajuste de ese complemento, notoriamente inferior, pues con carácter general establece un límite máximo de ese complemento por mínimos para cualquier pensión contributiva (entre la que se encuentra la de jubilación), siendo concretado ese límite en «la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva».

Lo anterior conlleva una serie de consecuencias: la más evidente es la restricción del importe del complemento por mínimos hasta el límite de la cuantía económica establecida de inicio para las pensiones no contributivas en la Ley de Presupuestos de cada año y en el decreto de revalorización correspondiente.

Llegados a este punto conviene señalar la distinción entre el concepto de pensión mínima, que seguirá presumiblemente en la misma línea de años anteriores, y lo que conocemos como complemento por mínimos que es la diferencia entre la correspondiente pensión mínima según las circunstancias del pensionista y la cuantía de la pensión resultante, según el número de años cotizados y la base reguladora del beneficiario.

Pongamos un ejemplo: En el año 2011, un trabajador que se jubila con 65 años y con cónyuge no a cargo, cuya pensión asciende a 180 euros al mes, en el caso de que no haya obtenido durante 2010 ingresos superiores a 6.923,90 euros (art. 43.Dos LPGE-2011), tendrá derecho a percibir la pensión mínima de 570,40 euros al mes. En este caso, el complemento será la diferencia entre 570,40 y la pensión percibida (180 euros), es decir: 390,40 euros al mes.

La novedad de la reforma consiste en que ese complemento de 390,40 euros, que hasta ahora no está sujeto a limitación alguna, no podrá exceder del importe establecido para las pensiones no contributivas establecidas para el correspondiente año.

En el supuesto propuesto, el importe de las pensiones no contributivas establecido para 2011 es de 4.866,40 euros al año (art. 12.1 Real Decreto 1794/2010, de 30 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del

---

por mínimos, se equiparán a rentas de trabajo las pensiones públicas que no estén a cargo de cualquiera de los regímenes públicos básicos de previsión social». Como más adelante se indicará con mayor detenimiento, quizá la supresión tiene que ver con la imposibilidad de acceder a la jubilación anticipada prevista por la reforma en el futuro art. 161 bis.2 B) LGSS, según la cual, una vez calculada la pensión de jubilación anticipada, «el importe de la pensión ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada».

sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales para el ejercicio de 2011), lo que supone una pensión de 347,60 euros mensuales en catorce mensualidades.

Pues bien, imaginemos que este año 2011 entrara en vigor la previsión apuntada por la que se limita la cuantía del complemento. En tal caso, al encontrarse limitado el importe del complemento al previsto en las pensiones no contributivas esa sería la cuantía máxima a percibir en concepto de complemento por mínimos.

En el ejemplo propuesto, el pensionista no percibiría la pensión mínima según sus circunstancias de 570,40 euros, pues su complemento de 390,40 euros, excede del importe de 347,60 (previsto para las pensiones no contributivas) por lo que éste sería su complemento que deberá ser añadido a su exigua pensión de 180 euros al mes. Con lo que en lugar de percibir los 570,40 euros al mes de la pensión mínima, percibiría (180 euros + 347,60 euros) = 527,60 euros al mes, en lugar de los 574,40 euros/mes, casi 50 euros de diferencia.

Del ejemplo propuesto se desprenden algunas consecuencias:

1º. Se ha buscado un elemento que en determinados supuestos limita la cuantía del complemento. Pero no de cualquier forma. Por un lado se castiga a quienes no han contribuido suficientemente (tanto en el montante de las cotizaciones como en el período de tiempo en que se han efectuado tales cotizaciones) hasta un determinado límite, con la finalidad de que no exista una excesiva desproporción entre el tramo que corresponde a la cuantía resultante, de acuerdo con las reglas de la modalidad contributiva (los 180 euros) y la parte que complementa el nivel asistencial (390,40 euros al mes en el momento actual). Como se observa, el tramo que corresponde al complemento supone en el ejemplo propuesto más del doble del importe de la pensión mínima. Por tanto, se trata de una limitación que intenta poner coto a pensiones contributivas (en nuestro caso de jubilación) cuyo componente asistencial sea desproporcionado en el conjunto de la pensión mínima correspondiente.

La segunda consecuencia, es que para limitar ese complemento se ha buscado un mecanismo procedente del Sistema, pero de la modalidad no contributiva, demostrándose con este proceder, una vez más, la íntima conexión que existe entre ambos niveles de protección de Seguridad Social. Se observa, por tanto, identidad en la naturaleza asistencial del complemento por mínimos y de las pensiones no contributivas<sup>11</sup>.

---

11 Sobre el particular puede profundizarse en, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., «La naturaleza

Debe insistirse, que la limitación del importe hasta el previsto cada año para las pensiones no contributivas afecta solo al “complemento por mínimos”, no a la pensión mínima que podrá seguir incrementándose como hasta ahora, de acuerdo con la Ley de Presupuestos de cada año y el decreto de revalorización, según las circunstancias del beneficiario.

### III. Supuesto de exclusión de la jubilación anticipada voluntaria

Otro supuesto en que la figura del complemento por mínimos aparece en escena en la reforma en ciernes de las pensiones, si bien de forma indirecta, tiene lugar al regularse, como novedad, para quienes sin ser mutualistas opten por jubilarse anticipadamente con coeficientes reductores a través de un cese voluntario en el trabajo. Posibilidad que antes de la reforma se encontraba reservada a los que fueron mutualistas<sup>12</sup>.

En esencia, se prevé que para poder acceder a la jubilación anticipada con coeficientes reductores, en la modalidad en la que se produce el cese voluntario en el trabajo, deberán cumplirse –art. 161 bis 2. B) LGSS en la redacción del art. 5.Uno del Proyecto-, los siguientes requisitos:

«a) Tener cumplidos los 63 años de edad, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el apartado anterior<sup>13</sup>.

b) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año».

---

asistencial interna del complemento por mínimos de las pensiones contributivas». *Aranzadi Social*, núm. 15 diciembre 2002, págs. 47-80.

12 La regulación acerca de la jubilación anticipada con coeficientes reductores, de quienes fueron mutualistas figura en la disposición transitoria tercera.1 norma 2ª LGSS.

13 Se refiere a aquellos coeficientes reductores que afectan a la edad del trabajador, tales como el desempeño de actividades peligrosas, insalubres, penosas o que se realicen por personas con discapacidad de un 65% o 45% en determinadas situaciones (art. 161 bis.1 LGSS). Lo que significa que habrá de tenerse en cuenta siempre en la jubilación anticipada con coeficientes reductores la edad real del trabajador sin aplicar reducciones de edad por tales circunstancias.

A continuación se incorpora una letra c) que supone un nuevo obstáculo para poder acceder a la jubilación anticipada en esta modalidad de cese voluntario en el trabajo, y consiste en que, «una vez acreditados los requisitos generales y específicos de dicha modalidad de jubilación, el importe de la pensión ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada».

En otras palabras, que si el importe de la pensión anticipada resultante, una vez aplicados los correspondientes coeficientes reductores, es inferior a la pensión mínima que le correspondería a los 65 años, no podrá acceder a la pensión de jubilación anticipada si el cese en el trabajo es voluntario, lo que provocará sin duda, maniobras para acordar con las empresas simulaciones de ceses involuntarios en sus diversas manifestaciones que se describen en el proyectado art. 161 bis.2 A) LGSS.

Así por ejemplo, (caso de aplicarse la normativa en 2011) si el importe de la pensión anticipada de un trabajador con cónyuge a cargo, con 63 años y después de haberle aplicado los coeficientes reductores correspondientes fuera de 700 euros<sup>14</sup>, como la pensión mínima en 2011 para un trabajador de 65 años, con cónyuge a cargo es de 742 euros al mes, no tendría derecho a la jubilación anticipada, con lo que deberá esperar hasta que el coeficiente reductor no le impida alcanzar la pensión mínima vigente que corresponda a la situación del trabajador o bien, esperar a los 65 o 67, según se considere su jubilación ordinaria sin aplicación de coeficiente reductores.

Significa que en estos supuestos se suprime la posibilidad de obtener el complemento por mínimos para alcanzar al menos la pensión mínima, pues al no llegar a ella, pierde no solo el complemento sino también la pensión calculada a la que, de acuerdo con los cálculos que procedan tendría derecho.

En suma, si la cuantía de la pensión de jubilación anticipada solicitada por cese voluntario en el trabajo, no alcanza el importe de la pensión mínima según las circunstancias del trabajador, no podrá acceder a –como

---

<sup>14</sup> Según el art. 161 bis.2.B) LGSS en la redacción del art. 5.Uno del Proyecto, la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir 65 años, de un coeficiente del 1,875 por 100 por trimestre, para los trabajadores con menos de 38 años y 6 meses cotizados, y del 1,625 por 100 por trimestre para los trabajadores con 38 años y 6 meses cotizados o más.

matiza el proyecto-, a esta fórmula de jubilación anticipada, lo que incluye la pensión mínima, el complemento por mínimos que la hace posible, e incluso la exigua cuantía que le pudiera resultar del cálculo de la pensión.

A este respecto, se observa que desaparece en la proyectada reforma, el segundo párrafo del actual art. 50 LGSS, en donde se prevé que «a los solos efectos de garantía de complementos por mínimos, se equiparán a rentas de trabajo las pensiones públicas que no estén a cargo de cualquiera de los regímenes públicos básicos de previsión social».

La eliminación de esta previsión garantizadora de la percepción del complemento por mínimos puede que tenga que ver con la imposibilidad de acceder a la jubilación anticipada prevista por la reforma en el futuro art. 161 bis.2 B) LGSS, que se acaba de analizar. Lo que significa que en este caso no entra en funcionamiento (incluso reuniendo los requisitos para su percepción) el complemento por mínimos.

Estoy convencido, insisto, que ello dará lugar a múltiples conductas fraudulentas que intentarán colocar al trabajador en condiciones de cumplir los requisitos necesarios para poder jubilarse anticipadamente.

#### IV. Particularidades

Como se desprende de lo analizado hasta el momento en el Proyecto, con carácter general, deberá aplicarse a las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social la nueva limitación del complemento por mínimos, referenciada a la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones no contributivas, y en particular respecto a la jubilación anticipada voluntaria con coeficientes reductores, las previsiones específicas antes apuntadas.

Sin embargo, el Proyecto considera también algunas particularidades, que pese a no referirse, algunas de ellas, directamente al complemento de la pensión de jubilación, ofrecen respuestas de diversa consideración que conviene conocer. Me refiero concretamente a la posibilidad de que se contemple en algunas pensiones como en la de jubilación, la existencia de cónyuge a cargo o, determinadas situaciones de orfandad absoluta en que se incrementa la pensión de orfandad con la de viudedad así como la excepción en la aplicación de los límites respecto a los pensionistas de gran invalidez que tengan reconocido el complemento destinado a remunerar a la persona que le atiende.

## 1. Existencia de cónyuge a cargo

La reforma prevé un tratamiento especial al complemento por mínimos, respecto al pensionista con cónyuge a cargo. Esa especialidad consiste en que el límite del complemento por mínimos, se amplía, de acuerdo con la determinación de la cuantía de la pensión no contributiva para las unidades económicas de convivencia en las que concurren dos beneficiarios con derecho a pensión no contributiva, según el art. 145.1.1º LGSS.

No debe olvidarse que se trata de referencias a la cuantía de las pensiones no contributivas para determinar el límite del complemento por mínimos, y no, que existan beneficiarios de pensiones no contributivas, de modo que únicamente se toman tales cuantías como referencia para establecer el límite máximo del complemento por mínimos y no, como se ha escrito en algún lugar, de la pensión mínima.

Ese incremento del límite de ingresos consiste en sumar al importe de la pensión no contributiva (347,60 euros) el 70% de dicha cuantía (243,32 euros), por lo que en estos casos el límite de la cuantía de ingresos para acceder al derecho del complemento por mínimos (hipotéticamente en 2011) ya no será de 347,60 euros sino de 590,92 euros (347,60 + 70% de 347,60), lo que supone una sustancial elevación del citado límite.

## 2. Pensión de orfandad

Con respecto a la pensión de orfandad ordinaria, poca aplicación tendrá esta limitación, si tenemos en cuenta que la pensión mínima mensual establecida para 2011 es de 183,70<sup>15</sup> euros, y que la cuantía de las pensiones no contributivas establecida para ese año, es de 347,60 euros al mes<sup>16</sup>. Como se observa, el límite excede con mucho el importe mensual previsto para la pensión mínima de orfandad, debido a que precisamente esta última es casi la mitad de la cuantía de las pensiones no contributivas, lo que puede dar qué pensar el hecho de que el importe de una pensión, en principio contributiva (de orfandad) sea notoriamente inferior a una pensión, de carácter asistencial denominada “no contributiva”.

---

15 En cómputo anual son: 2.571,80 euros, según Anexo I del *Real Decreto 1794/2010, de 3 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2011*

16 En cómputo anual son: 4.866,40 euros, según el art. 12.1 del *Real Decreto 1794/2010, de 3 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2011*

### 2.1. *Pensión de orfandad absoluta*

Por otro lado es evidente que quien redactó el proyecto, no se le escapó la posibilidad en los casos de orfandad absoluta<sup>17</sup>, de que la nueva pensión mínima prevista para estos supuestos, podría superar el importe del referido límite equivalente a la cuantía de las pensiones no contributivas del ejercicio vigente.

Sin embargo, en estos casos, como veremos, se adopta una solución salomónica al establecer el mismo límite tanto para la pensión de viudedad, como para la pensión de orfandad incrementada con la de viudedad y que constituye la nueva pensión de orfandad absoluta.

Quizá se verá mejor con un ejemplo de aplicación con la normativa actual y otros con la futura normativa.

Considerando la normativa actual, si la pensión de orfandad (100 euros al mes) incrementada con la de viudedad (260 euros al mes sin aplicar complementos), asciende por ejemplo a 5.040 euros al año (360 euros/mes), el complemento por mínimos que resultaría -suponiendo que el huérfano cumple con los requisitos, en particular el de no superar el límite de ingresos de 6.923,90 euros al año en 2010-, sería el de los 2.571,80 euros por la pensión de orfandad, más los 6.374,20 euros que se incrementa a la misma, por tratarse de orfandad absoluta, resultando un total de 8.946 euros al año. Lo que significa que el complemento por mínimos en este caso será de  $8.946 - 5.040 = 3.906 : 14 = 279$  euros, que se incrementarán a la pensión de orfandad, resultando  $360 + 279 = 639$  euros al mes, que sería la pensión mínima.

En este caso con la normativa actual el complemento por mínimos será de 279 euros al mes.

La nueva regulación que figura en el Proyecto de Reforma, prevé con respecto a la pensión de orfandad, en el futuro -art. 50.2 2º párrafo LGSS-, que «cuando la pensión de orfandad se incremente en la cuantía de la pensión de viudedad, el límite de la cuantía de los complementos a mínimos a que se refiere el párrafo anterior sólo quedará referido al de la pensión de viudedad que genera el incremento de la pensión de orfandad». Es decir, se aplicará un sólo límite, y ese límite será el mismo que el aplicado a la pensión de viudedad de la que procede, lo que significa que el límite máximo será de 347,60 euros al mes.

---

17 Es decir, fallece el padre o madre sobreviviente de quien causó derecho a la pensión de orfandad y como consecuencia de ello el pensionista de orfandad verá incrementada su pensión con la pensión de viudedad de su padre o madre sobreviviente.

Sin embargo, la cuestión se complica, porque el complemento desde la pensión calculada hasta la pensión mínima de viudedad varía según las circunstancias del beneficiario (tipo de pensión mínima), distinguiendo si se trata de titular con cargas familiares (9.735 euros/año), Titular con 65 años o con discapacidad en grado igual o superior al 65% (8.419,60 euros/año), Titular con edad entre 60 y 64 años (7.875,00 euros/año), o titular con menos de 60 años (6.374,20 euros/año).

En el ejemplo anterior, suponiendo que se aplicara en este mismo año 2011<sup>18</sup> la *nueva regulación* auspiciada por el Proyecto de reforma, para poder determinar el importe del complemento por mínimos de la pensión de orfandad absoluta, es preciso determinar antes el complemento de la pensión de viudedad, del siguiente modo:

Con respecto al complemento por mínimos de la *pensión de viudedad*, si el beneficiario tiene menos de 60 años, la pensión mínima será de 455,30 euros al mes ( $6.374,20 : 14 = 455,30$  euros mes).

Si el importe de la pensión de viudedad ascendiera a 260 euros al mes, el complemento que le correspondería sería de  $455,30 - 260 = 195,30$  euros al mes, por lo que éste será el complemento, para la pensión de viudedad, que se ve limitado por la propia pensión mínima.

La cuestión que se debate a continuación es la de si ese mismo complemento por mínimos de 195,30 euros al mes es el que se aplica a la pensión de orfandad, o bien, se considera el límite del complemento de los 347,60 euros con el tope de la pensión mínima para las pensiones de orfandad absoluta. Y es que tal como está redactado el precepto no queda claro a qué se refiere cuando alude a que «...sólo quedará referido al (límite) de la pensión de viudedad que genera el incremento de la pensión de orfandad»

A mi entender, creo que la interpretación que debe atribuirse al precepto objeto de análisis es la primera, porque de considerarse el mismo límite equivalente al de las pensiones no contributivas así se hubiera expresado y no habría hecho falta que se remitiera al complemento resultante de la pensión de viudedad de la que procede.

Así pues, y de acuerdo con tal interpretación, con respecto al complemento por mínimos de la *pensión de orfandad*, al fallecer la persona beneficiaria de la pensión de viudedad, la cuantía de la misma pasaría al pensio-

---

18 Los datos que aparecen a continuación referidos a las pensiones mínimas figuran en el Anexo I del Real Decreto 1794/2010, de 3 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2011.

nista de orfandad, con lo que habrá que recalcular el nuevo complemento por mínimos.

En el supuesto anterior, en que el importe de la pensión de orfandad asciende a 100 euros al mes, se le adiciona el importe de la pensión de viudedad de 260 euros al mes, con lo que la nueva pensión de orfandad será de 360 euros al mes, que supone  $360 \times 14 = 5.040$  euros al año, que es inferior en todo caso a la pensión mínima considerada en los casos de orfandad absoluta<sup>19</sup>.

Sin embargo, al señalarse expresamente en el art. 50.2. párrafo 2º LGSS, del proyecto, que el límite de la cuantía de los complementos a mínimos de la pensión de orfandad absoluta «sólo quedará referido al (límite) de la pensión de viudedad que genera el incremento de la pensión de orfandad», debemos entender<sup>20</sup> que será ese mismo límite de 195,30 euros, el que habrá que aplicar a la pensión absoluta de orfandad, con el límite de la pensión mínima de la orfandad absoluta.

El límite de la pensión de orfandad absoluta en este supuesto es de 8.946 euros al año. La pensión inicialmente calculada es de 5.040 euros al año. La diferencia  $8.946 - 5.040 = 3.906$  euros, no supera los 4.866,40 euros de las pensiones no contributivas, por lo que, en este caso el complemento al no superar la cuantía establecida para 2011 para las pensiones no contributivas hubiera sido la misma que en la normativa actual, es decir, 639 euros al mes. Sin embargo, al referir la pensión de orfandad absoluta el mismo límite en el complemento, que para la pensión de viudedad, el límite será de 195,30 euros al mes, por lo que la pensión final será de  $360 + 195,30 = 555,30$  euros al mes, en lugar de los 639 euros, que hubiera sido más coherente.

Si en lugar de ser el beneficiario, menor de 60 años, fuera mayor de 65 años, para determinar el complemento por mínimos de la *pensión de viudedad*, la pensión mínima será de 601,40 euros al mes ( $8.419,60 : 14 = 601,40$  euros mes).

Si el importe de la pensión de viudedad ascendiera a 234 euros al mes<sup>21</sup>, el complemento que le correspondería sería de  $601,40 - 234 = 367,40$

19 En el año 2011, la pensión mínima del pensionista de orfandad sería los 2.571,80 euros al año más  $6.374,20 = 8.946$  euros.

20 El autor desea dejar claro que lo aquí expuesto responde a la interpretación que hace de la redacción del precepto, con independencia del juicio que le merece tal disposición, a la que califica como poco coherente en su aplicación.

21 Como resultado de aplicar el 52% a la base reguladora de 6.300 euros al año y dividirse entre 14 pagas al año.

euros al mes  $\times 14 = 5.143,60$  euros al año, que supera el importe de las pensiones no contributivas (4.866,40 euros al año), por lo que el complemento se limita al de las pensiones no contributivas, es decir,  $4.866,40 : 14 = 347,60$  euros, que servirá como complemento por mínimos, no solo para la pensión de viudedad sino también para la pensión de orfandad absoluta, según la nueva redacción del art. 50.2 LGSS.

En consecuencia, la persona pensionista de viudedad percibirá sus 234 euros + 347,60 = 581,60 euros, en lugar de los 601,40 euros que percibiría con la actual normativa.

Con respecto al complemento por mínimos de la *pensión de orfandad*, al fallecer la persona beneficiaria de la pensión de viudedad, la cuantía de la misma pasaría al pensionista de orfandad, con lo que habrá que recalcular el nuevo complemento por mínimos.

En el supuesto de que el importe de la pensión de orfandad ascienda a 90 euros al mes<sup>22</sup>, se le adiciona el importe de la pensión de viudedad de 234 euros al mes, con lo que la nueva pensión de orfandad será de 324 euros al mes, que supone  $324 \times 14 = 4.536$  euros al año, que es inferior en todo caso a la pensión mínima considerada en los casos de orfandad absoluta<sup>23</sup>.

Sin embargo, al igual que en el ejemplo anterior, al señalarse expresamente en el art. 50.2. párrafo 2º LGSS, del proyecto, que el límite de la cuantía de los complementos a mínimos de la pensión de orfandad absoluta «sólo quedará referido al (límite) de la pensión de viudedad que genera el incremento de la pensión de orfandad», entendemos que será *ese mismo límite* con independencia de cualquier otra consideración, lo que significa que a la cuantía de 324 euros al mes, habría que añadir el complemento de la pensión de viudedad, es decir, 347,60 euros al mes, lo que supondría un total de 671,60 euros al mes. Sin embargo, esa cuantía con un límite más amplio, tropieza con la pensión mínima de orfandad absoluta de 639 euros mensuales a la que supera. Por lo que deberá considerarse esta cuantía -639 euros al mes- que es la pensión mínima, correspondiendo 324 euros a la pensión calculada y 315 euros, el complemento por mínimos.

Como puede observarse, la cuantía del complemento por mínimos de la pensión de orfandad absoluta, en estos supuestos se encuentra condicio-

22 Como resultado de aplicar el 20% a la base reguladora de 6.300 euros al año y dividirse entre 14 pagas al año.

23 En el año 2011, la pensión mínima del pensionista de orfandad sería los 2.571,80 euros al año más  $6.374,20 = 8.946$  euros.

nada no solo por el límite de las pensiones no contributivas, sino por el importe de las pensiones mínimas establecidas para la pensión de viudedad (primer ejemplo), según las circunstancias de sus beneficiarios y naturalmente por el importe de la pensión mínima de la orfandad absoluta (segundo ejemplo).

En consecuencia, se observa que ese límite del complemento por mínimos no depende de una cuantía fijada para todos los huérfanos de igual forma, ni siquiera de las circunstancias del pensionista de orfandad, como se puede observar del análisis de los dos ejemplos propuestos, sino que el límite -mayor o menor-, del complemento por mínimos dependerá al fin y al cabo, de la pensión de viudedad que genera el incremento de la pensión de orfandad absoluta.

### 3. La pensión de gran invalidez

Menos complejidad presenta el supuesto de complemento por mínimos en el caso de la pensión de gran invalidez, pues como señala el último párrafo del art. 50.2 LGSS del Proyecto, en estos casos «el complemento destinado a remunerar a la persona que le atiende no resultarán afectados por los límites establecido en este apartado».

En otras palabras que no se aplicarán los límites equivalente al importe de las pensiones no contributivas de la pensión de gran invalidez, pero solo en lo que se refiere al complemento por ayuda de tercera persona. Sí se aplicarán los límites al complemento por mínimos de la pensión que se determine, excluido el complemento destinado a remunerar a la persona que le atiende.



# Capítulo 27

## La necesaria delimitación legal del término “cese” del relevista en las jubilaciones parciales anticipadas

---

GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR  
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad Rey Juan Carlos*

### I. Presentación

La jubilación parcial es una institución ciertamente compleja desde muy diversos puntos de vista. Por cuanto refiere a las finalidades en juego, en ella confluyen otros objetivos distintos del exclusivo de la propia protección social dispensada, como son el fomento del empleo, el retiro progresivo del mercado de trabajo y/o la flexibilidad en la gestión del trabajo en la empresa. En lo atinente a los sujetos implicados, la misma exige, por supuesto, la implicación del pensionista y de la Administración de la Seguridad social, pero también de la empresa y, en su caso, de un tercer trabajador denominado relevista. Y por lo que respecta a su régimen jurídico, aunque parecidas, las reglas de juego no son exactamente las mismas según que la pensión de jubilación parcial refiera a trabajadores mayores (jubilación parcial postergada) o menores (jubilación parcial anticipada) de 65 años de edad reales.

Dadas las limitaciones de espacio con las que se cuentan, no es momento éste de analizar en detalle su complejo y extenso régimen jurídico<sup>1</sup>.

---

1 Sobre su régimen jurídico *vid.*, recientemente, Barrios Baudor, G. L. y Valle de Joz, J. I. del: *Jubilación parcial y contratos de trabajo vinculados (a tiempo parcial y de relevo)*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2010, así como la extensa bibliografía allí citada.

Precisamente por ello, se ha optado aquí por abordar tan solo un concreto aspecto del mismo. Y, en particular, el que refiere a la delimitación conceptual del término “cese” del relevista ex disposición adicional segunda del RD 1131/2002, de 31 de octubre. Adviértase que, por más que específica, se trata de una cuestión en absoluto menor y con una gran trascendencia práctica en el momento presente. No en vano, repárese que de cuál sea el concreto alcance que se dé a dicho término puede derivar o no que entre en juego la exigencia de responsabilidades empresariales por no sustitución del trabajador relevista.

Para una mejor comprensión del tema, la presente comunicación comenzará exponiendo los efectos que se derivan del cese del relevista en las jubilaciones parciales y, más concretamente, en las jubilaciones parciales anticipadas. A continuación se dará noticia del estado actual de la cuestión objeto de estudio en las jubilaciones parciales anticipadas desde nuestra doctrina judicial y jurisprudencial, para terminar con una sencilla reflexión final.

Vayamos por partes.

## II. El “cese” del relevista: efectos

Como es sabido, el régimen jurídico de la pensión de jubilación parcial contempla una cuasi-permanente obligación de la empresa por mantener cubierta la jornada dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. Ello no obstante, el alcance de dicha obligación varía según nos hallemos ante jubilaciones parciales anticipadas o postergadas.

En el primer caso y de forma muy resumida, las consecuencias previstas normativamente para el supuesto de cese del relevista serían las siguientes (disp. adic. segunda del RD 1131/2002):

- 1<sup>a</sup>) Si durante la vigencia del contrato de relevo, antes (que no después) de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.
- 2<sup>a</sup>) La citada sustitución deberá llevarse a cabo bajo la modalidad de contrato de relevo y, por tanto, de conformidad al régimen jurídico hasta ahora expuesto.

- 3<sup>a</sup>) La nueva contratación deberá realizarse en el plazo de los quince días naturales siguientes (fecha a fecha) a aquel en que se haya producido el cese del relevista.
- 4<sup>a</sup>) La jornada pactada respecto de la nueva contratación efectuada habrá de ser, como mínimo, igual a la que realizaba, en el momento de producirse la extinción, el trabajador cuyo contrato se ha extinguido.
- 5<sup>a</sup>) En el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la Entidad Gestora (INSS o Instituto Social de la Marina) el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento del cese del relevista hasta la contratación de un nuevo relevista que le sustituya o, en su caso, hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada<sup>2</sup>.

No obstante esto último, según que el citado incumplimiento se produzca antes o después de que el jubilado parcial acceda a la jubilación

2 Para la STSJ Madrid 26 febrero 2009 (JUR 2009, 275675) la citada exigencia de responsabilidad vulneraría “el principio de legalidad en su vertiente relativa al principio de reserva de ley en materia sancionadora, en la medida en que la sanción impuesta a la empresa demandante, prevista en la disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002 de 31 de Octubre, carece de rango normativo mínimo exigido por el T.Constitucional en aplicación del artículo 25.1 para la tipificación de los ilícitos administrativos, al estar previsto en una norma Reglamentaria, carente de cobertura legal suficiente”. En contrario se mostraría, sin embargo, la STSJ Cataluña 27 febrero 2009. En este último sentido, nótese que las SSTTS 8 y julio 2009 (JUR 2009, 416235 y 416224) han abordado esta problemática sin entrar a dilucidar sobre esta cuestión.

En concreto estas últimas sentencias establecen una distinción entre responsabilidad total y parcial del modo que sigue: “la responsabilidad que la norma contempla es la correspondiente al incumplimiento total de la antedicha obligación, esto es, ausencia de relevista durante todo el tiempo que media entre el cese del anterior y el momento en el que tenga lugar la jubilación ordinaria o anticipada del jubilado parcial. Por ello, a la hora de interpretar y aplicar este precepto, no puede prescindirse de la contemplación del grado de incumplimiento, en el caso concreto, de la obligación a la que nos estamos refiriendo. De tal manera que, si el incumplimiento hubiere sido el que antes hemos calificado de total, la responsabilidad derivada del mismo habrá de exigirse en toda la extensión reglamentariamente prevista; pero si tal incumplimiento fuera meramente parcial (falta de contratación de un nuevo relevista durante más de 15 días a partir del cese del anterior, pero por un periodo concreto que sea menor de aquél en el que deba producirse la jubilación total o anticipada del jubilado parcial), en ese caso la responsabilidad del empleador deberá atemperarse para ser exigida en forma proporcional a la entidad del incumplimiento”.

plena (ya sea ésta anticipada u ordinaria) nuestra jurisprudencia distingue entre responsabilidad empresarial total o parcial<sup>3</sup>: “la responsabilidad que la norma contempla es la correspondiente al incumplimiento total de la antedicha obligación, esto es, ausencia de relevista durante todo el tiempo que media entre el cese del anterior y el momento en el que tenga lugar la jubilación ordinaria o anticipada del jubilado parcial. Por ello, a la hora de interpretar y aplicar este precepto, no puede prescindirse de la contemplación del grado de incumplimiento, en el caso concreto, de la obligación a la que nos estamos refiriendo. De tal manera que, si el incumplimiento hubiere sido el que antes hemos calificado de total, la responsabilidad derivada del mismo habrá de exigirse en toda la extensión reglamentariamente prevista; pero si tal incumplimiento fuera meramente parcial (falta de contratación de un nuevo relevista durante más de 15 días a partir del cese del anterior, pero por un periodo concreto que sea menor de aquél en el que deba producirse la jubilación total o anticipada del jubilado parcial), en ese caso la responsabilidad del empleador deberá atemperarse para ser exigida en forma proporcional a la entidad del incumplimiento”.

Por el contrario, no parece que estas últimas previsiones deban resultar exigibles a la empresa cuando el contrato de relevo se hubiera suscrito con carácter voluntario en supuestos de acceso o permanencia en la jubilación parcial con edad igual o superior a los 65 años (jubilaciones parciales postergadas). Y es que en estos casos, el nacimiento o la pervivencia de la pensión de jubilación parcial no dependen de los propios del contrato de relevo, por lo que ninguna consecuencia produciría en ella su extinción. Cuestión distinta es que, según la hipótesis que dé lugar a la extinción del contrato de relevo en estos casos, deba exigirse el cumplimiento de las consecuencias jurídicas que de dicha hipótesis deriven (por ejemplo, si el contrato de relevo se extingue por despido improcedente, habrá que abonar la indemnización correspondiente).

### III. El “cese” del relevista en las jubilaciones parciales anticipadas

#### 1. Interpretación

Sobre la base de cuanto se acaba de señalar, enseguida se aprecia la importancia que el cese del relevista tiene en los supuestos de jubilaciones parciales anticipadas. Recuérdese en este sentido que, si durante la vigencia del

<sup>3</sup> SSTS 8 y julio 2009 (JUR 2009, 416235 y 416224).

contrato de relevo, antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada. Y si así no lo hiciera, deberá abonar a la Entidad Gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento del cese del relevista hasta la contratación de un nuevo relevista que le sustituya o, en su caso, hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada (disp. adic. segunda del RD 1131/2002).

Dado el silencio de la norma, no del todo claro queda si el término “cese” ha de ser interpretado en un sentido amplio (independientemente de cual haya sido la causa de la que el mismo derive como, también, de la calificación que dicho cese merezca) o en un sentido restrictivo (por referencia exclusiva a los supuestos de extinción del contrato de trabajo previstos en el artículo 49 del ET). Y, más concretamente, si el citado término se ha de limitar, única y exclusivamente, a la ruptura definitiva del vínculo laboral por cualquier motivo o si el mismo puede extrapolarse a las suspensiones e interrupciones del contrato de trabajo. Como puede apreciarse, de lo que en el fondo se trata es de dilucidar si el cese del relevista que exige su sustitución por otro trabajador relevista ha de ser definitivo o cabe admitir también el temporal. A este respecto, ninguna duda cabe de que dentro del concepto controvertido tendrían cabida los supuestos de extinción del contrato de trabajo<sup>4</sup>. Ello no obstante, la doctrina judicial se ha mostrado vacilante respecto de otros supuestos distintos.

Así, por ejemplo, se ha llegado a entender que el término cese a que refiere la norma “debe ser interpretado, simplemente, como una desvinculación del trabajador con su actividad laboral y en el marco de la relación de Seguridad Social que, de producirse, obliga al empresario a cubrir esa vacante temporal o definitiva, por otro trabajador que deberá sustituir al inicialmente contratado”; lo que alcanzaría, según este posicionamiento, a los supuestos de ceses temporales tales como, por ejemplo, las excedencias voluntarias<sup>5</sup> e, incluso,

4 Respecto de un supuesto de despido *vid.*, por ejemplo, la STS 13 abril 2010 (RJ 2010, 4645).

5 “la excedencia voluntaria conlleva un cese en la prestación de servicios que solo se reanuda cuando, concluido el periodo al que la misma se ha sometido, exista en la empresa una vacante que pueda permitir la reincorporación del trabajador. En este lapso temporal, en el que se rompe uno de los elementos que constituye la relación triangular que caracteriza la situación de jubilación parcial, el empresario debe cubrir ese vacío con la designación de otro relevista que ocupe la vacante o el puesto de

las excedencias por cuidado de hijos<sup>6</sup> o forzosas por desempeño de cargo público o sindical<sup>7</sup> o por incompatibilidad<sup>8</sup>. También a las reducciones de jornada por cuidado de hijos<sup>9</sup>.

Semejante solución ha sido rechazada, sin embargo, en otras ocasiones al entenderse que la norma únicamente exigiría la sustitución del relevista en los supuestos de rupturas definitivas de la relación laboral. De ahí que, en este último sentido, se haya estimado que quedarían fuera de tal exigencia supuestos tales como, por ejemplo, los permisos retribuidos<sup>10</sup>, las licencias de empleo y sueldo<sup>11</sup>, los permisos sin sueldo para la realización de estudios<sup>12</sup>, las suspensiones de empleo y sueldo por motivos disciplinarios<sup>13</sup>, las excedencias por cuidado de hijos<sup>14</sup> o las excedencias forzosas por razón de incompatibilidad<sup>15</sup>; por el mismo motivo, también, las reducciones de jornada por guarda legal<sup>16</sup>.

Pues bien, frente a este contradictorio panorama judicial, jurisprudencialmente se ha entendido que el cese del trabajador relevista debe ser entendido en un sentido amplio que no se limita a la extinción del contrato de trabajo, sino que comprende también determinados supuestos de “cese

---

trabajo que dejada el excedente voluntaria restableciendo con ello la situación que el legislador ha configurado” [STSJ Madrid 2 junio 2009 (Recurso de Suplicación núm. 1153/2009)]. En similar sentido cfr. las SSTSJ País Vasco 8 (JUR 2008, 390027) y 15 julio 2008 (AS 2008, 3059).

- 6 STSJ Madrid 26 diciembre 2008 (AS 2009, 834).
- 7 STSJ Madrid 23 febrero 2007 (JUR 2007, 174540).
- 8 STSJ Madrid 1 febrero 2007 (JUR 2007, 155658).
- 9 STSJ Navarra 27 julio 2010 (AS 2010, 212).
- 10 SSTSJ Madrid 20 abril 2006 (JUR 2006, 184257) y 7 mayo 2009 (AS 2009, 2142).
- 11 STSJ Madrid 7 mayo 2009 (Recurso de Suplicación núm. 750/2009: “la licencia de empleo y sueldo de la que disfrutó la trabajadora relevista ..., supone la vigencia de la relación laboral al no haberse producido la necesaria desascripción del trabajador del puesto de trabajo”).
- 12 SSTSJ País Vasco 7 abril 2009 (AS 2009, 2085) y 19 mayo 2009 (JUR 2009, 371680).
- 13 SSTSJ Aragón 27 diciembre 2006 (AS 2007, 1543), Cataluña 17 septiembre 2008 (AS 2009, 31).
- 14 SSTSJ Castilla y León 20 febrero 2008 (AS 2008, 1419) y País Vasco 20 febrero 2007 (AS 2007, 1775).
- 15 STSJ Madrid 1 febrero 2007 (JUR 2007, 155658).
- 16 SSTSJ Aragón 23 octubre 2007 (JUR 2007, 85162), Comunidad Valenciana 16 diciembre 2010 (JUR 2011, 107121), País Vasco 9 diciembre 2008 (AS 2009, 1676) y 15 febrero 2011 (núm. rec. 157/2011).

temporal” prolongado del trabajador relevista. En concreto, a propósito de un supuesto de excedencia voluntaria, el Tribunal Supremo ha entendido que “En el contexto de la DA 2ª RD 1131/2002 debe acogerse una interpretación amplia del término “cese””; por tanto, “habrá de considerarse constitutivo de cese cualquier hecho que suponga dejar de hacer el relevista aquello que estaba haciendo, tanto si es de manera definitiva como si es de forma simplemente temporal, con tal de que esta situación de cesación en su cometido se prolongue por más de los 15 días” previstos en la norma como plazo para llevar a cabo la sustitución del relevista<sup>17</sup>. Dicho criterio se ha mantenido con posterioridad respecto de supuestos de excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo<sup>18</sup> o de licencia sin sueldo por motivos personales (seguida posteriormente de una excedencia voluntaria)<sup>19</sup>. Pero incluso, también, en los casos de excedencia por cuidado de hijos al entender que se trata de supuestos de cese no definitivos<sup>20</sup>.

## 2. Reflexión final

No obstante cuanto se acaba de señalar, no parece que esta última doctrina jurisprudencial deba generalizarse, siempre y en todo caso, a aquellos supuestos distintos de las puras extinciones del contrato de relevo. No, al

---

17 SSTS 8 y 9 julio 2009 (RJ 2009, 4561 y 6084) para las que “El término „cese“ referido al trabajo no es necesariamente equivalente a los supuestos de extinción de la relación laboral del art. 49 ET. Puede hablarse también, en sentido amplio, de cese cuando el trabajador, por su propia voluntad, deja de prestar servicios por un tiempo más o menos prolongado, produciendo con su decisión voluntaria, por el período de apartamiento del trabajo, una plaza vacante en el organigrama de la empresa”. Más concretamente dichos pronunciamientos entienden que “La institución de la jubilación parcial, indisolublemente ligada al contrato de relevo en nuestro ordenamiento jurídico, persigue un doble propósito: por una parte, facilitar la transición progresiva de la vida activa al retiro, y por otra mantener al mismo tiempo en beneficio de un trabajador relevista el empleo o puesto de trabajo parcialmente vacante como consecuencia de la jubilación parcial. Este segundo propósito de mantenimiento del empleo vacante no se podría alcanzar de consentirse la excedencia voluntaria del trabajador relevista... De ahí que haya de entenderse que el relevista que pasa a excedente voluntario deba ser sustituido por el empresario en el tiempo de quince días previsto en la citada disposición adicional”. En el mismo sentido *vid.*, también, las SSTS 25 enero y 15 mayo 2010 (RJ 2010, 643 y 5298), así como la STSJ Cataluña 11 mayo 2010 (núm. rec. 3989/2009).

18 STS 27 diciembre 2010 (RJ 2011, 1295).

19 STS 15 marzo 2010 (RJ 2010, 3470).

20 SSTS 4 octubre 2010 (RJ 2010, 7999) y 7 diciembre 2010 (RJ 2011, 1294).

menos, a cuantas suspensiones del contrato de trabajo impliquen el mantenimiento en el tiempo del alta y la cotización (por ejemplo, incapacidades temporales<sup>21</sup>, maternidades, paternidades, etc.) o, incluso, de un alta especial (por ejemplo, huelga y cierre patronal legales). Y, por la misma razón, a los supuestos de interrupción del contrato de trabajo (por ejemplo, permisos retribuidos). No parece, tampoco, que dicha doctrina deba extenderse a los supuestos de reducción de jornada por los motivos legalmente previstos; especialmente por motivos de cuidado de familiares (hijos u otros familiares distintos)<sup>22</sup>. En este último caso, parece que a lo sumo podría exigirse la cobertura parcial de la jornada dejada vacante por el relevista.

Téngase en cuenta, además, que, aunque posteriormente se haya extendido a los supuestos de excedencias por cuidado de hijos, semejante doctrina jurisprudencial se dictó por primera vez en relación a la excedencia voluntaria, figura extremadamente particular que difiere en mucho de los demás supuestos señalados. Es más, encontrándonos como nos encontramos ante una norma que impone una determinada responsabilidad empresarial (acción de reembolso), no parece que la misma pueda interpretarse de forma extensiva sino, más bien, de forma restrictiva, no pudiendo ampliarse a supuestos no previstos en la misma, esto es, distintos del cese del relevista. Muy especialmente cuando, quedando asegurado el mantenimiento del empleo del trabajador relevista, entren en juego otros intereses distintos como, por ejemplo, el principio de igualdad o la conciliación de la vida personal, familiar y profesional<sup>23</sup>.

Precisamente por todo ello y sin desconocer las complejas implicacio-

---

21 La exoneración de responsabilidad se declara respecto del período de agotamiento de la duración máxima del subsidio de incapacidad temporal y la prórroga para la calificación de una incapacidad permanente en la STSJ País Vasco 29 abril 2008 (rec. núm. 578/2008).

22 Aun cuando no ha admitido la existencia del requisito de contradicción, la STS 22 noviembre 2010 (RJ 2011, 1201) entiende que “la reducción de jornada que regula el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores no implica ningún cese en el trabajo, sino simplemente una reducción del tiempo de trabajo; no determina una suspensión del contrato, sino sólo una modificación temporal de éste mediante un cambio que afecta a la jornada, por lo que se mantiene el alta y la obligación de cotizar (artículo 106 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 13 del Real Decreto 2064/1995), aunque se produzca lógicamente una reducción de las bases de cotización que tienen la compensación prevista en el artículo 180.3 de la Ley General de la Seguridad Social”.

23 En este sentido se manifiesta un interesante voto particular de la STS 7 diciembre 2010 (RJ 2011, 1294).

nes jurídicas que se derivan del régimen jurídico de la jubilación parcial, desde aquí se aboga por una interpretación restrictiva del concepto de cese del relevista. Interpretación que, si bien es cierto no debería ceñirse a los supuestos extintivos contemplados en el artículo 49.1 del ET pudiendo alcanzar a otros supuestos suspensivos (por ejemplo, suspensión del contrato de relevo por mutuo acuerdo de las partes), habrá de adoptarse necesariamente ad casum atendiendo a muchos otros factores en juego (por ejemplo, mantenimiento del alta y/o la cotización, reserva legal, convencional y/o contractual del puesto de trabajo, conciliación de la vida familiar y profesional, cobertura a través de cotizaciones ficticias, etc.) que no solo al cese de la actividad profesional del trabajador relevista.

De hecho, atendiendo a una interpretación lógica y coherente con las circunstancias concurrentes en cada caso, jurisprudencialmente se ha exonerado a la empresa de responsabilidad alguna cuando no le ha resultado posible sustituir, de forma temporal o definitiva, al relevista. Así ha ocurrido, por ejemplo, cuando con ocasión de un Expediente de Regulación de Empleo se ha producido el cierre de la empresa con cese total de la plantilla siendo, por tanto, imposible la recolocación del relevista<sup>24</sup>; a sensu contrario, si dicha actividad empresarial se mantiene, es perfectamente posible aplicar la regla general de la responsabilidad empresarial<sup>25</sup>. La exoneración de responsabilidad empresarial se ha estimado, igualmente, en el supuesto particular de sucesión parcial de empresa en el que el trabajador relevista ha dejado de prestar servicios para la empresa originaria pero por subrogación legal ha consolidado su empleo en la nueva empresa<sup>26</sup>.

En todo caso, con ocasión de la disparidad de criterios judiciales existentes hasta el momento presente y/o el diferente régimen jurídico anudado a los muy diversos supuestos de ceses temporales de la actividad profesional del relevista, claro queda que, no obstante el esfuerzo unificador realizado

---

24 A este respecto *vid.* las SSTs 29 mayo, 23 junio (2), 16 y 19 septiembre 2008 (RJ 2008, 3465, 4232, 4460, 7640 y 4461). También, las SSTs Cantabria 19 noviembre 2008 (JUR 2009, 133299) y Navarra 3 febrero 2009 (JUR 2009, 238603). Comentando este criterio jurisprudencial *vid.* Díaz de Rábago Villar, M.: “Criterios recientes del TS y del TSJPV sobre jubilación parcial”, *Aranzadi Social*, núm. 16, 2008 (BIB 2008/2782).

25 Admitiendo la responsabilidad empresarial por continuar la actividad empresarial y existir la posibilidad de mantener los contratos de relevo aun cuando el despido haya tenido lugar por causas económicas *vid.* la STS 22 septiembre 2010 (RJ 2010, 7575).

26 SSTs 25 enero, 18 y 20 mayo 2010 (RJ 2010, 643, 5298 y 5327) y 9 febrero 2011 (Rec. núm. 1148/2010).

al respecto por nuestro Tribunal Supremo, en la próxima reforma de la jubilación parcial y, más concretamente, en la necesaria actualización de su desarrollo reglamentario habrá de tenerse muy en cuenta esta particular problemática. Hasta entonces, la “reforma” de esta concreta cuestión habrá de venir determinada por la acción de nuestros Tribunales.

# Capítulo 28

## Jubilación parcial anticipada: aproximación a su marco legislativo y última jurisprudencia unificada

---

DOLORES CARRASCOSA BERMEJO

*Profesora Doctora en el Área de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social de ICADE y la Universidad Rey Juan Carlos  
Redactora del Área Social en Ediciones Francis Lefebvre*

### 1. Aproximación al marco legislativo de la jubilación parcial anticipada: evolución y perspectivas en el proyecto de reforma

No hay duda, España – incluso de forma más acusada que muchos de nuestros socios en la UE- está ante un grave envejecimiento de su población que fue suavizado momentáneamente por la llegada importante de emigrantes muchos de ellos retornando ahora a sus países de origen por la crisis. No se trata de algo nuevo, a partir de la segunda mitad de la década de los 90 los estudios económicos sufragados por las principales entidades bancarias, ya advertían de un colapso de nuestro sistema de Seguridad Social –que no bancario- a comienzos del siglo XXI<sup>1</sup>. Al margen de alarmismos como se señala en el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo (BOE Cortes Generales 13-1-2011) no es irrazonable pensar que llegue un momento en que las cuentas de nuestro sistema de reparto no cuadren, aunque de momento sigamos con superávit y un fondo de reserva.<sup>2</sup> La

---

1 Se hace referencia a estudios como los suscritos por Herce y Pérez Díaz (1995), Herce (1997), Barea, González-Páramo y otros (1997).

2 Así lo recoge el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo (Publicado en Boletín Oficial de las Cortes Generales de 13 de enero de 2011) con base en estudios como el publicado en 2009 por la Comisión (*Ageing report: economic and budgetary*

necesidad de actuar en este preciso momento no parece tan incuestionable y se asocia más bien a las reformas económicas exigidas por nuestros socios en el euro en un intento de fortalecer nuestra imagen internacional.

Los parámetros para atacar el gasto e incrementar los ingresos son limitados y las recetas posibles también.<sup>3</sup> Las que se emplean en el Proyecto de Ley de la reforma de pensiones 2011 son las esperadas y conectan en su mayoría con un reforzamiento de la denominada contributividad. A grandes rasgos, no sólo se trata de retrasar la edad ordinaria de jubilación y endurecer el acceso a la jubilación anticipada, sino también de bajar el monto de las pensiones mediante el método clásico e indirecto de ampliar el período de referencia de cálculo de la misma y vender más cara una pensión completa.<sup>4</sup> Aunque teóricamente el legislador –siguiendo directrices comunitarias– aspira a prolongar la edad activa de las personas: a través de la exoneración de cuotas de ciertos trabajadores maduros, o a través de la propia jubilación parcial y/o flexible; no existe actualmente un discurso unívoco, pues no hay que olvidar la resurrección de las mal llamadas cláusulas de jubilación forzosa y la posibilidad todavía existente de que empresas con beneficios expulsen mediante EREs a trabajadores en la cincuentena.

El deseo de los trabajadores españoles es jubilarse anticipadamente y aunque no todos esperan conseguirlo, algunos si lo logran, pues de hecho la edad real de jubilación se sitúa en torno a los 63 años.<sup>5</sup> Entre las opcio-

---

*projections for the EU-27 member states, 2008-2060*”). Ver página 40 y siguientes donde se señala: “De los datos arriba descritos se desprenden importantes consecuencias para las cifras relativas al número de pensiones previsto en las próximas décadas. Para 2025 la cifra actual de 8.711.000 pensiones se elevará a un número aproximado de 11 millones, que se elevará a 17 millones en 2050. De acuerdo con lo anterior, la Seguridad Social ha calculado que (a legislación y condiciones demográficas constantes el sistema entraría en déficit hacia 2023 y que el Fondo de Reserva de la Seguridad Social podría hacer frente a dicho déficit, aproximadamente, hasta 2029.”

- 3 Ver sobre las alternativas existentes, por ejemplo, el estudio VVAA “La protección social de los mayores: la jubilación Puntos críticos.” MTIN 2009. p. 16 s. <http://www.seg-social.es/prdi00//groups/public/documents/binario/119791.pdf>
- 4 Al margen de las medidas contenidas en el proyecto, otras se han deslizado en el BOE recientemente: véase, por ejemplo, la reciente OM TIN/1362/2011 que establece la incompatibilidad de la pensión de jubilación con el ejercicio de actividades colegiadas por trabajadores dados de alta en mutualidades.
- 5 Ver sobre esta cuestión las páginas 42 y siguientes de la muestra realizada en el marco del estudio mencionado donde se analiza una muestra a partir de 501 encuestas realizadas en toda España en este caso a trabajadores con edades cercanas a la edad

nes legales que existen de jubilación anticipada, la jubilación parcial era una muy buena elección, permitiendo como fórmula mixta, conjugar el deseo de adaptar de forma gradual y progresiva la edad de jubilación a la esperanza de vida de la población española.<sup>6</sup> De forma novedosa se permitía a los trabajadores que acordasen con su empleador reducir jornada y salario acceder simultáneamente a la condición de pensionista de jubilación, compaginando la percepción de ese salario reducido con una jubilación parcial, dirigida a compensar tal merma retributiva. Además los requisitos no eran muy exigentes: la carencia de la jubilación a la edad ordinaria, cuando aun valían los días cuota, y 60 años como mínimo. Comparándola con las otras modalidades de jubilación anticipada completa –dejando al margen las asociadas a la discapacidad del trabajador o a la peligrosidad o penosidad de la actividad desempeñada- se podría calificar de imbatible sobre todo considerando que no gravaba con coeficiente reductor alguno la jubilación completa a los 65 años,<sup>7</sup> o incluso a los 64 años utilizando como puente otra modalidad de jubilación anticipada completa (RD 1194/1985), en vía de extinción según el actual Proyecto, y también asociada a un contrato de relevo. La jubilación parcial de entonces se asociaba sin dificultad al paradigma de la flexiguridad, permitiendo que esa extraña pareja – flexibilidad empresarial/seguridad del trabajador siempre al borde del divorcio- resultara bien avenida. Sin embargo, como se verá, la amortiguación que esta prestación pública propiciaba respecto de los efectos gravosos que la reducción de jornada implicaba para el trabajador –como parte más débil-, no se ha podido mantener en los mismos términos, la flexiguridad es cara y no congenia bien con la crisis económica.

De forma creciente los trabajadores se decantaron por la jubilación parcial como vía para anticipar su edad de retiro,<sup>8</sup> lo que provocó que el legislador se replanteara su regulación a la vista de su elevado coste en com-

---

de jubilación. El 78,2% quiere jubilarse antes de los 65 porque ya ha trabajado lo suficiente y quiere descansar. Sin embargo, cuando le preguntan a que edad cree que se jubilará un 50% de los mismos encuestados dice que a los 65 años y sólo un 39,1% afirma que antes de esa edad.

6 Ver Recomendación nº 11.

7 SPINA CARRERA, M. “La jubilación en la Ley 40/2007 de 4 de diciembre” RMTAS nº 74 p. 162

8 En 2002 sólo la utilizaron 6.819 trabajadores, en 2007 ya eran 34.618. Aunque en ese último año sólo suponía un 13% del total de las nuevas jubilaciones la cuantía de las prestaciones era muy elevada -al utilizarse la reducción máxima del 85%- y comenzar a abonarse a los 60 años, sin penalizar la jubilación completa.

paración con las restantes modalidades existentes. El empresario comenzó a emplearla como forma de rejuvenecer su plantilla, siempre de forma consensuada, jubilando parcialmente a sus trabajadores a la edad mínima permitida -60 años- y con la reducción de jornada máxima permitida para el jubilado parcial, el 85%, concentrándose en muchos casos la jornada parcial del 15% del jubilado en determinados períodos del año.

En un intento de recortar los gastos asociados a esta vía de anticipación de la edad de jubilación, el legislador decidió desincentivar, o incluso impedir, su uso, aprobando una drástica reforma -consensuada con los interlocutores sociales ex Ley 40/2007- endureciendo las exigencias preexistentes y añadiendo nuevos requerimientos. Para jubilarse anticipadamente de forma parcial había que acreditar más edad, más período de carencia, menor reducción de jornada que previamente y, además, de forma polémica y novedosa, se exigió que el jubilado parcial tuviera una vinculación a la empresa, esto es, una antigüedad o tiempo previo de prestación de servicios.

La crisis en la que estamos inmersos ha impulsado al legislador a endurecer aun más su postura, en primer lugar, mediante la abrupta eliminación del período transitorio establecido en la Ley 40/2007 a través del RDL 8/2010 que también afectó al establecido respecto de los días cuota. Eliminación que sin duda genera un grave problema de desconfianza sobre la virtualidad de futuros períodos transitorios eliminables de un plumazo, pese a provenir de acuerdos consensuados con los interlocutores sociales. Como consecuencia de esta intervención legal, todos los requisitos pasaron a ser inmediatamente aplicables a partir del 25-5-2010 debiendo acreditar el trabajador:

- 1) Una edad mínima de acceso es de 61 años reales o cronológicos, sin posibilidad de aplicar bonificaciones para la anticipación de la edad (LGSS art.161 bis) que coincide así con la edad mínima exigible con la jubilación anticipada para desempleados “general”. Solamente podrán anticipar dicha edad quienes reúnan los restantes requisitos (30 años de período de cotización efectiva y 6 años de antigüedad en la empresa), por un lado, quienes fueran mutualistas antes del 1-1-1967 que mantienen su derecho a jubilarse a los 60 años y, por otro lado, y hasta el 31-12-2010 los afectados por compromisos adoptados en ERES, convenios y acuerdos colectivos de empresa –aprobados o suscritos antes del 25-5-2010- que podrán jubilarse parcialmente, o bien a los 60 años si el trabajador relevista es contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida; o bien a los 60 años y 6 meses si el trabajador relevista es contratado en otras condiciones.

Ver una relación de este tipo de acuerdos colectivos en el BOE de 2-12-2010 (Resolución del INSS de 18-11-2010).

- 2) Una antigüedad mínima en la empresa de 6 años, período de prestación de servicios que se ha de ubicar en las fechas inmediatamente anteriores a la de la jubilación parcial, debiéndose tener en cuenta, a estos efectos, la sucesión de empresas o la existencia de grupo de empresas. Esta exigencia para excluir no sólo a los trabajadores autónomos que accedían a la jubilación parcial desde el RGSS tras un breve período de trabajo por cuenta ajena, sino también a quienes no consiguen la estabilidad suficiente en cierta empresa, o se ven obligados en los últimos años de su vida a suscribir trabajos de duración determinada con distintas empresas.<sup>9</sup>
- 3) Una reducción de jornada que se ubicará entre un mínimo de un 25% y un máximo del 75% respecto de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Exigencia esta última que parece excluir la jubilación parcial de los trabajadores a tiempo parcial, esta exclusión resulta arbitraria, pues supone un trato desigual –o incluso una discriminación indirecta por razón de género-<sup>10</sup> que no posee una justificación objetiva y razonable, que podría haberse superado ofreciendo a los trabajadores a tiempo parcial una reducción proporcional a su propia jornada parcial. Excepcionalmente la reducción podrá ser de un 85% de quien acreditando los otros requisitos, sea sustituido por un relevista con contrato de duración indefinida y a jornada completa.
- 4) Acreditación de un período de carencia de 30 años de cotización efectiva, sin computar días cuota. Período exigible con la jubilación anticipada para desempleados “general” a partir de los 61 años.
- 5) La reducción de jornada del jubilado se debe simultanear con la contratación de un relevista que sustituya, como mínimo, la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente y cuya duración debe ser igual, al menos, con el tiempo que le resta al jubilado parcial hasta cumplir los 65 años. Este relevista ha de estar alternativamente: en situación de de desempleo, no necesariamente subsidiado, o bien ya contratado por la empresa mediante un contrato de duración determinada. Si el relevista no ocupa el mismo puesto

9 Apuntando estas posibilidades y considerando este requisito injustificado LOPEZ GANDIA, J. y TOSCANI JIMENEZ, D. *Reformas de la Seguridad Social 2007*. Eds. Francis Lefebvre . Madrid. 2007 p. 259

10 Apuntando esta posibilidad ver LOPEZ GANDIA, J. y TOSCANI JIMENEZ, D. *Reformas de la... op.cit.* p. 263.

o similar que el jubilado parcial, por requerimientos del trabajo, se exige no obstante cierta correspondencia entre las bases de cotización de ambos, pues la del relevista no puede ser inferior al 65% de la base por la que venía cotizando el jubilado parcial antes de la reducción de jornada (ET art. 12.7). Se ha incumplido el mandato legal de desarrollar reglamentariamente cuáles son esos requerimientos específicos del trabajo que permiten que el relevista ocupe un puesto de trabajo distinto al que ocupaba el jubilado parcial.

Por último, la nueva reforma en ciernes contenida actualmente en un proyecto de ley -sin mencionar la crisis en toda su exposición de motivos- también establece nuevas exigencias respecto de la jubilación parcial en su artículo 6. Así se establece que durante la jubilación parcial anticipada, esto es la previa a la ordinaria de jubilación que se irá incrementando hasta los 67 años, se habrá de cotizar por la base de cotización que, en su caso, hubiere correspondido de seguir trabajando a jornada completa. Esta novedad en materia de cotización se aplicará de forma gradual elevando las bases de cotización en un 5% por ciento por cada año transcurrido desde el inicio de la vigencia de futura ley, hasta su completa aplicación a partir del 1-1-2027.<sup>11</sup> Debe tenerse en cuenta además que -a tenor de la disposición final 6ª del proyecto, se seguirá aplicando la regulación de la jubilación parcial anticipada previa a la reforma -cuya entrada en vigor se fija ahora para 1-1-2013- a quienes hayan accedido a la pensión de jubilación parcial con anterioridad al 25 de marzo de 2011.

## 2. Jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS en materia de jubilación parcial anticipada

En esta segunda parte de la comunicación pretendo aproximarme a las sentencias dictadas por la Sala Cuarta en los últimos años y que han unificado doctrina en relación sobre la jubilación parcial anticipada, abordando

---

11 Así se establecerá, de prosperar el proyecto, en una disposición transitoria ad-hoc que durante el año 2013, la base de cotización será equivalente al 30% de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa. Por cada año transcurrido a partir del año 2014 se incrementará un 5% más hasta alcanzar el 100% de la base de cotización que le hubiera correspondido a jornada completa. En ningún caso el porcentaje de base de cotización fijado para cada ejercicio en la escala anterior podrá resultar inferior al porcentaje de actividad laboral efectivamente realizada.

las siguientes cuestiones: en primer lugar el ámbito subjetivo de la jubilación anticipada parcial; en segundo lugar, el alcance de la obligación empresarial de sustituir al relevista que cesa; en tercer lugar, las consecuencias de esa falta de sustitución en el monto de la pensión de jubilación completa del jubilado parcial; en cuarto lugar, se aludirá a una reciente sentencia relativa a los beneficios que respecto del cálculo de su jubilación completa o definitiva puede obtener el jubilado parcial que posterga su jubilación más allá de los 65 años. Por último, me referiré al imposible acceso del beneficiario de jubilación parcial anticipada a ciertas mejoras voluntarias convencionales asociadas a la jubilación a una determinada edad.

1º) Respecto del ámbito subjetivo de la pensión de jubilación anticipada parcial el TS ha afirmado la imposibilidad de que los empleados públicos, incluido el personal estatutario de los servicios de salud, acceda a esta vía de jubilación anticipada. En efecto, en la actualidad el TS no encuentra norma legal o convencional que obligue a la Administración a acceder a los requerimientos de su empleado, reduciendo su jornada y contratando un relevista. Con carácter general, recuerda el TS, la normativa vigente no avala tampoco el derecho de la empresa de imponer al trabajador la jubilación parcial (ni a través de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, ni a través de la propia negociación colectiva), máxime considerándose que en la regulación actual no cabe que una cláusula de jubilación forzosa obligue al trabajador a jubilarse anticipadamente de forma parcial. Con carácter general, y en defecto de norma convencional, se exige un acuerdo individual entre empresario (ET art. 12.6) máxime teniendo en cuenta que la conversión de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial siempre ha de ser voluntario (ET art. 12.4.e). La empresa sólo ha de tomar en consideración tales peticiones, pudiendo denegar por escrito de forma motivada tal decisión. Es cierto que la negociación colectiva sí podría promover la celebración de contratos de relevo (ET art. 12.6.2º.d), asumiendo en su seno el empresario la obligación de facilitar, mediante las novaciones y contrataciones oportunas, la jubilación anticipada parcial que se le solicitara o de abonar complementos o mejoras a los trabajadores para fomentar este tipo de jubilación.<sup>12</sup>

En el caso concreto que se enjuiciaba en la sentencia TS unificación

12 Ver, por ejemplo, el III Convenio Colectivo estatal de la madera art. 28, BOE 7-12-07, que impone este tipo de obligaciones empresariales y la sentencia del TS unificación doctrina 20-4-09 Rec 1398/09 que confirma —por falta de contradicción— la sentencia de suplicación que impuso el abono de una indemnización de daños y perjuicios al empresario que impidió al trabajador la jubilación parcial anticipada.

de doctrina 22-6-10, Rec 3046/2009 y 6-7-10, Rec 3888/09, relativo al personal laboral del Ministerio de Defensa encuadrado en el RGSS, el TS desechó que la obligación legal se pudiera sustentar en el EBEP (L 7/2007 art. 67). Disposición que por ubicación sistemática y contenido específico se aplica exclusivamente a los funcionarios públicos y no al personal laboral. No obstante, respecto de los funcionarios –encuadrados en el RGSS- tampoco se ha previsto realizar una planificación u ordenación de los recursos humanos que genere tales obligaciones contractuales para la Administración pública. Esta afirmación afectaría también al personal estatutario al amparo de la L 55/2003 art. 26.4, TS cont-adm 9-2-10, Rec 17/08. Tampoco existía obligación convencional, pues en el marco del II Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado art. 59, BOE 14-10-06, sólo se preveía la obligación de la Administración de contratar un sustituto en relación a la modalidad de jubilación anticipada especial a los 64 años que no es parcial sino completa (RD 1194/2005). La Sala de lo Social desestima el recurso y rechaza los argumentos esgrimidos en la sentencia de contraste (TSJ Castilla León (Burgos) 22-10-08, AS 2783 Rec 520/08) que –al amparo del Convenio Colectivo mencionado- avaló la jubilación parcial anticipada de un trabajador al servicio del Ministerio de Administraciones Públicas, obligando a esta Administración a reducir su jornada de trabajo y a concertar el oportuno contrato de relevo. Valoraba dicha sentencia además que no se había acreditado que no existiera crédito presupuestario para atender los gastos originados por el acceso del actor a la jubilación anticipada parcial, siendo esta una vía que favorece la conciliación de la vida familiar con la laboral del trabajador demandante.

Posteriormente el TS en Sala General también denegó el acceso a la jubilación parcial anticipada al personal estatutario (TS unificación doctrina 22-7-09, Rec 3044/08; 3-11-09, Rec 807/09; 6-7-10, Rec 4010/09). Colectivo encuadrado en el RGSS como sucede actualmente, salvo algunas excepciones, con todos los funcionarios de nuevo ingreso a partir del 1-1-2011. En la última de las sentencias mencionadas la Sala 4ª anularía y casaría la sentencia de suplicación que sí reconoció tal derecho (TSJ Castilla La Mancha Albacete 29-9-09, AS 2672 Rec 71/09). Argumentaba el TS que la normativa que rige la jubilación parcial (LGSS art. 166.2, RD 1131/2002 y ET art. 12.7), aplicable a los trabajadores por cuenta ajena, precisa de un desarrollo específico para el personal estatutario cuyo régimen jurídico de prestación de servicios es bien distinto. La Sala Cuarta

admite que existen previsiones en este sentido en el Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud (L 55/2003 art. 26.4), esta previsión sólo tendrá virtualidad cuando las CCAA, a las que está transferida la sanidad, así lo determinasen en su ordenamiento jurídico específico como consecuencia de un plan de recursos humanos. Aunque el supuesto concreto era previo al EBEP (L 7/2007 disp. adic. 6ª) lo que impedía su aplicación, el TS aclaró que tampoco esta norma que sí admite esa posibilidad respecto de los funcionarios hubiera avalado el derecho pretendido. En efecto, la virtualidad de la misma se condiciona a que el Gobierno presente en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos.

2º) Otra serie de pronunciamientos aclararon el alcance de la obligación empresarial de sustituir al relevista que cesa en un plazo de 15 días naturales siguientes a aquel en que se haya producido dicho cese. El incumplimiento de tal obligación –a tenor del RD 1131/2002 disposición adicional 2ª.4- supone que el empresario debe abonar a la entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada. La Sala de lo Social del TS ha considerado cese cualquier hecho que suponga dejar de hacer el relevista aquello que estaba haciendo, tanto de manera definitiva como temporal, con tal que esta situación se prolongue más allá de los 15 días naturales mencionados (TS unificación de doctrina 8-7-09, RJ 4561, Rec 3147/08). De manera que se aplicaría la mencionada disposición adicional no sólo a la suspensión por excedencia voluntaria sino también a cualquier otro tipo de extinción o suspensión que afectase a la relación laboral del relevista. Así se ha establecido que existe tal obligación de sustitución cuando el relevista pasa tanto a excedencia voluntaria (ex ET art. 46.2; TS unificación de doctrina 8-7-09, Rec 3147/08 EDJ 217620; 9-7-09, Rec 3032/08 EDJ 217632), como por cuidado de hijos (ex ET art. 37.3; TS unificación de doctrina 4-10-10, Rec 4508/09; 7-12-10, Rec 77/10).

Sobre esta cuestión, en la sentencia del TS unificación de doctrina 22-9-10, Rec 4166/09 se recoge buena parte de la doctrina vertida sobre esta cuestión. El caso concreto versaba sobre la obligación empresarial de mantener el contrato de relevo en caso de despido objetivo por causas

económicas que afectó, no sólo del relevista sino también del jubilado parcial. El TS razona que aun extinguido el contrato del jubilado parcial (que compaginaría subsidio por desempleo y la jubilación parcial) el empresario tiene la obligación de mantener un contrato de relevo o de contratar un nuevo relevista, so pena de tener que abonar la jubilación parcial del relevado hasta su jubilación completa. Resulta irrelevante la causa del cese, incluyéndose entre las posibles: el despido. Tal obligación persiste hasta el momento en que el relevado alcance la edad ordinaria de jubilación o deje de percibir la jubilación parcial anticipada.

El TS recuerda que el caso concreto, el del despido objetivo por causas económicas, no podía asimilarse a las siguientes excepciones en cuyo marco sí se admitió exonerar al empresario de su obligación de contratar a un relevista:

- 1) Así sucedía, en primer lugar, en los casos en los que la extinción de todos los contratos de quienes conformaban la plantilla se hizo al amparo de un ERE, cerrando la empresa; supuesto en el que la obligación de contratar carecía de virtualidad y se hacía inviable (TS unificación de doctrina 29-5-08, Rec1900/07; 23-6-08, Rec 2930/07; 16-9-08, Rec 3719/07). Jurisprudencia esta última que fue matizada con posterioridad:
  - a) Por un lado, negándose la finalidad sancionadora de la mencionada disposición adicional 2ª del RD 1131/2002 en un supuesto en que la empresa suscribió sucesivos contratos de aprendizaje para sustituir al jubilado parcial y que se extinguen durante el período de prueba, salvo uno de ellos que finaliza por despido disciplinario (TS unificación de doctrina 9-2-10, Rec 2334/09; 15-3-10, Rec 2244/09). El pleito versaba sobre la corrección de la responsabilidad empresarial respecto del abono de la jubilación parcial que impone el INSS con base en los períodos en los que no hubo relevista. La Sala Cuarta no comparte la postura de la sentencia recurrida, que casa y anula, y que había exonerado de responsabilidad a la empresa considerando que la transitoria incurría en ultra vires respecto de la LGSS art. 166.4 y LISOS art. 5.1, incurriendo por su naturaleza sancionadora en una infracción de los principios de tipicidad y legalidad. El TS considera que la disposición adicional no es sancionadora sino que recoge, por el contrario, la consecuencia jurídica al incumplimiento de la obligación empresarial contraída. En el caso concreto estima el recurso interpuesto por el

INSS valorando la falta de diligencia de la empresa que superó en la sustitución con creces el plazo legal de los 15 días naturales con los que contaba.

- b) Por otro lado, se afirmó que la finalidad de tal disposición era armonizar los intereses de los sujetos implicados sobre la base de dejar incólume, en principio, el volumen de empleo existente en la empresa respecto de las concretas funciones afectadas. En este contexto, la sentencia TS unificación de doctrina 25-2-10, Rec 1744/09 mantuvo la necesidad de que subsistiera el contrato de relevo en caso de fallecimiento del jubilado parcialmente, pues tal circunstancia no es causa de extinción del anterior que ha de perdurar, en principio, hasta la jubilación total del relevado.
- 2) En segundo lugar, también se afirmó la inexistencia de responsabilidad empresarial cuando el relevista pasara por subrogación de la empresa con la que concertó el contrato de relevo, a una nueva empresa, aunque el contrato del relevado –el jubilado parcial- se mantuviera en el seno de la empresa originaria que no tendría que proceder a contratar a un nuevo relevista (TS unificación de doctrina 25-1-10, Rec 1245/09). Doctrina que se reiteraría en la TS unificación de doctrina 20-5-10, JUR 248852 Rec 3797/09, recalándose que en tal supuesto no hay indicio alguno de fraude, desde el momento en que el relevista no cesa, sino que sigue desempeñando el mismo trabajo en las mismas condiciones aunque en una nueva empresa como consecuencia de la transmisión de empresas que impone la ley. Es más el relevista consolida su empleo en la nueva empresa que se subroga en todos los derechos y obligaciones (incluidas las de Seguridad Social) de la empresa originaria. De manera que no existiendo no se puede imponer la sanción del abono de la pensión de jubilación parcial, pues se cumple la finalidad de la normativa sobre jubilación parcial anticipada. Siempre a salvo, de que si la empresa dónde se subrogó el relevista le cesara, siempre persistiese para la empresa originaria la obligación de contratar a uno nuevo.

Subsisten aun dudas sobre cuál será la postura unificada del TS –no respecto de la suspensión o extinción del relevista que ya dijimos que se asimilaban al cese- sino en cuanto a la obligación empresarial de sustituir al relevista que reduce jornada, por ejemplo, por guarda legal. La doctrina judicial, por su parte, ha señalado que no hay cese y no hay obligación

empresarial de sustitución, argumentando que se mantiene el volumen de empleo empresarial, la sustitución del jubilado parcial la lleva a cabo el relevista si bien en el porcentaje no afectado por la reducción jornada, y continúa cotizando por la contingencia de desempleo (TSJ País Vasco 15-2-11, Rec 157/11 EDJ 17974).

Sobre esta cuestión, si bien la jurisprudencia unificada ha cerrado el debate en términos, a mi modo de ver, más razonables, oponiéndose la imputación generalizada que realizaban las gestoras respecto del abono de la propia pensión a los empresarios que no reaccionaban, sustituyendo en plazo, a los trabajadores relevistas que cesaban. No obstante, desde un punto de vista práctico, el daño ya está hecho, pues la jubilación parcial anticipada pasó de ser una solución empresarial apetecible para deshacerse paulatinamente de trabajadores maduros para convertirse durante un largo período en una fuente inagotable de problemas que desaconsejaba su utilización. No hay que olvidar que la empresa tiene que convenir con los trabajadores, salvo cláusula convencional y/o convencional, reducir la jornada del jubilado parcial y contratar un relevista. La empresa tiene la llave y seguramente la puerta esté casi cerrada a esta vía de jubilación anticipada que tantas complicaciones y costes adicionales puede acarrear.

3º) El TS también ha puntualizado que el jubilado parcial no puede verse perjudicado en el cálculo de su pensión completa en aquellos supuestos en los que el relevista tuvo el contrato suspendido, en el caso concreto, por una excedencia voluntaria (TS unif doctrina 15-7-10 Rec 2784/09). En efecto, cuando el jubilado parcial se jubila completamente, sus bases de cotización deben incrementarse al 100% aunque no se haya simultaneado en esos períodos la jubilación parcial con el contrato de relevo tal y como establece el RD 1131/2002 art. 18.2. La finalidad del Reglamento mencionado, de acuerdo con su exposición de motivos, es facilitar la jubilación parcial anticipada, y no se puede interpretar extensivamente el deber empresarial de sustitución en el plazo de 15 días. Esta interpretación no atenta contra el principio de suficiencia financiera defendido por el INSS, pues como se ha señalado, cuando no se produce la sustitución en plazo la empresa tiene la obligación de afrontar el abono de la jubilación parcial. En tales casos lo que el TS no comparte es que tal incumplimiento empresarial sirva para penalizar al jubilado parcial llegado el momento de calcular su jubilación completa, siempre a salvo el supuesto, poco probable, de que se acreditara su connivencia. De manera que la elevación de las bases al 100% se asociara únicamente a la celebración, simultánea a la jubilación parcial,

de un inicial contrato de relevo. Se extrapola aquí la doctrina ya manejada por el TS en relación a la modalidad jubilación anticipada completa a los 64 años que impedía proyectar sobre el jubilado sustituido los perjuicios asociados en la contratación irregular de un sustituto, siempre que no se alegue y pruebe la participación del jubilado en tales irregularidades (TS unificación de doctrina 22-9-06, Rec 1289/05)

4º) Hay que aludir también a una sentencia reciente (TS unificación doctrina 21-3-11, Rec 2396/2010) que clarifica si los jubilados parciales que postergan su jubilación completa más allá de la actual edad ordinaria de jubilación (los 65 años) tienen acceso a los beneficios previstos para la determinación de su monto (en concreto el incremento del porcentaje aplicable a su base reguladora) y en que condiciones. El TS responde de forma afirmativa a la primera cuestión, con la condición que computando sus cotizaciones a tiempo parcial -calculando los días teóricos y aplicando un coeficiente multiplicador- el jubilado parcial consiguiese sumar el tiempo de uno o más años de cotización completa que exige la ley para incrementar los porcentajes. En efecto, por esta vía podría conseguir un incremento del mismo de un 2% por año completo de trabajo o incluso un 3% adicional si acreditara al menos 40 años de cotización al cumplir 65 años cronológicos (LGSS art.163.2). Estos beneficios se excluyen por la LGSS art. 163. 2 in fine para los jubilados parcialmente o de forma flexible mientras permanezcan en esa situación compatibilizando trabajo y pensión pero ¿qué sucede cuando se jubilan de forma completa?

Se trae este supuesto a colación en esta comunicación sobre jubilación parcial anticipada considerado que el caso objeto del pleito se trataba de un trabajador que se jubiló parcialmente de forma anticipada, a los 63 años –momento en que ya acreditaba 40 años cotizados- y que se mantuvo como jubilado parcial cumplidos los 65 años -ya sin contrato de relevo- 3 años más, esto es, hasta que cumplió 68 años, percibiendo un 70% de la pensión con una jornada de trabajo de 12 horas, reduciendo las 20 h que venía realizando inicialmente. Cumplidos los 68 años decidió jubilarse completamente y solicitó el mencionado incremento del porcentaje de su base reguladora. Ante la negativa del INSS y del Juzgado de lo Social ante el que reclamó, obtuvo satisfacción a sus requerimientos en la sentencia del TSJ Comunidad Valenciana 23-3-10, Rec 1909/09, sentencia contra la que recurre el INSS en casación para unificación de doctrina. El TS recuerda que el jubilado parcialmente alcanza la edad ordinaria de jubilación –reuniendo los requisitos de edad y período de carencia- ya no es obliga-

torio mantener contrato de relevo alguno, también se pone fin a la ficción de cotización a tiempo completo contenida en el RD 1131/2002 art.18.3. La bonificación del porcentaje que solicita el jubilado parcial sólo es admisible si las cotizaciones efectuadas como trabajador a tiempo parcial, calculadas en la forma prevista en el RD 1131/2002 art.3.1º sumasen todas ellas el tiempo de uno o más años. En este sentido sólo se deben computar las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividen por 5 – el equivalente diario del cómputo de 1.826 horas anuales. A este número de días teóricos obtenidos se les aplica un coeficiente multiplicador de 1,5 resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización, siempre asimilándose a día completo la fracción de día.

El TS estima el recurso del INSS y casa y anula la sentencia dictada en suplicación que interpretando erróneamente la LGSS art.163.2 computó la totalidad del año natural sin tener en cuenta que durante los tres años que el jubilado parcial trabajó (de los 65 a los 68) lo hizo a tiempo parcial. En el caso concreto, utilizando el cómputo propugnado por la Sala Cuarta el TS no cubriría siquiera un año que permitiera el incremento del porcentaje. Esta misma regla sería de aplicación a los supuestos de jubilación flexible en cuyo marco también se exige a efectos de mejora de la pensión definitiva el cómputo de los años completos de cotización cumplidos a partir de los 65 años.

5º) Por último, de forma muy sucinta por su carácter tangencial, merece la pena aludir a la nueva doctrina unificada fijada en relación al derecho de los jubilados parcialmente de forma anticipada a una mejora prevista en convenio colectivo, consistente en un complemento a la pensión de jubilación anticipada hasta que se alcance una determinada edad. En relación al acceso a esta mejora la Sala Cuarta sopesa la relevancia de jubilarse anticipadamente de forma parcial o completa, obviamente cuando el convenio que la contiene no precisa la cuestión. Este problema ya fue abordado por la Sala Cuarta que inicialmente se mostró favorable al abono de la mejora aunque de forma proporcional a la reducción de jornada del jubilado parcial (TS unificación de doctrina 30-6-10, Rec 4190/2009). Sin embargo, esta doctrina ha sido superada por la sentencia dictada también en unificación de doctrina, tan sólo 6 meses después, TS 20-12-10, Rec 4451/09 y que se reitera en TS unificación de doctrina 26-1-11, Rec 1832/10. En

ambas sentencias se deniega el acceso a la mejora considerándose que esta no cubre la contingencia de jubilación parcial anticipada. De acuerdo con el TS el alcance de la mejora debe regirse por lo contenido en el Convenio Colectivo que la incluía debiendo los tribunales interpretar sus preceptos atendiendo a la voluntad de las partes negociadoras al concertar la mejora controvertida. Resultó determinante que en el marco de los convenios aplicables ninguna referencia se hacía a los supuestos de jubilación parcial, institución de características propias y diferentes de la tradicional jubilación total, que exigiría, no sólo la expresa inclusión en el beneficio, sino su especial regulación para el aseguramiento de la mejora, en cuya póliza de seguro colectivo tampoco se hizo ninguna alusión al efecto. Esa correcta interpretación convencional lleva a la Sala Cuarta también a ponderar el carácter “novedoso de la jubilación parcial” en el ordenamiento español, lo que implica, a su modo de ver, que si la intención de las partes hubiera sido cubrir tal contingencia, no cabe duda que lo hubieran hecho de modo expreso.



# Capítulo 29

## La pensión de viudedad, la reforma pendiente

---

### Sexta ponencia

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA  
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Magistrado (supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

#### I. Primera parte

##### 1. Introducción

Son múltiples los estudios que realizan u ofrecen un diagnóstico sobre la situación actual del sistema público de Seguridad Social, nos advierten de sus carencias, denuncian sus contradicciones, etc., y a la vista de ello sugieren u ofrecen soluciones sobre el mismo. Aquí se recogerá una selección y síntesis ellos, centrándonos en los que hacen un especial énfasis en la protección a la supervivencia y más concretamente en viudedad.

El compendio de los mismos, para un mejor entendimiento se va a ofrecer agrupándolos en tres grandes apartados:

- a) Aquellos que podrían denominarse o considerarse como oficiales o por provenir de un encargo específico de la Administración para ello, como son los que se han venido conociendo como los “Libros de la Seguridad Social”.
- b) Junto a ellos se reseñarán también aquellos Pactos o Acuerdos políticos y / o sociales de especial significado e incidencia para el Sistema

de Seguridad Social, tanto de carácter genérico o específico y que generalmente han llevado consigo importantes reformas en el régimen jurídico de la prestación que es objeto de análisis.

- c) Y finalmente se analizarán también aquellos proyectos o estudios de carácter privado, unas veces fueron elaborados por encargo de entidades u organizaciones privadas, otras veces surgen del estudio o reflexión personal de sus autores<sup>1</sup>.

## 2. Los libros de la Seguridad Social

### 2.1. El Libro Blanco de la Seguridad Social

El Libro Blanco de la Seguridad Social<sup>2</sup> trata de dar respuesta a un interrogante genérico –que el mismo se plantea- ¿cuál es la situación actual de nuestro sistema de Seguridad Social? Pero no solamente eso, conocidos los datos y hecha una evaluación crítica es preciso tomar conciencia del reto que las crecientes demandas sociales plantean al futuro de la Seguridad Social. Concluyendo que es necesaria una reforma, que debe ser sistemática e integral, entendiéndolo que sólo aquellos cambios que la sociedad incorpora y hace suyos, arraigan y desarrollan sus posibilidades<sup>3</sup>.

El libro, en definitiva, presenta como ocurre con todo balance, un reconocimiento de la labor realizada en el pasado, una cierta valoración del mismo, y un proyecto de factibles para el futuro<sup>4</sup>.

1 Una síntesis bibliográfica de los principales documentos puede verse en GONZALO GONZÁLEZ, B., FERRERAS ALONSO, F. y TEJERINAS ALONSO, I. (1985): *Evolución y tendencias de la Seguridad Social durante la crisis económica*, Colección Informes, Serie Seguridad Social, Madrid, MTSS.

2 MINISTERIO DE TRABAJO (1977): *Libro Blanco de la Seguridad Social*, 2ª Edición, Pág. 720 y ss. Madrid.

3 Se debe de tener en cuenta que hoy en día a partir de ciertos niveles de desarrollo los datos cualitativos comienzan a primar sobre los meramente cuantitativos. Los cualitativos están relacionados con la seguridad, con un aumento del grado de tranquilidad ante el futuro de los miembros de la comunidad. El Libro Blanco plantea críticamente los principales problemas que hoy tiene la Seguridad Social española, lo hace por un deber de sinceridad, transparencia y respeto a los ciudadanos. Pero al propio tiempo con una consideración o convicción crítica planteada desde dentro, como voluntad de llegar a soluciones efectivas, posibles e inmediatas, por lo que lo primero que lleva a cabo es un reconocimiento de la labor realizada y fe de vida de unas instituciones cuya propia vitalidad y pujanza permite un diagnóstico de los desajustes que en ningún modo empuñan su eficacia.

4 MINISTERIO DE TRABAJO (1977): *Libro Blanco...*, Ob. cit. pág. 719

La reforma propuesta en el Libro Blanco cuenta con noventa y siete objetivos<sup>5</sup>. De los que solamente uno se cita para las prestaciones por Muerte y Supervivencia, rubricado como “Reajustar los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho a las prestaciones por estos conceptos, así como su cuantía”

El Libro Blanco cuando analiza las prestaciones por muerte y supervivencia<sup>6</sup> comienza planteándose varias cuestiones. La primera es cuál debería ser la filosofía de la protección. Entiende que si se parte de una concepción integral del núcleo familiar del trabajador las prestaciones deberían de articularse dentro de las medidas de protección a la familia. Ahora bien si se opta por una concepción individual de cada uno de los elementos que constituyen el núcleo familiar del trabajador (viudo, huérfano,...) la acción a desplegar debería comprender o integrarse entre las actuaciones en materia de empleo (fundamentalmente a favor de la mujer), de protección a los menores (huérfanos) o minusválidos (huérfanos, mayores incapaces), de protección a la vejez (padres,...), etc.

En segundo lugar se considera que hay un hecho causante único, al que no caben asimilaciones (v. gr. el encarcelamiento de una persona, la incapacidad de una persona), dejando a salvo un supuesto muy singular como es la desaparición del trabajador con ocasión o con motivo de un accidente.

Y en tercer lugar que hay un elemento distorsionador de las prestaciones en relación con la valoración de la situación de necesidad, que es la singularidad en la protección que se ofrece cuando la muerte es imputable a causas profesionales.

Continúa en el Libro Blanco describiendo y haciendo las siguientes consideraciones sobre las prestaciones:

- Auxilio por defunción. Se parte de un dato obvio, la insuficiencia de esta prestación abogando por establecer un sistema de actualización permanente con relación al SMI u otro análogo (esta actualización finalmente se ha llevado a cabo por la Disposición Adicional Décima de la Ley 40/2007)
- Pensión de Viudedad. Se cuestiona si la convivencia es, en sí misma considerada, un indicio o no de dependencia económica y, aún así, si esta última supone una situación insalvable una vez producido el

5 Un resumen de las reformas que el Libro Blanco contiene puede verse en MINISTERIO DE SEGURIDAD SOCIAL (1977): *El Sistema Español de Seguridad Social ante una nueva etapa*, Madrid, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones.

6 MINISTERIO DE TRABAJO (1977): *Libro Blanco...*, ob. cit. pág. 283 y ss.

fallecimiento del cónyuge (estado de necesidad). Señala que no se protege una convivencia de hecho sin mediar matrimonio; parece que se prima más un criterio de “sana moral” que una valoración auténtica de la necesidad (implícitamente está sugiriendo la toma en consideración de las uniones de hecho). Acierta a su juicio el TS que ha reconducido el requisito de la convivencia al más preciso de la dependencia económica, aunque sin concretar regla o módulo de referencia. Entiende que la eliminación de los requisitos de incapacidad, edad mínima o hijos habidos del causante, puede plantear la cuestión de la incongruencia de consolidar pensiones de viudedad de jóvenes aptas para el trabajo y mantener una política de incorporación de la mujer al trabajo. Ahora bien ello presupone dar por hecho que la pensión tendrá tal entidad que disuada a la mujer de acceder al mercado de trabajo si ello significa su pérdida. Pero el problema del rigor hacía el varón se vuelve o incide en contra del huérfano ya que no podrán ver incrementada su pensión cuando faltare el progenitor varón (se está refiriendo a la figura del acrecimiento). Se vuelven los ojos entonces hacia “el entorno europeo” para ver que no somos los únicos que fijan tales condicionantes pero también que hay otros en los que ninguna traba o discriminación se fijan, particularmente cuando ambos cónyuges trabajan y tienen a su cargo a menores (luego también en tal entorno la dependencia económica es relativa). Por ello quizás se llega a la consideración de la oportuna equiparación.

- Indemnización por riesgos profesionales. Se recuerda que tiene su origen en el Reglamento del Mutualismo laboral que la concebía como compensación de aquellos mutualistas que, por causa de AT, vieran perjudicados sus derechos en curso de adquisición. Se concedía en “sustitución de las prestaciones ordinarias”, sin embargo ahora resulta que son complementarias de ellas. Por ello, si ahora en el sistema se otorgan en función del estado de necesidad y no por las causas que las provocan, no tiene sentido duplicar la protección para unos supuestos sí y otros no.
- Compatibilidades. Describe la distinta situación de hombre y mujer ya que el régimen de compatibilidades es predicable solamente de la mujer. La solución legal no le parece muy lógica, pues si partimos de una Seguridad Social de mínimos, el mismo problema se plantea con el resto de las prestaciones (jubilación y prohibición de trabajar); si se conceptúa como trato de favor, basado en las condiciones de tra-

bajo de la mujer, lo que ocurre es precisamente lo contrario, la mujer trabaja y obtiene por derecho propio la protección de la Seguridad Social; y si se piensa en la salvaguarda de la familia, todo ello debería plasmarse en una correcta y completa coordinación con las restantes prestaciones, singularmente con la protección familiar.

- Extinción. Describe las distintas situaciones y recuerda la original causa de extinción por pérdida de la patria potestad a causa de sentencia firme en causa criminal, en razón de tratos de dureza excesiva, órdenes, consejos o ejemplos corruptores; así como por ausencia que implique el abandono de los hijos (causa que pronto desaparecería, entre otras cosas por no ser necesario tener hijos habidos en el matrimonio). Una sugerencia se da y es que en todos los supuestos en que se produzca la extinción sea incrementada la pensión de orfandad con el porcentaje de la pensión de viudedad. Especialmente crítico se muestra con la causa de extinción de “observar una conducta deshonesta o inmoral”, ya que aparte de considerarla un anacronismo, es muy compleja su aplicación, ya que al no exigir una resolución judicial en que tal conducta sea acreditada y reprochada, los órganos de gobierno de las entidades gestoras estarán siempre expuestos a una denuncia por injurias.
- Interrelación entre pensiones por muerte y supervivencia. Se es consciente de que no hay una filosofía clara en la LGSS sobre el elemento aglutinante y de conexión entre las distintas prestaciones de muerte y supervivencia. Son varios los puntos de vista que se utilizan para examinar la interrelación entre ellas:
  - a) Criterio unitario de protección del núcleo familiar. Se trata de considerar si el objeto de la Protección Familiar y las Prestaciones por Muerte y Supervivencia, deben de coincidir o no. Si se entiende así el núcleo familiar debe ser objeto de protección como institución básica de la sociedad. El trabajador no es otra cosa que un elemento intermediario de la protección a ese núcleo familiar por la Seguridad Social. A su fallecimiento, la protección continúa dispensándose, si bien el intermediario varía, y será aquel que se ponga al frente del núcleo familiar. El problema de este criterio unitario está en que no es necesaria la permanencia en el núcleo familiar para la protección, así como la razón de que aparezcan otros beneficiarios que en la protección familiar no se contemplan.
  - b) Criterio patrimonialista. Se trata de proteger los derechos del tra-

bajador frente a la Seguridad Social. Si el trabajador adquirió unos derechos o estaba en vías de adquisición es lógico que eso pase a sus herederos legítimos (v. gr.: en algunos países se contempla el abono del período cotizado del trabajador al ex cónyuge, etc.). En definitiva se defiende una transmisión de derechos del trabajador a sus beneficiarios. El problema de esta tesis o criterio deja sin explicar la posibilidad de que transmita mayores derechos que los que el mismo poseía (llevaría al absurdo de reconocer derechos a hijos mayores no incapacitados) y que la condición de heredero legítimo no es elemento decisivo de acceso a las prestaciones.

c) Criterio civilista. Se trataría de enfocar la protección a los familiares como el derecho a alimentos. Pero para que ello fuera factible habría que concordar las legislaciones social y civil.

Una última denuncia se hace, la relativa a una continúa incorporación desordenada de familiares que originariamente no fueron tomados en cuenta por el legislador (se refiere a la protección a favor de familiares y a la indemnización especial a tanto alzado), que puede llevarles a interesar una prestación de este tipo antes que otra que ellos puedan obtener por sí mismos.

- Interrelación de las pensiones de supervivencia con el resto de pensiones. En general todas las pensiones (de invalidez y jubilación) son tributarias de su devenir histórico, ignorándose mutuamente, lo que lleva a que realmente no haya una relación o proporcionalidad entre ellas. Sirva de ejemplo algo común a las pensiones de invalidez o jubilación, como pensiones sustitutorias de rentas, son pensiones únicas que no tienen en cuenta el núcleo familiar (v. gr. en número de hijos, etc.) mientras que en las pensiones de supervivencia, si tienen su incidencia (v. gr. los límites a la base reguladora, el juego de los incrementos de las pensiones de orfandad, ..., etc.). Pero quizás donde más se aprecia la falta de relación es en el examen por separado de la pensión de jubilación o invalidez con las de supervivencia. Así:

a) En cuanto a la pensión de jubilación puede apreciarse que los distintos períodos de cotización mínima para acceso a la protección, puede suponer que la en vida, el titular puede que no llegue a lucrar prestación y por tanto no tener una prestación sustitutiva de renta, pero sin embargo la muerte puede llegar a originar prestaciones que incluso sean superiores a las que él podría obtener en vida. Recuérdese que para obtener el 100 por ciento de la base reguladora

en la pensión de jubilación es preciso 35 años cotizados, mientras que con 500 días cotizados los supérstites pueden alcanzar el cien por cien de la base reguladora. Otro aspecto a considerar es la compatibilidad total de la viudedad con rentas de trabajo mientras que la jubilación no

- b) En relación con la invalidez. Habría que reproducir –básicamente- lo dicho para la jubilación, en cuanto al período mínimo de cotización de acceso a las prestaciones, así como la posibilidad de desprotección del núcleo familiar por enfermedad del trabajador, cosa que no ocurre ante la muerte. Lo mismo respecto a la cuantía de las prestaciones y compatibilidad en su disfrute. Por otro lado está el tema de la discriminación por razón de sexo que en la invalidez de la mujer la renta sustitutiva si beneficia al núcleo familiar, pero en caso de muerte, habría que estar a que el marido también estuviera incapacitado y dependiente de ella.
- Consideraciones finales críticas. Que podrían resumirse así:
  - Necesidad de una actualización del subsidio por defunción
  - Revisión de los requisitos de convivencia y dependencia económica.
  - Desaparición tratamiento privilegiado del AT / EP.
  - Revisión del acrecimiento de la pensión de orfandad con la de viudedad para todos los supuestos en que la misma se extinga.
  - Una incorporación desordenada de familiares a la protección, no justificada.
  - Una necesidad de replanteamiento del régimen de las compatibilidades.

## 2.2. De un Libro Rojo a un Libro Verde de la Seguridad Social <sup>7</sup>

A mediados de 1981 los interlocutores sociales suscribieron el denominado Acuerdo Nacional de Empleo (ANE). En el punto V.2 del mismo se disponía lo siguiente<sup>8</sup>:

7 DE LA VILLA GIL, L.E. (1985): “La reforma del Derecho de las Pensiones”, ponencia presentada al II Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, celebrado en Gran Canaria 17-20 de junio de 1985, RSS n.º25, pág. 7 y ss.

AA.VV. (1980): “Seguridad Social” –documentos-, Papeles de Economía Española, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social. Cajas de Ahorros, Madrid.

8 Suscrito por Gobierno, CEOE, CCOO y UGT.

“... las partes han coincidido en la necesidad de proceder a un examen de conjunto del actual sistema de la Seguridad Social, orientado a su mejora y racionalización. A estos efectos, la Administración, en un plazo no superior a seis meses, elaborará una propuesta que será sometida a una comisión integrada por las partes firmantes de éste Acuerdo, que antes del 31 de enero de 1982 formularan por escrito las propuestas que, de común acuerdo, puedan alcanzarse”.

Las propuestas y conclusiones de la Comisión junto con las diferencias en ellas deberían de ser elevadas al Gobierno y tenidas en cuenta por el mismo en los proyectos legislativos a abordar.

No hubo propuesta que fuera aceptada unánimemente sino que cada parte formuló las suyas.

El Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social tuvo listo –por parte de la Administración- su trabajo, en un estudio fechado a 9-9-1981 denominado “Alternativas para la racionalización y mejora de la Seguridad Social”, cuyo contenido no se publicó y que fue conocido como el “Libro Rojo de la Seguridad Social”<sup>9</sup>.

La Administración no lo consideró documento de trabajo y presentó otro denominado “Propuesta de medidas de racionalización y mejora de la Seguridad Social” del que se conoce su versión no primitiva sino una reordenada, aprobada por el Pleno de la Comisión en 9 de diciembre de 1981, elevado a definitivo el 27-1-1982. A éste se le conoce como el “Libro Verde de la Seguridad Social”<sup>10</sup>.

Por lo que aquí interesa como medidas de mejora y racionalización se proponían las siguientes<sup>11</sup>:

- a) Medidas indirectas (Punto 12 -afectaba a todas las prestaciones-):
  - Atenuación o supresión del requisito del alta o situación asimilada

9 DE LA VILLA GIL, L.E. (1985): “La reforma del Derecho de Pensiones”, ob. cit. Pág. 23; también AAVV (1980): “Seguridad Social” –documentos- pág. VI y VII.

10 DE LA VILLA GIL, LE (1985): “La reforma del Derecho de Pensiones”, ob. cit. pág. 24 y 25. Hay quien afirma que la continuación del Libro Rojo se plasmó en el ensayo llevado a cabo por GONZALO GONZÁLEZ, B., FERRERAS ALONSO, F. y TEJERINA ALONSO, J.I. (1985) Evolución y Tendencias de la Seguridad Social durante la crisis económica, Madrid, colección informes, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así lo afirma VELARDE FUERTES, J. (1996): El tercer viraje de la Seguridad Social en España, Madrid, IEE.

11 AA.VV. (1980): “Seguridad Social...”, ob. cit. pág. 8 ss.

y el de cotización específica. Con elevación de los períodos mínimos de cotización.

- Estudio o búsqueda de fórmulas de conversión entre pensiones reconduciendo la protección en torno a la pensión de jubilación como pensión reina.
- Reconsideración de la distinción de las prestaciones según su origen (profesional o común) en orden a la intensidad protectora.

b) Medidas directas (Punto 19).

- Supresión de la facultad de las entidades gestoras para vigilar la conducta de los beneficiarios (referente a las causas de extinción basadas en la conducta deshonesto del beneficiario).
- Incompatibilidad con la pensión de jubilación.  
Partiendo de las críticas y alternativas propuestas por las partes<sup>12</sup>, se elaboró un “Documento de Síntesis de la Presidencia de la Comisión”<sup>13</sup>, del que puede destacarse las siguientes medidas:
- Fijar como período mínimo de cotización para causar pensiones de supervivencia el de cinco años, para enfermedad y accidente común.
- Supresión del requisito del alta o situación asimilada.
- Supresión de la carencia específica.
- Revisión del período de cálculo de la base reguladora tomando el salario medio individual actualizado a un período más amplio como mínimo seis años
- La conversión de las pensiones con reconducción de todas ellas a la de jubilación.
- La incompatibilidad de las pensiones entre sí y con el trabajo
- Revisión de las medidas de reforma de 1972 en materia de muerte y supervivencia, por haber producido una creación artificial de pasivos y graves tratamientos discriminatorios.
- Modificación de la base de cálculo de las pensiones.
- Supresión de que las entidades gestoras puedan, aduciendo una conducta deshonesto de la viuda, denegar, suspender o extinguir las correspondientes prestaciones.

12 AA.VV. (1980): “Seguridad Social...”, ob. Cit. En particular: a) posición de la CEOE Págs. 21 y ss.; b) posición de CCOO crítica en pág. 55 y ss., alternativa en págs. 75 y ss.; y c) posición de UGT en págs. 87 y ss.

13 AA.VV. (1980): “Seguridad Social –documentos–” ob. Cit. págs. 139 y ss.

Este documento tiene una cierta relevancia ya que vendrá a inspirar el denominado “Libro Amarillo de la Seguridad Social”

### 2.3. El “Libro Amarillo”

Así se conoce a la Comunicación del Gobierno relativa al “Programa de Mejora y Racionalización de la Seguridad Social”<sup>14</sup>, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, Congreso de los Diputados de 22 abril de 1982

Las reformas propuestas –afectaban al conjunto de la acción protectora– se concretaban así:

- a) Supresión de requisitos para la obtención de pensiones:
  - Eliminación del requisito del alta o asimilada al momento del hecho causante.
  - Desaparecerá la necesidad de tener un determinado periodo mínimo de cotización en los años precedentes al momento de producirse la contingencia (concentración de períodos cotizados), para aquellas prestaciones cuya naturaleza no requiera la proximidad del ejercicio de una determinada profesión, como referencia para determinar el derecho a las mismas
  - Una revisión del período mínimo de cotización, dado que se suprime el requisito del alta- para las prestaciones por muerte y supervivencia por causa distinta a la de accidente de trabajo
- b) Nuevas reglas comunes para la determinación de la base reguladora
  - Unificación de los mecanismos de cálculo de la base reguladora de todas las pensiones, cualquiera que sea su clase y causa determinante, siempre en atención a lo cotizado.
  - Utilización de un período más largo de cotizaciones a la hora de determinar la base reguladora. Se quiere dejar el módulo de 24 mensualidades dividido por 28, por otro que comprenda la cotización media de los últimos 6 años (como mínimo)
- c) Actualización anual del valor de las pensiones
  - Necesidad de establecer un sistema de actualización anual del valor de las mismas, en función de los precios esperados par el ejercicio económico.
- d) Las pagas extraordinarias y su consideración
  - Se pretende que las pagas extraordinarias no deberían incidir en la

---

<sup>14</sup> Publicado en la Colección Informes n.º 38, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, con el título *La Seguridad Social Española. Programa de Mejora y Racionalización*. Si bien el color del mismo era verde.

cobertura del período mínimo de cotización (como en la prestación por desempleo), si bien se acepta tomarlas en consideración a la hora de determinar la base reguladora. En definitiva la desaparición de la conocida como doctrina de los días-cuotas.

e) Conversión de pensiones

- Se quiere reconducir la protección por supervivencia (y de invalidez) en torno a la pensión de jubilación, “como prestación reina en el conjunto de manifestaciones tutelares de la Seguridad Social”. Así se parte de un principio, la pensión se calculará sobre una pensión teórica de jubilación del causante a la edad de sesenta y cinco años, equiparando a período de seguro el tiempo que medie entre la fecha del hecho determinante de la prestación y aquella otra en que dicho causante cumpla la mencionada edad. Sobre la pensión teórica así calculada se aplicarán los porcentajes correspondientes a las prestaciones de supervivencia y en su caso de invalidez (algo que nos recuerda a la reforma del cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente por enfermedad común introducida por la Ley 40/2007).
- Los porcentajes habrán de ser objeto de ponderación a efectos de que no disminuya la intensidad del nivel de protección que en tales momentos se dispensa.

Llegado a la edad de jubilación, la pensión de supervivencia (y en su caso de invalidez) se transformará en jubilación.

f) Incompatibilidad entre pensiones e incompatibilidad con trabajo

- Se aboga por la incompatibilidad de pensiones que pueda concurrir en un mismo beneficiario, siempre que provenga de regímenes financiados en todo o parte con fondos públicos.
- También se defiende una incompatibilidad total con el desarrollo de una actividad lucrativa que incida sobre el mercado de trabajo. Aunque advierte de que es aconsejable que se proceda prudentemente, y por ello, debe en principio, comenzarse por no-aplicación de mínimos o mejoras a las pensiones que permitan su disfrute y el ejercicio de una actividad.

g) Reconsideración de la prestación a favor de familiares

- Se defiende un mantenimiento limitado, cuando no quede viudo o huérfanos.

Algo parecido a lo que ahora ocurre con el nuevo régimen de concurrencia de beneficiarios tras la reforma del art. 179.4 LGSS por la Ley 64/2003.

## 2.4. El Libro Naranja

El Acuerdo Económico Social suscrito en 9-10-1984<sup>15</sup> señalaba en su artículo 13 –referido a la Comisión Tripartita par la reforma de la Seguridad Social– “las partes firmantes coinciden en la necesidad de afrontar cuanto antes un proceso de reformas en el actual sistema de Seguridad Social, de modo que puedan eliminarse las incertidumbres surgidas, y se definan bases firmes sobre los que asentar su futuro”. Se fija un compromiso, la de constituir en el término de quince días una Comisión Tripartita que “en plazo de tres meses proceda a un examen de conjunto del actual sistema de Seguridad Social y que formule las propuestas correspondientes, sean comunes o específicas de cada una de las partes. Con objeto de efectuar dicho examen conjunto y presentar propuestas, el Gobierno aportará la documentación oportuna y los correspondientes borradores normativos”.

A tal fin se facilitó a la Comisión un “Documento base para la reforma”, al que se le denominó el Libro Naranja (por estar encuadernado en este color). Este documento sería editado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en dentro de la colección informes, Serie Seguridad Social, conocida también como la “serie azul”, con el título “Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social”<sup>16</sup>, que en definitiva no era otra cosa que una propuesta gubernamental<sup>17</sup>.

El Libro Naranja<sup>18</sup> contiene los siguientes apartados:

- 
- 15 Por Gobierno, CEOE, CEPYME y UGT.
- 16 Colección informes, serie Seguridad Social, Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social para la Comisión Tripartita del Acuerdo Económico y Social, (A.E.S), Madrid, Servicio de publicaciones del MTSS.
- 17 El Ministerio en su presentación hace valer el carácter técnico de la propuesta indicando quien ha contribuido a su formulación (v. pág. 15 ob. cit.), si bien en la pág. 16 reconoce que “*No por ello deseo implicar a los interlocutores en la responsabilidad de un documento que es precisamente la base de discusión que el Gobierno ofrece a estos interlocutores y a la sociedad española, para intentar aglutinar el mayor grado de consenso en una reforma que debiera servir para cimentar nuestro Sistema de Seguridad Social hasta el año 2000, JOAQUÍN ALMUNIA. Ministro de Trabajo y Seguridad Social. 26 de febrero de 1985*”.
- 18 Véase como comentarios con carácter general al Libro Naranja: MÁRQUEZ SÁNCHEZ, L.F. (1985): “La reforma de la Seguridad Social”, RL Tomo 1/1985, pág. 888 y ss.; CEBRIÁN ECHARRI, B. (1985): “La reforma de la Seguridad Social”, RL Tomo 1/1985, pág. 1363 y ss.; comentario específico sobre la pensión de viudedad en torno al Libro Naranja: GONZALO GONZÁLEZ, B. (1985): “El principio constitucional de indiscriminación de los sexos en los planes de reforma de la Seguridad Social, su aplicación a las pensiones de viudedad”, AL n.º 54, pág. 2705.

- Introducción.
- El punto de partida: breve descripción del sistema vigente.
- El marco internacional: principales tendencias de las políticas de reforma de los países industrializados.
- Los objetivos esenciales de la reforma.
- Bases del nuevo modelo de Seguridad Social.
- El contenido esencial de la reforma.
- Anexos: cuadros y gráficos.
- De todos ellos, por lo que aquí se estudia, interesan los apartados 1 y 4

El Libro Naranja ve así la situación en aquellos momentos de las prestaciones de muerte y supervivencia<sup>19</sup>:

- Una “generosidad protectora en los supuestos de viudedad”, derivada de una plena compatibilidad en su disfrute, en la posibilidad de generar pensiones que sumen el 200 por ciento de la base reguladora y en la facilidad en el acceso a la misma (v. gr. un período de cotización mínimo muy reducido).
- Discriminación por razón de sexo en las prestaciones de viudedad y de favor familiares.
- Inadecuación del requisito de convivencia. Necesidad de reconducir el requisito de la convivencia hacia el más preciso de la dependencia económica

El Libro Naranja propone con carácter general los siguientes objetivos esenciales que debería de tener en cuenta una futura reforma:

- Garantizar el equilibrio duradero entre ingresos y gastos.
- Una organización integrada de los servicios sanitarios y, asimismo, de la red pública de servicios sociales, como pasos previos a su respectiva extensión universalista y para la mejora cualitativa de unos y otros.
- La aproximación a la garantía de solidaridad en el reparto de las cargas.
- La mejora del aparato organizativo y de los procedimientos de gestión y administración.
- Establecimiento y estímulo para la constitución de regímenes no contributivos y complementarios.

---

<sup>19</sup> Colección informes, serie de Seguridad Social, *Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social...*, ob. cit. pág. 39

Son el primer y tercer objetivo los más vinculados al tema objeto de estudio. Se presenta también como meta a alcanzar la supresión de ciertas prestaciones que no responden a situaciones de necesidad, como sucede con un gran número de pensiones de supervivencia (es particularmente crítico con el TC al que responsabiliza de tal incremento por su doctrina acerca de la equiparación de sexos) y subsidios duplicados (defunción por riesgos profesionales) o independientes de cualquier daño (suplementos de pensión, a cargo del empresario, por incumplimientos ante normas de seguridad e higiene).

El contenido de la reforma (por lo que afecta en general a las pensiones) se concreta así<sup>20</sup>:

- 1º) Requisitos generales: Supresión del requisito del alta (con el fin de evitar que quien tenga una larga carrera de seguro pueda quedar sin protección) y de cotización específica (bien su supresión sin más o limitándola a algunas categorías de asegurados).
- 2º) Modificación de los períodos tomados en consideración para el cálculo del importe de las prestaciones. Se consideran que son actualmente muy cortos y la idea es dirigirla hacia toda la vida activa del asegurado.
- 3º) Mantenimiento del poder adquisitivo del importe de las prestaciones.
- 4º) Nueva fórmula de cálculo y cuantía inicial de las pensiones. La idea es hacerla “girar” en torno a la jubilación, para “uniformar” los correspondientes importes y clarificar las situaciones protegidas. Así para la pensión de viudedad se propone que su cuantía sea igual a un porcentaje del importe de la pensión de jubilación del causante o de la que teóricamente le hubiera correspondido a éste a los sesenta y cinco años de edad. La cuantía de la pensión de orfandad vendrá determinada por la aplicación de un porcentaje de la misma base establecida para el cálculo de la pensión de viudedad. El importe resultante se distribuirá a partes iguales entre los huérfanos con derecho a pensión. Los huérfanos absolutos y otras categorías asimiladas tendrán derecho a un suplemento calculado en términos semejantes a la actualidad. También se prevén subsidios temporales de viudedad por hijos a cargo, cuya cuantía será la misma que la prevista para la pensión de viudedad.
- 5º) Una innovación importante se formula un principio la “conversión

---

20 Colección informes, serie seguridad social: *Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social...*, ob. cit. pág. 117 y ss.

de las pensiones”, sin bien se limita a la invalidez que al cumplimiento de los 65 años pasará a convertirse en jubilación.

6º) Un nuevo marco de acumulación y compatibilidad de las pensiones. Se distingue los siguientes supuestos:

- a) Pensiones –en general- del nivel profesional con las de otros niveles. Si se trata de concurrencia de pensiones contributivas profesional con las del nivel asistencial, se considerarán incompatibles; si lo son con las del denominado nivel libre, serán entonces compatibles.
- b) Pensiones y prestaciones –por muerte y supervivencia- del nivel contributivo entre sí, debiendo distinguirse:
  - Pensiones de orfandad que concurren en el mismo beneficiario –causadas por padre y madre- se mantiene su compatibilidad. Así como será compatible con cualquier prestación de sistema salvo con la de invalidez que le hubiere permitido acceder a la orfandad.
  - Cuando concurren pensión o subsidio de viudedad y pensión de orfandad, originada por un mismo causante, la suma de ellas no podrá superar el importe de la pensión de jubilación que percibiera el causante o la que hubiera de corresponderle al cumplimiento de los 65 años.
  - La pensión de viudedad será compatible durante los dos primeros años de su percepción con cualquier otra prestación económica de la Seguridad Social.
- c) Concurrencia de pensiones contributivas de supervivencia y rentas profesionales
  - La pensión de viudedad será incompatible con cualesquiera rentas de trabajo por cuenta ajena o propia (salvo durante los dos primeros años de su percepción).
  - La pensión de orfandad será compatible con la obtención del huérfano de todo tipo de rentas profesionales.

Y como medidas o criterios específicos de la reforma de las prestaciones por supervivencia, se ofrece un nuevo diseño de las mismas, derivado del juego combinado de las siguientes medidas y prestaciones<sup>21</sup>:

- Subsidio por defunción.
- Subsidio temporal de viudedad por hijo a cargo;

---

21 Colección informes, serie azul, *Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social...*, ob. cit. págs. 132 y ss.

- Pensión de viudedad:
- Subsidio temporal por desequilibrio económico;
- Pensión de orfandad.

El nuevo subsidio temporal de viudedad por hijos a cargo, se reconocerá a quienes no teniendo derecho a la pensión de viudedad tuvieran a su cargo hijo o hijos con derecho a pensión de orfandad (del mismo causante) y que al momento del fallecimiento de éste, fueran menores de 18 años o mayores incapacitados para toda clase de trabajo.

La pensión de viudedad se reconocerá al cónyuge superviviente que, en la fecha del fallecimiento del causante, tuviera cuarenta y cinco años de edad o se encontrase incapacitado, cualquiera que fuese su edad.

El viudo, que hubiera agotado el subsidio temporal de viudedad y estuviere en la situación prevista en el párrafo anterior, podrá también acceder a la pensión de viudedad.

El subsidio temporal por desequilibrio económico se reconocerá en cualquier caso al cónyuge supérstite, de idéntica cuantía al previsto para el subsidio temporal previsto para la viudedad con hijos a cargo, durante los veinticuatro meses inmediatamente siguientes al fallecimiento del causante.

Por lo que respecta al régimen de incompatibilidades tanto el subsidio temporal por hijos a cargo, como la pensión de viudedad, serán incompatibles con cualesquiera rentas del ejercicio de una actividad, sea por cuenta ajena o propia, así mismo serán incompatibles con cualquier pensión de la Seguridad Social o subsidio de desempleo o de incapacidad temporal. Fijando no obstante un período inicial de dos años (los inmediatos al fallecimiento) durante los cuales se permitiría la compatibilidad con cualquier ingreso del beneficiario.

También se hace eco de la necesidad de fijar un régimen para los casos de separación o divorcio, estableciendo que en caso de concurrencia de varios derechohabientes, el reparto de la cuantía de la pensión de viudedad en función de la duración del tiempo convivido con el causante, mediando vínculo matrimonial. Es importante reseñar que para el acceso a la pensión de viudedad o subsidio temporal, los separados judicialmente o los divorciados, se exigirá la acreditación de dependencia económica respecto al causante (se cita como prueba de ello la percepción de alimentos, pensión de desequilibrio económico, etc.). Además se aboga, a medio plazo, por “regular en toda su amplitud las manifestaciones de acción protectora en las situaciones de divorcio y separación. Dicha regulación se basará, fun-

damentalmente, en el reparto de la cotización del período de duración del matrimonio, y de este modo tendrá repercusiones no sólo en la supervivencia, sino también en las situaciones de jubilación, invalidez, protección familiar y otras que puedan afectar al divorciado o separado”

En cuanto a la protección a los huérfanos, se prevé una pensión de orfandad para cada huérfano, cualquiera que sea su filiación, menor de dieciocho años o mayor incapacitado para todo trabajo. También podrá causarse derecho a esta prestación, los hijos aportados al matrimonio por el cónyuge superviviente. Por otro lado se mantiene la compatibilidad de las pensiones de orfandad causadas por padre y madre. Así mismo la pensión de orfandad se incrementará en la cuantía de la pensión de viudedad cuando no exista cónyuge superviviente con derecho a pensión o subsidio temporal viudedad, aunque tal incremento sólo lo será aplicable a la pensión originada por uno de los causantes.

Respecto al período mínimo de cotización se distingue según el causante esté en alta o no, así como en atención a la causa de la muerte. Si se está en alta el período de cotización será: sesenta meses si la muerte es derivada de enfermedad común; y diecisiete meses si es imputable a accidente no laboral. Si la muerte es imputable a causas profesionales, o cuando el causante fuere pensionista de jubilación o invalidez, no se exigirá período de cotización. Si no se estuviere en alta o situación asimilada, el período mínimo de cotización será de 180 meses.

Y finalmente se suprimirían determinadas prestaciones de supervivencia, como las prestaciones a favor de familiares, derivando las mismas a una protección por derecho propio y hacia unas prestaciones asistenciales que el nuevo modelo quiere implantar

### 3. Los acuerdos políticos y sociales. La necesidad de reforma del Sistema de Seguridad Social

Varios magnos acuerdos políticos y sociales han tratado el tema de la necesidad de afrontar en mayor o menor medida la reforma de la Seguridad Social. Unos son de carácter general (es decir incluyendo acuerdos relativos a política de saneamiento económico, reforma fiscal, actuaciones jurídicas, etc.) y otros más específicos o limitados a la Seguridad Social. Nos detendremos en la parte que ellos incorporan relativa a la prestación objeto de estudio.

### 3.1 Los acuerdos generales

De los grandes acuerdos políticos merecen ser destacados:

- a) Los “Pactos de la Moncloa” suscritos en Madrid en 9-27 de octubre de 1997<sup>22</sup>

De este Acuerdo Político poco cabe hablar –al menos en lo concerniente a lo que aquí se ventila- el apartado VI tratará de la reforma de la Seguridad Social, a tal efecto fijará su atención en la adopción de medidas relativas: a) una nueva ordenación de la gestión de la Seguridad Social; su control y vigilancia de la gestión; inspección; financiación; prestaciones (dirigida a las prestaciones farmacéuticas), ayuda familiar, seguro de desempleo; subida de pensiones; seguridad social agraria; y salud y asistencia sanitaria.

- b) El Acuerdo Nacional de Empleo de 9-6-1981

Del mismo ya se ha dado cuenta en el análisis del Libro Verde.

- c) El Acuerdo Económico y Social de 9-10-1984

En el mismo sentido hay que remitirse a lo analizado con relación al Libro Naranja.

- d) La Declaración para el Diálogo Social para favorecer la Competitividad, el Empleo Estable y la Cohesión Social de 8-7-2004

Declaración suscrita por el Gobierno, CCOO, UGT, CEOE y CEPYME. Contiene en su apartado III “Ámbitos del Diálogo Social”, punto 13, una mención al denominado “Pacto de Toledo”, destacando sobre el mismo lo siguiente:

- El gran consenso, en torno al mismo, concitado entre los interlocutores sociales y políticos.
- Se destaca la actual bonanza de la situación financiera del sistema (debido a la propia actividad económica, al notable incremento de la incorporación de la mujer al trabajo y a la coyuntural de los inmigrantes).
- Recuerda las previsiones demográficas y en consecuencia advierte del peligro futuro del envejecimiento y la consiguiente repercusión en el ámbito de las pensiones.
- La necesidad de no olvidar y encarar retos pendientes: refuerzo de la contributividad; plena financiación por parte del Estado de las prestaciones no contributivas, dotaciones constantes al Fondo de

---

22 Los criterios de trabajo se aprobaron en 9 de octubre y el Documento integro que contiene el Pacto lo sería en 27 de octubre.

Reserva, la cobertura de nuevas necesidades (la protección a la dependencia) y la potenciación de la previsión social complementaria.

### 3.2 Los acuerdos específicos y su plasmación positiva

#### 3.2.1 *El Pacto de Toledo*

El conocido como Pacto de Toledo no es otra cosa que el resultado del trabajo encomendado por el Pleno del Congreso de los Diputados a la Comisión de Presupuestos para que elaborara un informe donde se definieran las principales líneas de la reforma de la Seguridad Social, que deberían de acometerse para garantizar el pago de sus prestaciones, así como que recogiera un conjunto de recomendaciones dirigidas al Gobierno para su aplicación. El trabajo de la citada Comisión sería finalmente presentado al pleno del Congreso de los Diputados que fue aprobado sin modificaciones (271 votos emitidos, a favor 268, en contra 1, abstenciones 2). Dicho pacto político recogía una recomendación directamente vinculada con lo aquí se analiza, concretamente la XII, que decía así<sup>23</sup>:

“REFORZAMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD. Reforzar el principio de solidaridad y de garantía de suficiencia, en la medida en que la situación financiera lo permita, adoptando medidas como pueden ser: la elevación de la edad máxima de permanencia en el percibo de las pensiones de orfandad; o la mejora de las pensiones de viudedad en el caso de menores ingresos...”.

#### 3.2.2 *El Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social*<sup>24</sup>

El pacto político anterior de poco hubiera servido sin su concreción positiva. El gobierno de turno optó por contar con el mayor respaldo social posible y así suscribió en 9 de octubre de 1996 el conocido como Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, suscrito entre Gobierno y las organizaciones sindicales UGT y CC.OO en el que se perfilaron una parte de las medidas de reforma que se plasmaría luego en la Ley 24/1997, de 15 de julio. Recuérdese:

23 Otras con incidencia también serían la IX “Sobre equidad y el carácter contributivo del sistema” y la XI “Sobre el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones”.

24 Su desarrollo reglamentario se llevó a cabo por RD 1647/1997, de 31 de octubre. Véase Disposición adicional séptima bis de la LGSS

- Una mejora en la cuantía de las pensiones de viudedad para menores de 60 años con cargas familiares.
- La posibilidad de reconocer o mantener el percibo de la pensión de orfandad cumplidos los 18 años, sin necesidad de estar incapacitado, hasta los 21 o 23 años.

También en años sucesivos habría otras mejoras, reforma en el régimen jurídico de las prestaciones de supervivencia, ejemplo de ello lo podemos ver en:

- La Disposición Adicional 13 de la Ley 66/1997, que vino a trasladar a las pensiones de viudedad y orfandad la posibilidad de causar las mismas aunque el causante no estuviera en alta o asimilada a ella al momento de la muerte. Eso sí elevando entonces el período de cotización a 22 años, finalmente rebajador a quince por la Ley 50/1998.
- También al Ley 66/1997 vino a recoger la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la distribución de la pensión de viudedad para los casos de matrimonios nulos, dándoles similar tratamiento que a los resultados de un divorcio o separación.

### *3.2.2 El Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social*

El anterior acuerdo se marcaba como vigencia hasta el año 2000. Por ello este Acuerdo -toma como referente el Pacto de Toledo y renueva el Diálogo Social- fue suscrito en 5 de abril de 2001 por el Gobierno, la CEOE, CEPYME y CCOO y abordaba las cuestiones que se consideran que van a incidir en el futuro en la Seguridad Social y diseña un marco completo de medidas para encontrarles solución adecuada, de acuerdo a parámetros globales e integradores que pretenden perfeccionar los niveles de cobertura y garantía de su viabilidad financiera. De dicho Acuerdo debe citarse su apartado VI:

#### “MEJORA DE PRESTACIONES DEL SISTEMA

La solidaridad es un principio básico de un sistema público de Seguridad Social. En la pasada legislatura, y como consecuencia de los Acuerdos alcanzados entre ambas partes, se ha logrado un reforzamiento del principio indicado, lo cual ha motivado la mejora de determinadas prestaciones del Sistema.

Convencidas ambas partes de la necesidad de profundizar en la aplicación de la solidaridad, con especial incidencia en aquellas si-

tuaciones de mayor necesidad o de cuantía de pensión más reducida, acuerdan las siguientes medidas:

1. Pensión de viudedad.

Se introducirán, respecto de la pensión de viudedad, las siguientes modificaciones:

Mejora, con carácter general y de forma progresiva, del porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora, a efecto del cálculo de la pensión de viudedad. Este porcentaje pasará de forma gradual del 45 por 100 al 52 por 100.

En el supuesto de pensionista de viudedad con cargas familiares, y que la pensión de viudedad constituya la principal fuente de rentas, el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora quedará fijado gradualmente en el 70 por 100.

A tales efectos, el concepto de cargas familiares será el aplicable en las pensiones mínimas de viudedad para beneficiarios con menos de sesenta años y cargas familiares.

Se aprobará un nuevo marco de compatibilidades de la pensión de viudedad, permitiendo el mantenimiento en el percibo de la pensión aunque el pensionista contraiga nuevas nupcias, en los supuestos en que concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:

- Que se trate de personas mayores o incapacitadas.
- Que la pensión de viudedad constituya la principal fuente de ingresos del pensionista.
- Que se trate de personas con menores niveles de renta.

2. Pensión de orfandad

...

3. Pensiones mínimas.

Se incrementará la cuantía de las pensiones mínimas siguientes:

- Pensiones mínimas de jubilación con beneficiarios de menos de sesenta y cinco años.
- Pensiones mínimas de viudedad para beneficiarios con menos de sesenta y cinco años.
- Pensiones no concurrentes del extinguido Seguro de Obligatorio de Vejez e Invalidez (sovi).”

Su concreción positiva llegará por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre y el RD 1465/2001, de 27 diciembre. Además de dar cuerpo a las medi-

das antes reseñadas introducirá otras como: a) la supresión de la conocida “dote por contraer matrimonio”; supresión formal de determinadas causas de extinción que no se aplicaban ya, etc.

Sucesivas reformas también de interés fueron: a) La inclusión como causa de extinción de la pensión de orfandad la adopción del huérfano (RD 1425/2002, de 27 de diciembre); b) concreción del período de cotización exigible desde una situación de no alta y reglas de compatibilidad en el caso de concurrencia de pensiones de supervivencia causadas en diferentes regímenes (Ley 52/2003, de 10 diciembre); c) Culminación de la elevación del porcentaje de la pensión de viudedad en el 52%, elevación del período de elección de la base reguladora que pasará de 7 a 15 años y previsión expresa de aplicación de mejoras a las pensiones que se causen desde situaciones de pensionista (RD 1795/2003, de 26 diciembre; y c) otras de mero maquillaje como la supresión de la referencia a las situaciones de invalidez provisional e inclusión de las referencias obligadas a la incapacidad temporal y riegos durante el embarazo (Ley 62/2003, de 30 diciembre) como situaciones en las que podría encontrarse el causante.

### 3.2.4 *La revisión y renovación del Pacto de Toledo*

La recomendación decimoquinta del Pacto de Toledo preveía que se realizara un seguimiento y una evaluación periódica de la evolución de las magnitudes que intervienen en el equilibrio financiero del sistema para operar con las intervenciones que fueran requeridas en cualquier eventualidad. Informe que se trasladaría a los agentes sociales<sup>25</sup>. Por ello proponía que el Congreso de los Diputados creara una Ponencia que estudie el presente y futuro del sistema de Seguridad Social como garantía de continuidad del mismo. Pues bien en 30-5-2000 la Mesa del Congreso de los Diputados creó una Ponencia para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo y “estudiar su desarrollo de futuro, dentro de los criterios de estabilidad, sostenibilidad e igualdad de prestaciones para toda España, que permita garantizar la continuidad en la mejora del nivel de bienestar, con especial atención a las pensiones de menor cuantía”<sup>26</sup>. Fruto de tal trabajo sería la elaboración de un nuevo informe aprobado por el Congreso de los Diputados, en sesión de 2-10-2003, conocido también como “Renovación del Pacto”.

En el informe se hace un análisis del desarrollo del Pacto de Toledo,

25 El informe y todos los trabajos de la Comisión fueron publicados por MTAS en su Serie Seguridad Social n.º 26, con el título *Renovación del Pacto de Toledo*.

26 V. pág. 13 de la introducción al informe de la Comisión, v. nota anterior.

de sus recomendaciones, etc. En torno a la Recomendación 12 se hace referencia a la reforma de las prestaciones de viudedad y orfandad, en los siguientes términos:

“La comisión entiende que éste es un camino adecuado, pero que para que no se produzcan contradicciones en la regulación y situaciones de discriminación legal, es necesario una reformulación integral de las prestaciones por supervivencia que atienda a un doble objetivo: por una parte, cubrir de forma efectiva las necesidades familiares que se producen como consecuencia del fallecimiento de una persona y, por otra, mejorar sustancialmente las actuales prestaciones de viudedad de las personas que no disponen de otros ingresos, especialmente en el caso de mayores de 65 años. Se recomienda, asimismo, eliminar las contradicciones que se derivan de la aplicación de las normas reguladoras de la viudedad.

En relación con las prestaciones de orfandad,...

### 3.2.5 *El Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social*

El 13 de julio de 2006 se suscribe el denominado “Acuerdo sobre medidas en materia de seguridad social”<sup>27</sup> entre Gobierno, CEOE y los sindicatos UGT y CCOO con el objetivo de avanzar en el logro de un sistema de protección social más justo, solidario y eficiente que a la vez que garantice los niveles de cobertura, asegura y refuerza el equilibrio financiero y la compatibilidad de la Seguridad Social con la creación de empleo y riqueza productiva, proponiendo toda un serie de medidas que luego encontrarían su plasmación en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, cuyos aspectos más significativos fueron:

a) Pensión de viudedad:

- Fijación de un requisito adicional para causar la pensión cuando la muerte es imputable a enfermedad común, la exigencia de una duración o antigüedad del matrimonio (si bien con excepciones).
- Endurecimiento en el acceso a la pensión de viudedad para los casos de crisis o rupturas matrimoniales, al tener que acreditar dependencia económica del causante.

---

27 V. RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2007): *La reforma de la protección por muerte y supervivencia*, en obra colectiva *La reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)*, págs. 187 y ss., Albacete, Bomarzo.

- Una garantía de mínimos para el cónyuge o pareja de hecho para los casos de concurrencia de beneficiarios.
  - El acceso a la pensión de viudedad (y otras prestaciones anejas) de las parejas de hecho.
- b) Pensión de orfandad
- Se facilita el acceso a los huérfanos al suprimir la exigencia de período mínimo de cotización del causante.
  - Mayor facilidad al huérfano para el mantenimiento o acceso a la pensión una vez cumplidos los 18 años.
  - No vinculación del porcentaje de la pensión con el porcentaje especial del 70% de la pensión de viudedad.
  - Mejora para los supuestos de acrecimiento con la pensión de orfandad cuando no hubiere pensionista de viudedad.

### *3.2.6 Una nueva reformulación del Pacto de Toledo y la reforma en ciernes de 2011*

El pleno del Congreso de los Diputados en 25 de enero de 2011 aprobó el denominado Informe de Evaluación y reforma del modelo de pensiones elaborado por la Comisión de Seguimiento de los acuerdos del Pacto de Toledo (obtuvo 334 votos Si, 10 votos No y 2 abstenciones), en su apartado 12 propone:

- Una reformulación integral de las prestaciones por muerte y supervivencia, singularmente la viudedad y la orfandad.
- Mejorar la actual pensión de viudedad (de mayores de 65 años) y la orfandad.
- La reforma debe mantener el carácter contributivo de estas prestaciones, sin perjuicio de introducir medidas o criterios en el acceso como edad, renta, hijos, compatibilidades, etc.
- Toma en consideración de nuevas realidades sociales y familiares, circunstancias socioeconómicas, para mejorar la protección de los pensionistas sin recursos y adecuación de la protección a otros colectivos.
- Se inclina porque la intensidad protectora sea en los 65 o más años, en los que la pensión es la principal fuente de ingresos, al objeto de garantizar una renta equiparable a la existente al fallecimiento, si bien con un límites.
- Vincular la cuantía de la pensión a los períodos de cotización del causante, con una fórmula similar a la pensión de jubilación.
- Tratamiento fiscal singular de la pensión de viudedad (la pensión de orfandad está exenta, art. 7 letra h) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre).
- Revisión del conjunto de prestaciones para ver aquellas que han per-

dido su eficacia (se supone que va referido al auxilio por defunción y algunas de las prestaciones favor familiares)

- Una pensión no contributiva de orfandad
- Elevación de la pensión de orfandad.

Como hemos venido viendo después del acuerdo político viene un acuerdo social y así el 2 de enero de 2011 se suscribe el denominado “Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones” suscrito por el Gobierno, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, en su parte 1ª apartado II rubricado como “Pensiones (Acuerdo para la Reforma y Fortalecimiento del Sistema Público de Pensiones)” hubiera sido esperar el respaldo, la concreción de propuestas, etc., si bien ninguna referencia se contiene a las prestaciones de supervivencia. Congruente con ello el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno sobre “Actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social” (BOCG de 1 de abril de 2011) no contiene previsión alguna respecto a la protección a la supervivencia, salvo una lacónica Disposición Adicional primera, que reza así “En las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 y siguientes se incluirán las previsiones normativas necesarias para cumplimentar las recomendaciones incluidas en el Pacto de Toledo en relación con la protección por muerte y supervivencia”.

#### 4. Los proyectos privados de reforma

Son dos los que se destacan: uno elaborado por encargo de la Confederación Nacional de Entidades de Previsión Social, denominado el “Proyecto de Derechas”<sup>28</sup>, estudio dirigido por ALBERTO PEREDA MATEOS, y otro a instancia de la “Fundación de Investigaciones Económicas y Sociales Aplicadas (IESA), llevado a cabo por DE LA VILLA GIL y DESDENTADO BONETE, denominado el “Proyecto de Técnicos Independientes”<sup>29</sup>.

28 Así lo califica DE LA VILLA GIL, L. E. (1985): “La reforma del derecho de pensiones”, ponencia presentada en el II Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Las Palmas de Gran Canaria del 17 al 20 de junio de 1985, texto recogido en RSS n.º25, pág. 1 ss. El estudio se recoge en el n.º 4 de Monografías de Seguridad Social, con el título *Hacia un nuevo sistema de Seguridad Social. Estudio en el marco de la Constitución y de los Tratados Internacionales*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983

29 El citado art. 158.2 LGSS dice así: “ *Se reputarán de derecho muertos a consecuencia*

#### 4.1 El “Proyecto de Derechas”

Este proyecto diseñaba el siguiente esquema protector:

Primero. Área de protección común

Distinguiendo:

- A) Situaciones de necesidad que se dan con independencia de que se ejerza o no una actividad profesional, que darán lugar a la siguiente protección:
  - Asistencia sanitaria por EC / AC
  - Asistencia sanitaria por Maternidad
  - Protección familiar
  - Disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos
  - Muerte originada por EC / AC
- B) Situaciones de necesidad que se dan en quienes no han tenido una renta de actividad:
  - Vejez
  - Invalidez
  - Gran Invalidez
  - Viudedad
  - Orfandad absoluta
  - Paro

El título genérico para acceder a la consiguiente protección debe ser la condición de ciudadano. Se aplicará mediante una técnica asistencial y consecuentemente financiada por el Estado, salvo que pueda establecerse una aportación económica de los beneficiarios.

Segundo. Área de protección profesional

Distinguiendo:

- A) Situaciones de necesidad que derivan del ejercicio de una actividad profesional:
  - Prevención de AT / EP
  - Asistencia sanitaria por AT / EP
  - Lesiones Permanentes de origen profesional que no ocasionen incapacidad.

---

*de accidente de trabajo o de enfermedad profesional quienes tengan reconocida por tales contingencias una invalidez absoluta para todo trabajo o la condición de gran inválido. Si no da el supuesto previsto en el párrafo anterior, deberá probarse que la muerte ha sido debida al accidente de trabajo o la enfermedad profesional, siempre que el fallecimiento haya ocurrido dentro de los cinco años siguientes a la fecha del accidente; en caso de enfermedad profesional se admitirá tal prueba cualquiera que sea el tiempo transcurrido”.*

- Muerte por AT / EP (para atender gastos de sepelio y el impacto inmediato en la economía de los familiares más próximos.
- B) Situaciones de necesidad que afectan a la renta de actividad
- Incapacidad temporal
  - Descanso por maternidad
  - Cuidados de hijos con excedencia en el trabajo; y reducción de la jornada y salario por motivos análogos.
  - Recuperación profesional
  - Incapacidad permanente.
  - Jubilación
  - Muerte y supervivencia (viudedad, orfandad y a favor de familiares)
  - Desempleo

Centrándonos en la protección a la muerte y/o a la supervivencia se hacen las siguientes consideraciones:

Primero: En torno a la que cabría imputar al área de protección común.

Cuando la muerte es imputable a AC / EC la situación de necesidad viene determinada -entre otras- por los gastos de sepelio originados por fallecimiento de una persona. Se parte de que la extensión del régimen público a todos los ciudadanos de la Seguridad Social hace preciso una nueva orientación de la protección, que la concreta así.

Una opción sería no reconocerla a nadie, lo que implicaría una medida regresiva. Otra sería reconocerla a todos, pero su coste sería inmenso y su repercusión individual podría ser nula. Una opción intermedia sería reconocerla a todos pero condicionada a que no sobrepasare un determinado volumen de rentas. Un problema de esta medida quizás sería el control de su gestión. Además se advierte de un problema social de difícil solución: las clases altas no percibirían nada si bien a ellos en su monto real les sería indiferente; las clases medias tampoco recibirían nada y sin embargo realmente ellos serían los grandes afectados; por su parte sólo serían beneficiarios las clases más bajas, con lo que al final posiblemente estaríamos llevando la prestación hacia una medida de asistencia social.

Junto a ello, otras dos situaciones de necesidad a considerar serían la viudedad y la orfandad.

Se parte de que la viudedad no constituye, por sí sola, una situación de necesidad. El estado civil de viudo no es en sí la situación que se protege. Ya que además de tal estado es preciso que vaya acompañado de la pérdida de la renta de actividad que percibía el cónyuge fallecido, lo que lleva a

reconducir la atención al viudo al área de protección profesional. Lo que además se justificaría en atención al principio de no-discriminación del art. 14 CE, no debiendo vincular únicamente la pensión de viudedad al estado civil del causante.

Por lo que respecta a los huérfanos absolutos sin derecho a prestaciones del área profesional estos tendrán derecho a la asignación por hijo a cargo, y por tanto a tal protección se reconducirán. No obstante parece oportuno considerar la protección de orfandad como específica siempre que no haya otros parientes con obligación de prestar alimentos.

Lo que en definitiva les llevaba a formular la siguiente propuesta:

- Caso de que haya parientes obligados a prestar alimentos (ascendiente-hermanos) se podrá mantener la asignación por hijo a cargo (la seguridad social mantendrá respecto a él la relación de subsidiaridad que tenía con respecto a los padres como obligados a prestar asistencia de todo orden a los hijos).
- Si no hay parientes, la Seguridad Social debería de asumir, en la parte de que pueda alcanzar, la protección integral, reconociendo una prestación de cuantía más elevada que la asignación por hijo a cargo.
- Si hubiera parientes pero estos no hacen efectiva su obligación, se daría la situación de necesidad específica que aquí se trata y en este caso debería de reconocerse una “pensión social de orfandad” con cuantía similar a la pensión social de vejez. Su abono se haría en la persona del huérfano o representante legal. Propugnándose también un servicio social para los huérfanos.

Segundo: En torno al área de protección profesional

Cuando la muerte es achacable AT / EP surgen dos situaciones de necesidad las derivadas de atender los gastos de sepelio del causante y la que impacta en la economía de los familiares más próximos.

Los gastos de sepelio por la muerte de una persona que tiene su origen en un accidente de trabajo o enfermedad profesional, no deben recaer sobre los familiares de la víctima, ni sobre la comunidad nacional.

Quedaba en el aire, sin embargo, que ocurrirá cuando opere la presunción de fallecimiento, especialmente en aquellos accidentes surgidos en el ámbito de los trabajadores del mar.

Se considera que la prestación debe ser similar a la que se establezca en el área de protección común pero insistiendo en que se mantenga actualizada. O bien en la específica que se establezca.

El quebranto económico inmediato que origina en la familia la muerte de un trabajador se compensaría vía indemnización por muerte. En realidad en el fondo subyace la idea de que hay que compensar a la familia por haber sufrido la pérdida de unos de sus miembros a causa de un riesgo profesional. La prestación sería de pago único de cuantía y forma similar a la actual. Los beneficiarios serían: viudo, hijos menores incapacitados (pudiendo estos ver incrementado su prestación con la indemnización que hubiere podido corresponder al viudo) y padres.

Pero además surgen aquellas situaciones de necesidad que se vinculan a la supervivencia. El proyecto las denomina de “Muerte y Supervivencia” aunque opina que quizás se podría utilizar otras como las prestaciones por “muerte del sostén de la familia” (tal y como se refleja en los Convenios OIT); o la de “prestaciones de sobrevivientes” (Convenio OIT 102, parte X; y Convenio OIT 128, parte IV); o bien la de “prestaciones a favor de familiares supervivientes” como hace el Documento Base (refiriéndose al “Libro Naranja”).

Antes del examen de las distintas situaciones (refiriéndose a la viudedad, orfandad y a favor familiares) advierte que debería eliminarse la presunción “iuris et iure” y la limitación temporal del art. 158.2 de la LGSS, por no responder a ninguna lógica o técnica<sup>30</sup>.

En cuanto a la protección a la viudedad y con arreglo a la normativa vigente, la situación de necesidad protegida es la que ocasiona la muerte de un trabajador o profesional que estuviese percibiendo una renta de actividad o prestación de pago periódico sustitutiva de la misma, a su viuda, que hubiera convivido habitualmente con él o que, en caso de separación judicial, cuente con una sentencia firme que la haya reconocido como inocente o que obligue al marido a prestarle alimentos; situación que actualmente comprende al viudo solamente si está incapacitado y a su cargo.

Varias son las cuestiones que –a juicio de los autores del informe– la situación así descrita planteaba:

- a) ¿Ser viuda de un causante en activo o pensionista constituye, por sí misma, una situación de necesidad?

El sistema lo da por hecho y sin consideración, por tanto, de ninguna otra posible circunstancia, y así durante toda la vida salvo que pierda su condición de viuda por contraer matrimonio o incurra en otra causa de extinción.

---

30 FRANCO MARZIALE (1979): “Algunas ideas para una reforma de la Seguridad Social”, RSS n.º1, enero-marzo 1979, págs. 45 y 46.

Sin embargo si se compara con normas internacionales parece que hay una inclinación a establecer algún tipo de condición, v. gr.: el Convenio OIT 102, art. 60, la condiciona a la existencia de una auténtica situación de necesidad, permitiendo imponer ciertas condiciones y declaradas incompatibles con rentas de trabajo; el Convenio OIT 128, art. 21.2 3 y 4, aunque más matizadamente permite también que se impongan condiciones o restricciones (de edad mínima de acceso, duración mínima del matrimonio,...) y también el denominado Código de Lovaina, art. 211 permite la imposición de condiciones (de edad de acceso a la pensión,...). Por ello se considera que hay un consenso generalizado en que la viuda debe acceder sólo cuando se dé una verdadera situación de necesidad. Algo que luego, a tenor de la situación actual, no ha sido tomado en consideración (recuérdese la reforma de la Ley 24/1972). El Libro Blanco ya cuestionó tal liberalidad al posibilitar consolidar pensiones a jóvenes viudas aptas para el trabajo. Por ello hay quien propugna FRANCO MARZIALE<sup>31</sup> una transformación radical del contenido de la pensión de viudedad, diseñando el siguiente esquema de la pensión:

- Un subsidio de tránsito durante un período de tiempo que permita la cónyuge superviviente adaptarse a su nueva situación económica.
- Medidas de formación profesional o reciclaje, con derecho a percibir una prestación equivalente al salario mínimo interprofesional, y algunos otros complementos durante la práctica de los mismos. Posteriormente se facilitaría el acceso, caso de no encontrar empleo, a las prestaciones por desempleo.
- Mantenimiento del derecho a beneficiarse de todas las otras prestaciones de la Seguridad Social.
- Reanudación de la carrera de seguro del difunto ejerciendo una actividad profesional, con vistas a alcanzar los consiguientes beneficios futuros.

Pero el problema o punto de partida es ¿si podrá volver o acceder al mundo de trabajo el viudo?

b) ¿Debe acceder el hombre en iguales condiciones?

La Constitución Española parece que marca tal ideal. Aunque lo deseable sería determinar la situación idónea a proteger que refleje un

---

31 Otras con incidencia también serían la IX “Sobre equidad y el carácter contributivo del sistema” y la XI “Sobre el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones”.

verdadero estado de necesidad y que éste fuera aplicable a todo cónyuge, sea hombre o mujer.

c) ¿Debe exigirse un vínculo matrimonial previo?

Depende del enfoque que se le dé a las prestaciones por muerte. Desde la Seguridad Social el enfoque es distinto a como se ve desde el Derecho Sucesorio, mientras que estos descansan sobre la potestad del causante de disponer “mortis causa” de su patrimonio, el principio esencial en la Seguridad Social es allegar medios para la subsistencia de quienes dependieran del causante y no pueden atender la subsistencia propia. Principio este, que llevado a sus últimas consecuencias lógicas, cabe defender que las pensiones de supervivencia, cuando resulte necesario en orden a proteger situaciones reales de necesidad, a prescindir del dato del lazo familiar para atenerse a reparar la pérdida de unas rentas de trabajo en las que por mediación del causante participa esa persona ajena a la familia “formal”. Se hace eco de posiciones claramente favorables a ello, v. gr.: Recomendación 67 OIT; otras más tibias como las del propio Libro Blanco; y también las contrarias, v. gr.: Libro Naranja; para concluir señalando que cuantitativamente las uniones sexuales estables y de hecho no son de gran importancia.

d) ¿Exigencia de convivencia habitual o sustitución por la de dependencia económica?

Se inclina por afirmar la necesidad de mantener la convivencia habitual en cuanto que la misma aporta una presunción a favor de la existencia de una relación matrimonial normal e incluso, de una comunidad de consumo que contaba, entre sus posibles ingresos, con la renta de actividad del cónyuge causante.

e) ¿Cómo debe entenderse la misma cumplimentada?

Se entiende suficiente cuando se mantengan las relaciones afectivas y de auxilio mutuo inherentes a la relación conyugal, aunque no exista una convivencia estricta en sentido físico. Todo ello a tenor de la propia doctrina del TS que viene entendiendo tal condición en sentido amplio y de fondo; también la propia normativa de la Seguridad Social que contiene algunos preceptos concordantes con tal interpretación jurisprudencial (v. gr.: en materia de prestaciones familiares, art. 4.a) O. 28-12-1966); o también la propia normativa civil sobre legislación matrimonial (v. gr. la presunción de convivencia que establece el art. 69 del CC).

f) ¿Cómo demostrar la situación de necesidad para cuando medie separación judicial?

En los casos de separación habrá que demostrar objetivamente la dependencia respecto del causante, v. gr.: con la percepción de auxilios económicos, pensiones, etc. El problema se podría plantear que hacer ante separaciones de hecho.

g) ¿Y en los casos de divorcio?

Son múltiples los interrogantes que surgen respecto a esta situación, ¿cabe seguir hablando de viudo tras el divorcio? ¿Habrá que tener en cuenta la posibilidad de una situación de dependencia económica del supérstite respecto al causante, y que, como consecuencia de la muerte de éste, pueda caer aquél en una situación de necesidad? Si se ha producido, en vida del causante, una transformación parcial de su renta de actividad al otro cónyuge, ¿será esa parte de renta, la que la Seguridad Social podría sustituir con una pensión de viudedad?, pero también lo contrario, es decir, si la pensión civil se ha obtenido y extinguido, o incluso se ha sustituido por una indemnización ¿no habrá sido ya satisfecho ese hipotético derecho?

h) Cuestiones e incidencia temporal en la determinación de la situación de necesidad de las normas provisionales establecidas en la Ley 30/1981. La normativa nueva plantea múltiples interrogantes, a saber:

- Por que es incompleta, ya que el tiempo de convivencia con el fallecido proporciona sólo un número de días, pero no se dice respecto a que tiene que ser proporcional.
- La idea de proporcionalidad parece que es una deriva de un concepto patrimonial o de derecho hereditario, impropio de una prestación de seguridad social.
- La normativa es muy simple, lo que contrasta con la formula minuciosa de regulación de la pensión civil compensatoria.
- Queda en el aire la idea de sustituir la convivencia por la dependencia económica, que sería lo más lógico.
- Provocará situaciones paradójicas, v. gr.: deudor de pensión civil se puede convertir en acreedor de pensión de viudedad, ¿donde está la situación de necesidad?

Otras cuestiones que se plantean y que son objeto de análisis son las relativas a las causas de extinción de la pensión de viudedad.

Son objeto de severa crítica de algunas de las causas de extinción previstas, como la de tomar estado religioso (por ser considerada inconstitucional, art. 16 CE); y la de observar una conducta deshonesto o inmoral por atentatoria a la dignidad de la personal.

Se defiende –al parecer– que si dentro de esa conducta deshonesto o inmoral hay que incluir la convivencia marital como causa de extinción de la pensión, se podría reconducir a la idea que ya viene reflejada en el Convenio 102 OIT que prevé suspender la prestación de sobrevivientes, tanto tiempo como la viuda viva en concubinato.

Finalmente y cuando se aborda el estudio de la pensión de orfandad se defiende que el incremento de ésta con la pensión de viudedad, se debería incrementar los supuestos ya previstos con otros dos: cuando quede cónyuge sobreviviente sin derecho a pensión y cuando viudo ve extinguida su pensión por causa distinta a la del fallecimiento (v. gr. por matrimonio).

#### 4.2 El proyecto de los “técnicos independientes”

Se trata de un estudio elaborado por un grupo de técnicos de la Seguridad Social, encargado por la Fundación IESA, dirigidos por DE LA VILLA GIL y DESDENTADO BONETE, sobre la reforma del sistema español de seguridad social<sup>32</sup>. Por lo que respecta a las prestaciones de supervivencia se hacen las siguientes consideraciones:

- Se destaca el carácter abstracto de la protección: protegiendo por igual a la viuda joven y a la anciana, a la plenamente capacitada y a la inválida, a la que tiene hijos menores y a cargo y a la que no tiene; a la que tiene rentas de trabajo y a la que no. Consecuencia: despilfarro de recursos en prestaciones a favor de quien no los necesita. Por ello se aboga por establecer o fijar una incompatibilidad con las rentas de trabajo o con la percepción de pensiones. También por fijar una edad mínima del cónyuge viudo en el momento del fallecimiento, salvo casos de incapacidad. Se establecerán subsidios temporales en casos especiales de hijos a cargo. Se partirá de una igualdad por razón de sexo en el acceso pero en contrapartida “... mayor protección a las viudas que se encontraren en los supuestos de hecho protegibles y extender la prestación de desempleo a las viudas menores de las edades exigidas, sin posibilidad de empleo”
- Evitar o corregir la paradoja de que persona que en vida del causante no recibe protección alguna, pero son protegidos a posteriori, debiendo ser reconducidas tales prestaciones (se refiere a las prestaciones a favor familiares) a prestaciones asistenciales.

---

32 DE LA VILLA GIL, L.E. (1985): “La reforma del derecho de las pensiones”, ob. cit. págs. 44 y ss.

## 5. Las posturas doctrinales

En este epígrafe se quieren recoger las posturas más significativas o que mayor número de adeptos concilia (no todas y por tanto disculpas a los no citados expresamente que no olvidados) en torno a la necesidad o no de una reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia.

Realmente no ofrecen novedades significativas respecto a lo analizado en el epígrafe anterior, más bien casi todas ellas lo que hacen son alinearse en torno a algunas de las propuestas de reforma antes analizada. Normalmente las propuestas o sugerencias surgen en torno a alguna de las múltiples modificaciones legislativas que se han venido produciendo en los últimos años, especialmente las correspondientes al año 1997, 2001 o en su caso 2007, o al hilo de algún pronunciamiento de los Tribunales relevante (igualdad del varón, criterio de distribución de la pensión en casos de concurrencia de beneficiarios, extinción de la pensión por convivencia marital, etc.). Sólo unas pocas se hacen al hilo de un análisis monográfico de las prestaciones por muerte y supervivencia, y como se verá, también en la práctica, lo que hacen es asumir —a veces con matices— algunas de las reflexiones antes expuestas.

### 5.1 El camino abierto por los “Libros de la Seguridad Social”

De todas las distintas propuestas que se analizaron en el apartado 4, quizás la que mayores partidarios ha aglutinado ha sido las recogidas en el Libro Naranja y nos detendremos en el porque muchas de sus formulaciones se están hoy haciendo realidad. Quizás uno de los mayores defensores del mismo sea GONZALO GONZÁLEZ<sup>33</sup>, quien con matices ofrece un respaldo a la versión del Libro Naranja. Con fin de solventar algunas de las dudas que sobre las distintas medidas en él recogidas fueron planteadas por la doctrina, realiza las siguientes consideraciones:

- Sobre que hacer cuando el subsidio temporal de la viuda se ha agotado.

Defiende que se pueda acceder entonces a la pensión vitalicia, en caso

---

33 GONZALO GONZÁLEZ, B. (1985): “El principio constitucional de indiscriminación de los sexos en los planes de reforma de la Seguridad Social; su aplicación a las pensiones de viudedad”, AL n.º 54, págs. 2718 y ss.; también el mismo autor y sobre la materia objeto de estudio puede verse: “La renovación del Pacto de Toledo y el futuro de las pensiones: apunte crítico y propuestas para la reforma de la viudedad”, RL n.º 19/1999, pág. 52.

contrario, a la protección por desempleo. Entiende que deben tomarse en cuenta que es preciso articular para ellos todas las medidas de ayuda a los trabajadores desempleados (formación profesional, colaboración administrativa en la búsqueda de empleo,...).

- Sobre la transferencia de la carrera de seguro del causante. Cuándo no se cause derecho a la pensión de viudedad deberían de transferirse, transvasarse, las cuotas para vejez o invalidez. Admitiendo la posibilidad de buscar formulas de seguro voluntario para completar o llegar a cubrir los períodos mínimos necesarios para causar pensión a aquellos que no vayan a trabajar.
- Sobre una ampliación o prórroga de los subsidios de asistencia temporal. Como concesión potestativa para adaptación y reorganización de la vida del superviviente o prolongación de estudios. Pero teniendo en cuenta que no deben de servir para acceso posterior a la pensión de viudedad.
- Sobre la incidencia del régimen jurídico de la Ley 26/1985. Debería de ir equiparándose, tanto la base reguladora, como el período mínimo de cotización, a las líneas de mayor exigencia de dicha Ley.
- Sobre el reparto de cuotas entre cónyuges ante supuestos de ruptura. Se parte de considerar las cuotas durante el matrimonio como ganancias y por tanto permitiría acceder a ambos a carreras de seguros individuales, que luego puedan tener validez a efectos de prestaciones futuras. Con ello se prescindiría de la situación actual absurda de reparto, v. gr.: insuficiencia de todas las fracciones, compensación por pérdidas inexistentes en casos de matrimonios remotos, etc.
- Sobre el aseguramiento de los derechos a alimentos u obligaciones económicas. Se plantea la posibilidad o conveniencia de fija una cuota adicional.

Con posterioridad también el mismo autor volverá a insistir en lo expuesto, si bien con algunas novedades adicionales, de las que destacan: la conveniencia de transformar la pensión de viudedad en jubilación al llegar a tal edad, con aplicación entonces de su régimen jurídico; y la necesidad de la toma en consideración de las parejas de hecho, sí bien con algunos condicionantes. También dentro de esta línea puede encontrarse las sugerencias de CAVAS MARTÍNEZ<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. (2001): “La pensión de viudedad: estado de la cuestión y propuestas de reforma”, AS n.º14 pág. 22 y ss.

## 5.2 Otras líneas

Bajo este epígrafe se recogen aquellas consideraciones que se hacen en determinados estudios doctrinales sobre la protección a la supervivencia. Sólo se analizarán, por el interés que todavía los mismos pueden mantener, los más recientes y aquellos que hacen un análisis global de las prestaciones de supervivencia.

En el estudio realizado por GARCÍA VIÑA y RIVAS VALLEJO<sup>35</sup> se hacen las siguientes propuestas:

- En general para todas las prestaciones de supervivencia:
  - a) Elevar el porcentaje a aplicar a la base reguladora y los mínimos legales hasta el salario mínimo interprofesional.
  - b) Ampliación de la figura del sujeto causante "... hasta alcanzar cualquier situación que tenga relación, sea del tipo que sea, con la seguridad social".
  - c) Acomodación del requisito del alta a la reforma iniciada por Ley 26/1985.
  - d) Supresión del requisito del período mínimo de cotización para los supuestos derivados de enfermedad común, según se señala por estar basado en una presunción de fraude, difícilmente objetivable.
  - e) Adaptación del sistema de cómputo recíproco de cotizaciones entre regímenes a efectos de cobertura de período mínimo de cotización cuando la muerte derivada de enfermedad común (algo también predicable del reconocimiento de prestaciones a trabajadores comunitarios).
  - f) Una reforma del auxilio por defunción, restringiendo el acceso al mismo a quien no tenga ingresos superiores al doble del salario mínimo interprofesional. Además se propone que haya una acomodación a precios de mercado. Ofrece una sugerencia o alternativa derivar la protección a la negociación colectiva.
- En especial para la pensión de viudedad:
  - a) Necesidad de acreditar la dependencia económica por parte del beneficiario, desapareciendo en consecuencia la presunción de ella.
  - b) Para los casos de ruptura matrimonial deberá de tomarse en consideración la existencia de pensión alimenticia a favor del supérstite, como acreditativa de su dependencia económica.
  - c) Debe reflexionarse sobre la situación del viudo cuando hay concu-

---

35 GARCÍA VIÑA, J. y RIVAS VALLEJO, P. (1996): *Las prestaciones de Supervivencia en el Sistema de la Seguridad Social*, pág. 236 y ss., Barcelona, editorial CEDECS.

- rrencia con otros ex cónyuges, que pueden colocar al mismo en una situación precaria (y por supuesto insuficiente para todos).
- d) La revisión del sistema de compatibilidades, introduciendo mecanismos discriminadores (v. gr. límite máximo de ingreso similar al existente en materia de cuantía de pensiones).
  - e) La toma en consideración de la protección hacía los convivientes de hecho.

Para PÉREZ ALONSO<sup>36</sup> deben de hacerse reformas puntuales en la pensión de viudedad, a saber:

- a) En cuanto al período mínimo de cotización se inclina por la desaparición de la exigencia de que deba de cubrirse en un determinado período de tiempo.
- b) Necesidad de fijar una duración mínima del matrimonio.
- c) Necesidad de exigir una dependencia económica con el causante.
- d) Aunque entiende que la pensión de viudedad puede –para los casos de ruptura- compensar las circunstancias que el Código Civil toma en cuenta para la concesión de la pensión compensatoria (edad, estado de salud, cualificación profesional, la dedicación pasada y futura a la familia, duración del matrimonio,...), no siempre coincide con el beneficiario de pensión de viudedad, por lo que una asimilación de la pensión de viudedad a pensión civil es discutible.

En el estudio de NAVARRO ROLDÁN<sup>37</sup> se parte de que el futuro de la pensión puede abordarse bien como una reforma global de la misma o bien respetando la actual configuración las reforma a acometer en ella. Y así su propuesta se concretaría así:

- a) Reforma global.

Se crea una nueva prestación a la que se denomina Pensión de Supervivencia. El objetivo a cumplir es doble: 1) suficiencia de la protección mediante e establecimiento de varios niveles, exigiendo una verdadera situación de necesidad; y 2) eliminación de la protección al sobreviviente que goce de autonomía financiera.

La propuesta la concreta así:

---

36 PÉREZ ALONSO, M. A. (2000): *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*, págs. 261 y ss., Valencia, editorial Tirant lo Blanch, serie monografías.

37 NAVARRO ROLDÁN, R. (2004): *La pensión de supervivencia: presente y futuro de la pensión de viudedad*, tesis doctoral, pág. 414 y ss., Tarragona.

- Pensión de supervivencia, a la cual tendría derecho el miembro superviviente de la unión siempre y cuando acreditase unos ingresos tomando en cuenta las cargas familiares, inferiores al SMI (incluyendo pagas extraordinarias), caso de superarse quedaría en suspenso mientras tanto. La cuantía de la pensión ascendería al 100 por ciento de la base reguladora, excluyendo de su cómputo otras prestaciones de supervivencia, que si se viesan afectadas por el límite del art. 179.4 LGSS.
  - Subsidio de supervivencia, para resarcir temporalmente la pérdida de ingresos, a los que accedería aquel superviviente que reúna todos los requisitos para la pensión de supervivencia, salvo el de recursos económicos, sin llegar a superar la cuantía de 4 veces el SMI (incluyendo pagas extras). El importe estará en función de los ingresos que se tengan, oscilando entre 48 o 24 meses.
  - Pensión de supervivencia no contributiva. Exigencias similares a la contributiva y dirigida a quienes no reúnan los requisitos para ello, como el de cotización mínima necesaria. Su cuantía vendría fijada anualmente.  
El superviviente del causante que superase el límite de ingresos de 4 veces el SMI no tendría derecho a la protección.
- b) Mantenimiento de la situación actual pero con una nueva configuración.

Los aspectos sobre los que se interesa una adecuación son:

- Respecto a la pensión en su porcentaje cualificado. Se aboga por la consideración de los ingresos que actúan como límite en su valor neto y no bruto.

Por otro lado el límite fijado en el art. 179.4 LGSS se entiende que debe operar no sobre el porcentaje del 70 por ciento sino sobre el 52 por ciento (hoy ya superado con la reforma de 2007).

- Respecto a la distribución de la pensión de en casos de separación, divorcio o nulidad.

Se cuestiona la aplicación del prorrateo cuando sólo hay un beneficiario. Así como un planteamiento distinto en torno a la figura del cónyuge separado, por contraposición al divorciado.

- Se cuestiona la competencia autonómica para llevar a cabo interferencias en la cuantía de la pensión.
- Se aboga por una reconsideración del derecho de acrecer del huérfano absoluto cuando el otro progenitor no podía acceder a la pen-

sión de viudedad por no existir el vínculo matrimonial (así lo vino a entender el TC en sentencia 154/2006, de 22 de mayo).

- Cuestiona la posibilidad de rehabilitar una pensión extinguida por contraer matrimonio y ser éste declarado nulo.
- Se defiende la compatibilidad de la pensión de viudedad con las pensiones del régimen SOVI (en este sentido opera la reforma introducida por la Ley 9/2005, de 6 de junio).

Finalmente debe ser citado el estudio “La pensión de viudedad: marco jurídico para una nueva realidad social. Como reformular la pensión de viudedad de forma que mejor cumpla el carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante”, cuyo responsable es VICENTE PALACIO<sup>38</sup>.

Comienza (en su apartado de propuestas de reforma de la pensión de viudedad) el estudio planteando tres cuestiones que a su juicio son fundamentales:

Primera: Viabilidad de mantener un doble sistema de protección a la viudez.

Recuerda que el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social de 2006 en su punto tercero optaba por restringir o limitar la reformulación de la pensión de viudedad a los nacidos a partir de 1 de enero de 1967, si bien la Disposición Adicional vigésimo-quinta de la Ley 40/2007 no hace esta reserva sino que se limita a indicar que “El Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad”. Por ello duda acerca del camino que tomará el legislador si bien entiende que optara por esta segunda vía a la que no le ve tacha alguna de discriminación por establecer una doble vía de acceso para los nacidos antes o después del 1-1-1967, al entender que existe una causa objetiva y razonable que justifica la diferencia de trabajo.

Segunda. Delimitación de la situación protegida.

Parte de cual es la opción política tomada en cuenta y recuerda lo que dice la Disposición Adicional 54 de la Ley 30/2005 que “la pensión de viudedad debe retomar su carácter de renta sustitutiva de las rentas percibidas como consecuencia del fallecimiento del causante” y que el Acuerdo sobre

---

38 Se trata de un proyecto de investigación realizado dentro del programa de subvenciones FIPROS de la convocatoria aprobada por Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo, cuyo responsable es Arantzazu Vicente Palacio.

medidas en materia de Seguridad Social de 2006 parece que concreta más en la exigencia o necesidad de que el causante contribuía efectivamente al sostenimiento de la familia, de lo que parece inferirse un grado de dependencia económica del beneficiario. Respecto del causante recuerda que la pensión de viudedad nace vinculada a una situación de dependencia económica del llamado a ser beneficiario y que la muerte de un integrante del matrimonio o pareja siempre tendrá consecuencias en el nivel de ingresos que esa familia tenía para hacer frente a sus necesidades. A continuación comenta las múltiples opciones o criterios posibles a tomar en consideración: a) fijación de una duración máxima de la pensión para cuando no concorra situación de dependencia económica; b) establecimiento de un límite máximo en el nivel de ingresos del beneficiario; y c) asegurar un porcentaje mínimo para el beneficiario no dependiente y otro porcentaje para el que si lo fuera.

Tercera. Necesidad de coherencia con el sistema.

Se trata de algo obvio y es que la reforma debe ser coherente con el modelo de Seguridad Social que tenemos o, en su caso, con el modelo de Seguridad Social que se busca configurar. Por ello critica que las últimas reformas hayan ido desfigurando sus notas básicas de prestación contributiva y proporcional, dirigiéndola hacia un nivel asistencial.

Junto a estas consideraciones o apreciaciones generales formula diez propuestas sobre la reforma, que resumidamente son las siguientes:

1. Beneficiarios. Es crítica con la regulación o régimen diseñado para las parejas de hecho, propugnando un régimen igualitario con respecto a las uniones matrimoniales.
2. Determinación de la dependencia económica para los casos de crisis matrimoniales. A su juicio la dependencia vendría acreditada si en lugar de pensión compensatoria la referencia fuera sobre la pensión alimenticia. Si bien es consciente de la dificultad de que tras un divorcio llegue a establecerse la misma.
3. Necesidad de abordar la bigamia. Situación propia de ciudadanos procedentes de aquellos países que admiten la misma. Plantea dos opciones, su rechazo por afectar al orden público o bien su admisión dada la mayor interculturalidad de nuestra sociedad. Si bien se opta por esta última se ha de ser consecuente con todas las consecuencias que ello conlleva.
4. Ampliación del período mínimo de cotización. Postula la misma en un período de 3 o 4 años, cuestionando la idoneidad de una duración mínima del matrimonio.

5. El umbral de dependencia económica. Analiza detenidamente las múltiples variantes que podrían establecerse, presentado los efectos perversos o beneficiosos de optar por uno u otro criterio. Si le parece claro que en los casos en que no haya dependencia económica, que será un requisito básico para acceso a la pensión de viudedad, el derecho se debería limitar a una prestación de naturaleza temporal, cuya finalidad sea la de amortiguar la pérdida de ingresos que el fallecimiento del causante tiene sobre el monto total de ingresos de la unidad familiar.
6. Rentas a computar. Partiendo de la exigencia de una situación de dependencia, se plantea cuales serían los ingresos a tomar en consideración y los problemas y dudas que pueden surgir (por ejemplo: bienes propios, ahorros previos al momento del hecho causante, ingresos procedentes de prestaciones de la seguridad social, etc.).
7. Dinámica de la prestación. Se plantea la posibilidad de una capitalización de la prestación temporal que tenga como objeto, por ejemplo, la cancelación de compromisos por deudas asumidas por la unidad familiar.  
 Junto a ello analiza el momento que hay que tomar en consideración para valorar la dependencia económica (la muerte) y si este debe de mantenerse a lo largo del tiempo o no. Para el caso de que así se entendiera establecer la posibilidad de no extinción de la pensión sino que esta quede en suspenso total o parcial por si luego empeorara su situación económica.
8. Sobre la cuantía. Entiende que procede la elevación del porcentaje, proponiendo el del 65% y que este no tenga incidencia en los posibles porcentajes de pensiones de orfandad que pudieran también causarse.
9. Compatibilidades. Entiende que la incompatibilidad de prestaciones debería de estar limitada a aquellas que puedan atender la misma finalidad. Considera que todo va a depender del umbral en que se fije la dependencia económica del beneficiario y así: a) si es relativa en términos absolutos, quizás debería de haber un régimen de incompatibilidades; b) si es relativa pero estableciendo unos límites máximos, no sería preciso fijar un régimen de incompatibilidades.
10. Extinción. Se limita a analizar si la convivencia more uxorio debería ser causa o no de extinción de la pensión de viudedad.

## II. Segunda parte

### 1. La reforma pendiente

Tras lo expuesto en el apartado anterior, lo que supongo que se espera de este tramo último es que se de concreta respuesta al interrogante de si debe reformarse la protección por muerte y supervivencia (que se da por hecho) y cómo hacerlo. Sin embargo, la primera parte de la respuesta debe ir dirigida a relativizar su alcance; una contestación frontal y escueta sólo puede darse con muchos matices. La razón se entenderá fácilmente: el problema de hacer aquí una propuesta concreta estriba en su propia parcialidad, atendido el limitado objeto sobre el que versa y la amplitud de contenidos del Sistema. La protección por muerte y supervivencia no puede comprenderse o abordarse si no se hace pensando en el conjunto de la acción protectora del que ella forma parte. Por ello “mover una pieza” no puede hacerse, ni dirigirse correctamente, si no se parte de que forma parte de un todo y se atiende al mismo. En otro caso, el movimiento puede ser inviable o generar conflictos con otras de las partes con las que necesariamente está interrelacionado. Insisto no debe olvidarse que no estamos ante un “Seguro Social de Supervivencia” y por tanto independiente del resto de la situaciones o contingencias protegidas.

Por poner un ejemplo, si se quiere reformar los requisitos para causar la pensión (es decir afiliación, alta y período mínimo de cotización), no puede olvidarse que estamos ante exigencias generales (o cuasi) de acceso al resto de las prestaciones del sistema. Lo mismo podría decirse respecto de aquellas soluciones que se ofrecen como “medicina” de las prestaciones objeto de estudio, reparando en su modo de cálculo y determinación (con claro repudio al privilegio que se dota a las mismas cuando la causa de la muerte es imputable a riesgos profesionales), en su compatibilidad (preconizando su restricción), en la necesidad de operar su conversión a la pensión de jubilación a partir de cierta edad, en la atención al nivel económico del beneficiario como condicionante de acceso a la protección, etc. De aquí que cuando se trata de reformar aspectos que afecten al régimen jurídico general de las prestaciones las opiniones más solventes de reformas parezcan muy cautas y limitadas.

Por otro lado la propuesta no puede hacerse sin tomar en consideración

la realidad presente o proyección futura, sin reflexionar sobre hacia dónde camina el sistema y no a la dirección que a uno le gustaría que tomara.

A la vista de las propuestas que se han analizado, de las sugerencias doctrinales, etc., ¿hacia donde caminan las reformas?

Pues si nos atenemos a las reformas normativas de los últimos tiempos y las orientaciones que se adivinan de los distintos pactos políticos, documentos de trabajo de la Comisión del Pacto de Toledo, etc., parece que no es descabellado pensar que hasta ahora la erosión de la acción protectora contributiva está ahí y por tanto en peligro el principio de suficiencia querido por el art. 14 de la CE<sup>39</sup>. Y todo ello pese a que la propia Comisión del Pacto de Toledo ha querido salir al paso las críticas y en su propios documentos de trabajo<sup>40</sup> punto 12 viene a decir lo siguiente:

“La Comisión propone la reformulación integral de las prestaciones por muerte y supervivencia –en especial viudedad y orfandad– en la línea con lo ya demandado por el Pacto de Toledo en 2003, y que no ha sido llevado a término en su totalidad. .... La Comisión defiende el mantenimiento del carácter contributivo de estas prestaciones...”

Por ello ofrecer un proyecto alternativo en materia de protección a la viudedad no pasa de ser un ejercicio intelectual, bien intencionado, pero condenado –en el mejor de los casos– a ser simplemente recordado por quienes realicen ulteriores estudios. Si bien no se va a rehuir a ello. Y eso pese a que la reforma que se nos anuncia lo sea “por fascículos” y por tanto parche sobre parche, al menos eso es puede entenderse de la Disposición adicional primera del Proyecto de Ley de Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social cuando dice “En las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 y ejercicios siguientes se incluirán previsiones normativas necesarias para cumplimentar las recomendaciones incluidas en el Pacto de Toledo en relación con la protección por muerte y supervivencia”.

39 APARICIO TOVAR, J. (2002): “La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: Hacia el seguro y asistencialismo”, *Revista de Derecho Social* n.º19, pág. 47 y ss.

Sobre esta nueva orientación puede verse el estudio de MARTÍNEZ BARROSO, M.R. (2001): “Los titubeos legales entre el fomento de la contributividad (tras el pacto de pensiones) y el incremento de la protección asistencial”, *AS* n.º8, pág. 43 y ss.

40 Borrador del debate parlamentario de la reforma de 2007

Las ideas, sugerencias, etc., que a continuación se irán exponiendo parten de los siguientes condicionantes:

- a) La pensión de viudedad se va a reformar.
- b) Se parte de una idea o finalidad –ciertamente enigmática- que condicionará el sentido de la reforma: la de recuperar su objetivo de prestación sustitutiva de rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento.
- c) Y como consecuencia de lo anterior habrá que esperar la introducción o retorno de criterios basados en la edad, renta, hijos, régimen de sus compatibilidades, etc.
- d) En la reforma ya hecha y la que está por venir planea las ideas, sugerencias del Libro Naranja antes analizado.
- e) Al mismo que se formulan ideas de cómo puede llegar a configurarse la misma o cómo previsiblemente se hará, también se recordarán los aspectos más conflictivos actuales y sobre los que debería, de ocuparse las futuras reformas.
- f) Una duda difícil de resolver ¿a quienes afectarán las reformas? ¿Habrá un doble régimen de acceso a la pensión de viudedad, uno para los nacidos antes de 1967 y otro para los nacidos después? La sugerencias y en su caso propuestas se harán como si a todos afectase la reforma.

## 2. La situación de necesidad a cubrir

La actualización de las contingencias protegidas (la muerte y la supervivencia de determinadas personas generan dos situaciones de necesidad que son reales: a) un exceso de gastos y b) un defecto de rentas. Aunque esto debe ser matizado de manera muy importante.

No parece correcto examinar la existencia de una situación de necesidad en términos absolutos. Es decir si partimos de que nuestro sistema de Seguridad Social tiene o comprende dos niveles de protección, uno contributivo y otro no contributivo, no cabe identificar situación de necesidad en el nivel contributivo con lo que quepa entender como tal en el nivel no contributivo. En el segundo la situación de necesidad queda siempre objetivada en un dato básico: la no superación de un determinado nivel de rentas. Por su lado en el nivel contributivo se parte de unos requisitos generales o comunes para todas las prestaciones (afiliación y alta o situación asimilada) y de otros propios o específicos según cada prestación. En-

tre estos últimos suele encontrarse la exigencia de un período mínimo de cotización algo que no ocurre en el nivel no contributivo. Así como que determinados períodos de cotización actúan como elemento determinante de la cuantía de la prestación y todo ello con independencia del nivel de ingresos o rentas que el beneficiario pueda tener. Por eso, los parámetros de comparación en uno y otro nivel de protección, no pueden ser los mismos: en el ámbito de prestaciones contributivas huelga la atención al nivel económico que pueda tener el beneficiario.

Trasladando esas ideas al tema estudiado surge una reflexión muy esclarecedora. Su virtualidad es indiscutida cuando se habla de la protección por muerte: quien se haga cargo del entierro del causante, tendrá un exceso de gastos (situación de necesidad) que hay que reparar.

Y si nos fijamos o nos trasladamos al terreno de la protección por supervivencia de los familiares más directos (cónyuge e hijos), la situación de necesidad también se produce una vez fallecido el sujeto causante: la desaparición de los ingresos que aportaba a ese núcleo familiar es evidente. Cuestión distinta es que consideremos que el umbral de rentas familiares ya de por sí sea elevado o suficiente, pero entonces parece que olvidamos que se trata de prestaciones integradas en el nivel contributivo, ajeno a ese postulado de garantizar solamente un nivel mínimo de ingresos o de subsistencia.

Este razonamiento, hay que reconocerlo, no sirve quizás para las prestaciones a favor de familiares, dirigidas a un segundo grupo o círculo de familiares distinto o más lejano, a los que sí se les exige una dependencia económica del causante y una carencia propia de rentas. Aunque debe advertirse una cosa: estas prestaciones a favor de estos familiares (padres, abuelos, hermanos e hijos sin derecho a pensión de orfandad) siempre actúan como residuales y de forma supletoria a otras. Es decir el beneficiario va acceder a ellas porque le sea imposible causar una pensión por sí mismo, por su propia situación de necesidad, v. gr. una pensión de invalidez o jubilación no contributiva.

Dejando a un lado las prestaciones a favor de familiares, la crítica de un sector importante de la doctrina hacia la protección —principalmente— a la viudedad, por no atender a situaciones de real necesidad, es rechazable ya que parte de un base o principio erróneo, que es la asistencialización de esta protección. Sus juicios y opiniones serían atendibles si la protección se enmarcara dentro del nivel no contributivo. Ahora bien si ello fuera así no habría objeción para trasladar dicho esquema a otras prestaciones, v. gr.: la

incapacidad temporal, la incapacidad permanente,... Pero entonces necesitaríamos un replanteamiento general del sistema. En definitiva, se trata de optar por un sistema que ofrezca unas garantías de mínimos vitales o de rentas sustitutorias de aquellas perdidas por el fallecimiento del sujeto causante.

Dicho lo anterior, a nadie se le oculta que la idea de que la prestación debe ser sustitutiva de las rentas perdidas y que el causante aportaba, abre la posibilidad de una reforma restrictiva, a saber: no procedería cuando el sujeto al momento del hecho causante no aportaba renta alguna, por ejemplo, estaba en paro no subsidiado; o eran mínimas porque percibía subsidios asistenciales de desempleo; lo que haría en muchos casos inviable –probablemente– el causar una pensión desde situaciones de no alta, etc. Más adelante se volverá sobre esto.

### 3. El sujeto causante. los requisitos a exigir

De los actuales requisitos a cumplir, afiliación, alta o situación asimilada y en su caso período mínimo de cotización, quizás lo más destacable surja al analizar el papel actual del alta o situación asimilada en la protección por muerte y supervivencia y si debería o no elevarse el período mínimo de cotización.

El alta no parece que sea un requisito que debería de plantear dudas acerca de su necesidad; la exigencia de que concurra el alta para acceder a las prestaciones parece correcta aunque esto sea ir en contra de otras opiniones doctrinales quizás más autorizadas. Con el alta se quiere que el sujeto esté vinculado activamente al sistema, no que lo haya estado con anterioridad, a fin de que tras producirse el hecho causante nazca la protección, no cuando el sujeto se hubiere desvinculado del sistema. La desconexión del causante con el sistema de Seguridad Social no concuerda con el esquema protector diseñado; de ser así la situación de necesidad –como se concibe o quiere rediseñarse– tendría que desaparecer y también la propia protección; por poner un ejemplo, si con la pensión de incapacidad permanente se pretende ofrecer una renta sustitutiva del salario, cuando la persona no trabaje, tampoco estará en alta –normalmente– y carecerá de sentido proporcionarle una renta, comparación que puede servir para otras prestaciones. Si se piensa lo contrario quizás hubiera que orientar el sistema de Seguridad Social hacia un sistema de ahorro

privado o capitalización de rentas para futuros. En definitiva, el alta es necesaria para mantener el esquema protector del sistema y la solidaridad que constituye su base.

Por otro lado esta exigencia del alta se completa con la creación de situaciones asimiladas a ella y que son fruto de un entendimiento solidario de la protección para quien no puede estar en alta real. Por ello y dado que se encuentra en una situación transitoria de falta de alta y hay voluntad de superar y recuperarla se le ofrece la protección.

Hasta aquí parece que podríamos estar de acuerdo. Pero la cuestión es más compleja. Porque la vida, tal y como se nos presenta, va más allá de situaciones reales de alta o asimiladas a ella reglamentadas. Surge, entonces, la muy conocida doctrina judicial flexible y humanizadora del requisito del alta. Quizás su origen hay que verlo en un dato que no suele darse en otras prestaciones (salvo en la asistencia sanitaria) y es que sujeto causante y beneficiario no coinciden. Lo que conduce al intérprete judicial a buscar una vinculación con el sistema a fin de poder ofrecer protección a esos supervivientes ajenos a las vicisitudes de la relación jurídica del sujeto causante. Ahora bien este afán tutelar ha llevado en ocasiones, quizás demasiadas, a exagerar cualquier mínimo vestigio de vínculo como demostrativo de una voluntad de mantener esa comunión necesaria con el sistema. Por ello se buscan “paréntesis”, “tiempos muertos”, circunstancias subjetivas eximentes, a veces excesivas que lo hacen en la práctica no es otra cosa que suprimir de facto el requisito del alta.

La cuestión que debe ahora plantearse es el efecto que la supresión legal de la necesidad de estar en alta (a cambio de exigir un amplio período de carencia) para poder causar derecho a la protección va a tener sobre esta doctrina flexible y humana. Significará ello ¿un reforzamiento del alta? ¿Desaparecerá esa interpretación humana, flexible? La lógica parece que nos llevará, como mínimo, hacia una atemperación del uso tan generoso de la doctrina flexibilizadora del requisito del alta. Y quizás debería de llevarse a una estricta aplicación de la norma, sin voluntarismos judiciales.

Y tampoco debe olvidarse de la denominada situación asimilada al alta por encontrarse en paro involuntario y los tremendos problemas interpretativos que plantea, la solución no pasa por criterios administrativos internos que no pueden suplir la necesidad de un desarrollo normativo acorde con la situación que se quiere proteger (en este sentido puede verse el Escrito de 29-10-2004 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, BISS octubre de 2004).

El segundo aspecto que se plantea dentro de los requisitos –cuasi- genéricos a cumplir por el causante es el del período mínimo a reunir cuando la muerte es imputable a enfermedad común. Parece que puede considerarse cuestionable hoy en día sostener que un período tan exiguo de 500 días (440 días naturales más 60 días de pagas extras), es decir poco más de 14 meses, sea bastante para acceder a un pensión vitalicia, cuando además ningún período de cotización se exige si la muerte se imputa a contingencias profesionales o accidente común (estando el causante en alta o situación asimilada). Si se pone en relación con los períodos carenciales, mínimos, de otras pensiones, como jubilación o incapacidad permanente, no se entiende muy bien la regulación; menos aún si se compara con subsidios, como el de desempleo que para una cotización de 360 a 539 días únicamente contemplan una correlativa prestación de 120 días. Sobre este requisito debería de actuarse, bien estableciendo uno fijo (por ejemplo cinco años) u otro en función de la edad (similar al previsto en la incapacidad permanente pensionable), manteniendo –si se quiere- la no exigencia en caso de que la muerte derive de accidente o contingencia profesional.

#### 4. El beneficiario de la pensión de viudedad. Los requisitos a cumplir

Tras cuarenta y cuatro años de vigencia de nuestro sistema de Seguridad Social se ha pasado de un régimen complejo y diferenciado –según el sexo- de acceso a la pensión de viudedad a otro aparentemente sencillo, para ahora volver a rescatar los viejos condicionantes que se suponían superados. Si en sus inicios el acceso a la pensión venía condicionado a una serie de requisitos como el sexo, la edad, la convivencia y la dependencia económica y la incapacidad para el trabajo, ahora –aparentemente- sólo es preciso acreditar la existencia actual o anterior del vínculo matrimonial. Facilidad –pues- innegable pero cuestionable y francamente origen o germen quizás de casi todos los “males” que se le imputan al actual régimen jurídico de la protección al viudo.

Quizás el problema haya venido de la discutible supresión del requisito de convivencia y su transformación. Recuérdese que todo ello tiene su origen en la conocida como “Ley del Divorcio” de 1981 y en la generalizada opinión de que su famosa Disposición Adicional conllevaba que el requisito de la convivencia quedaba derogado.

Quizás el legislador y su intérprete no midieron suficientemente la trascendencia de ello. Parece que la idea básica de quienes sostenían tal interpretación troncaba con el deseo de solucionar un problema, el de los matrimonios rotos y aquellos otros que no han podido tener lugar por ser imposible la disolución del precedente, impidiendo la normalización o regularización jurídica de una situación afectiva análoga al matrimonio. La solución viene –entonces- por permitir que se cause la pensión para esas situaciones convivenciales, compartiéndola con el anterior cónyuge si es que sobrevive, pensando en que pudiera seguir de hecho dependiendo económicamente del causante (pensando en que se puedan llegar a mantener las obligaciones alimenticias).

La norma –aparentemente- también prevé que cuando tras su entrada en vigor una persona celebre varios y sucesivos matrimonios, de concurrir varios beneficiarios haya un reparto proporcional de la pensión. Pero quizás pensando en que cuantitativamente ello no va a ser importante o relevante, bien porque haya matrimonios sucesivos de ambos cónyuges que lo imposibilitarían, bien por el propio ritmo biológico. Pero como se ha podido comprobar eso no es así, sino que se viene dando cada vez más el caso de concurrencia de beneficiarios y, en consecuencia, la necesidad de abordar su reparto. Prorratio que no satisface a nadie porque al final supone repartir migajas y lo único que logra es un enfrentamiento entre los llamados a beneficiarse (denuncias sobre relaciones maritales de hecho para lograr la extinción de la cuota, etc.), presentando además dificultades en la interpretación y aplicación de esa regla proporcional, etc. Recuérdese los vaivenes jurisprudenciales en torno a ello.

Dicho nueva y claramente: no debió de desaparecer el requisito de la convivencia (indicio evidente de dependencia o interdependencia económica), que debería de retomarse. Esta se presumiría del cónyuge o pareja de hecho, mientras que otros hipotéticos beneficiarios -si es que se quiere mantener esta posibilidad- deberían demostrarla.

#### 4.1 Los criterios basados en condiciones específicas

Se pretende introducir, según reza el borrador de documento de trabajo, condiciones de acceso como la edad, renta, hijos, etc. Realmente no es ninguna novedad en nuestro sistema al fin y al cabo no es otra cosa que volver a la situación de 1967. Siempre que se hablan de reformas en la pensión de viudedad salen a debate estos requisitos. Teniendo en cuenta el éxito que está teniendo en los responsables de llevar a cabo la reforma de

las recomendaciones del Libro Naranja, la reforma que se vislumbra podría ser del siguiente tenor:

- Una edad mínima de acceso. La edad si se quiere introducir puede ser un factor razonable para una prestación de tipo vitalicio. La cuestión está en fijarla. Si volvemos la vista atrás como se quiere tendríamos tres a elegir: a) cuarenta como se exigía en sus comienzos el sistema (art. 12.1 c) de la OMS); b) La de 65/50 años como hace el SOVI (art. 3 D-ley 2 de septiembre de 1955); y c) una edad intermedia que podría estar en los 45 años (la que proponía el Libro Naranja) que curiosamente sería la que tendría cumplidos en el año 2012 (fecha en la que se supone se iniciarán las reformas) toda persona nacida durante la vigencia de nuestro sistema de Seguridad Social. Una edad más elevada podría establecerse pero ya entraríamos en un abandono de su carácter contributivo y acercamiento a una prestación no contributiva o asistencial o bien a una “viudedad-sovi”. Y en cierta medida sería absurda pues si además hay condicionantes económicos realmente se le estaría invitando a que acuda a la protección social no contributiva. La edad además podría ser matizada para aquellos casos en que el beneficiario estuviere incapacitado o hubiera hijos a cargo, de la misma forma que preveía en sus inicios el sistema.

- Otro aspecto o criterio que se cita siempre es el de no superar determinados niveles de ingresos personales o más concretamente la dependencia económica del beneficiario respecto del causante y aquí las propuestas son de lo más variopintas y de ellas ya se ha dado cuenta en el apartado anterior. Como ya se ha dicho al hablar de la situación de necesidad la introducción de un criterio de dependencia económica al estilo del que se ha introducido para las parejas de hecho no se entiende correcto puesto que no es propio de una prestación contributiva y es un factor muy complejo en su determinación. Aquí se aboga por una dependencia relativa que se presupondría con la convivencia de los cónyuges y / o pareja de hecho.

También parece que se pretende utilizar el factor tener hijos a cargo como factor que ayudaría a superar la dependencia o cuando no se acreditará la edad, por ejemplo, al modo que hacía la normativa de 1967 y la propuesta del Libro Naranja. No parece que esto sea un factor distorsionante y si complementario siempre que se concrete si estamos ante hijos a cargo comunes o comprensivos también de los propios del cónyuge o pareja de hecho (al fin y al cabo si estos depen-

den y conviven con el causante se les facilita el acceso a la pensión de orfandad).

Sobre este condicionante más adelante se volverá al tratar de las prestaciones concretas a la viudedad y sus compatibilidades.

- La duración previa del matrimonio o de la pareja de hecho a la muerte del causante. Tampoco es un requisito novedoso, ya lo contemplaba el Mutualismo Laboral (art. 82 del Reglamento) y también el sovi (art. 3 del D-ley 2 de septiembre de 1955). Como se recordará este condicionante fue reintroducido para el caso de muerte imputable a enfermedad común previa al matrimonio, con la reforma de la Ley 40/2007. Todo ello con un propósito claro, evitar matrimonios de última hora, en definitiva uniones de favor constituidas con el único propósito de facilitar el acceso a una pensión, en definitiva un fraude. No se entiende que sea un condicionante a eliminar. Los únicos problemas que ha planteado hasta ahora han sido los relativos a la acreditación de la convivencia de hecho previa apta para sumar a la duración del matrimonio<sup>41</sup>.

#### 4.2 El estatus de viudo o pareja de hecho

Aquí nos surgen varios problemas que requieren ser tratados:

a) El problema cada vez más importante de los matrimonios de tráfico externo con elementos conyugales plurales (especialmente la poligamia) y aquí nos surgen múltiples interrogantes a los que no parece que se quiera hacer frente, al menos por ahora, por ejemplo: ¿Cómo se afrontará la existencia de un matrimonio polígamo? ¿Qué papel jugará el orden público? ¿Y el principio de igualdad? ¿Por qué no aceptar el matrimonio monógamo gitano y si el polígamo? Por otro lado, hasta ahora sólo conocemos una situación, la del varón que trabaja, que tiene varias esposas, fallece y la pensión se reparte entre ellas. Pero más tarde o temprano la situación que se puede plantear es que alguna de las esposas fallezca y sea trabajadora, ¿tendrá derecho su esposo a la pensión aunque esté casado con otras esposas?

b) El diferente tratamiento de las parejas de hecho en el acceso a la pensión de viudedad. No se entiende, salvo que este sea el paso inicial para igualar los matrimonios a ellas y en consecuencia la conversión de la pensión de viudedad en una prestación no contributiva. Bueno, no pensemos mal y entendamos que el legislador simplemente mira con recelo a las parejas de hecho, pero entonces el es el responsable de establecer una

41 Véanse ss. TS 14 y 24 de junio de 2010 (RJ 2646 y 3613).

legislación única, clara y segura que sea su régimen jurídico. El problema mayor es no haber querido regular con carácter general este tipo de uniones y dejarlo “en manos” de Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, etc. lo que lleva a un problema grave en orden a como entender acreditado su formalización y la acreditación de la convivencia, aunque la normativa de Seguridad Social actúa como elemento igualatorio y no es oponible la de una Comunidad Autónoma. Ahora bien el haber cedido a las Comunidades Autónomas con derecho civil propio que es o no una unión o pareja de hecho fue una irresponsabilidad y origen de una desigualdad absurda que debería de reconducirse.

En torno a esto último dos problemas pueden reseñarse de difícil resolución:

1º) El los territorios de Derecho Foral la acreditación se verificará conforme a lo que disponga su normativa específica, lo cual ofrece no sólo diferencias de trato difícilmente explicable desde la perspectiva constitucional -lo que puede constituir materia para el planteamiento de la oportuna cuestión de constitucionalidad- sino que en unos casos las Leyes Autonómicas crean los Registros (de Parejas) con naturaleza constitutiva ( Ley 3/92 ( LPV 1992, 266) de Derecho Foral Civil Vasco , por ejemplo), con lo que la constitución formal de la pareja depende de su inscripción mientras que en otras no (caso de la Ley 10/98 de Cataluña ( LCAT 1998, 423) , de uniones estables de pareja). Por tanto lo que en Cataluña es pareja de hecho en el País Vasco no lo será, algo que es difícilmente entendible.

Resulta sumamente ilustrativo el siguiente ejemplo, tomado del fundamento de derecho sexto del la STSJ País Vaco de 14 de abril de 2009 (AS 2009/2094):

“Reviste mayor envidia el argumento relativo a la diferencia de trato, derivada de la regulación legal. La diferencia se produce realmente, de lo que es una muestra la situación en que se encontrarían los miembros supervivientes de tres parejas de hecho residentes en las poblaciones de Viana, Oyón y Logroño, situadas en un radio inferior a 10 kilómetros, de vecindad civil navarra, vasca y riojana, respectivamente, con una relación de afectividad análoga a la conyugal, sin que concurriese impedimento para contraer matrimonio, ni vínculo matrimonial con otra persona, y que hubiesen mantenido una convivencia ininterrumpida, durante, al menos, los cinco años anteriores al fallecimiento del causante.

Al primero, le resultaría de aplicación la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, a virtud de la cual

se les consideraría pareja de hecho, por el mero hecho de la convivencia, sin necesidad de inscripción registral, pudiendo acreditar su existencia por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, todo ello de conformidad con el artículo 2 y la disposición adicional de dicha Ley.

El segundo, se regiría por la Ley 2/2003, de 7 de mayo. Con arreglo a la misma, para su conceptualización como pareja de hecho sería indispensable que se hubiesen inscrito en el Registro autonómico o municipal de parejas de hecho, pero sin exigírseles que lo hubiesen hecho con una determinada antelación a la muerte del causante, y el único medio de prueba admisible para acreditar su existencia sería la certificación del Registro.

El tercero, quedaría sujeto a lo dispuesto por el artículo 174.3.4º de la Ley General de la Seguridad Social, conforme al cual la existencia de la pareja de hecho sólo podría acreditarse mediante certificación de inscripción expedida por el Registro del Ayuntamiento de Alfaro de parejas de hecho, o mediante documento público, lo que en ambos casos se debería haber realizado con una antelación mínima de 2 años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

Basta este ejemplo para entender que el reconocimiento de la pensión de viudedad se hace depender de una circunstancia personal extraña al rol específico asignado por el legislador a la prestación de viudedad concedida a los supervivientes de parejas de hecho, de subvenir a una real situación de desequilibrio o de necesidad económica originada por la muerte del causante, cual es la vecindad civil, que es la que determina qué pareja de hecho es objeto de protección y cómo hay que demostrar su existencia.

En el supuesto enjuiciado, la previsión legislativa conduce a la denegación de la pensión de viudedad al superviviente de una pareja de hecho estable por el mero hecho de no haberse inscrito en el Registro de Parejas de Hecho de Euskadi o del municipio de residencia, exigencia impuesta por la Ley vasca para merecer la consideración de pareja de hecho...”

La situación es absurda ¿o no?

2ª) El conflicto entre aquellas Comunidades Autónomas que permiten constituir parejas de hecho a quienes no han disuelto el matrimonio y aquellas otras que sí. En principio puede opinarse que no existe obstáculo constitucional ni legal para que la Ley permita que se formalicen parejas de hecho por personas casadas, con los efectos prestacionales en orden a la pensión de viudedad de la Seguridad Social, al menos en tanto en cuanto el previo matrimonio haya sido objeto de una previa sentencia de separación.

Pero si esta posibilidad se utiliza de forma asimétrica por distintas Co-

comunidades Autónomas, el acceso a las pensiones de viudedad pasa a tener requisitos diferenciados en función de la legislación autonómica aplicable, debiendo recordarse que, al tratarse de materia civil, lo que determina cuál sea el Derecho aplicable no es el empadronamiento, sino la vecindad civil, conforme a los artículos 14 a 16 del Código Civil y 9 de la misma norma por remisión del 16.3, lo que resulta mucho más complejo. En función de la vecindad civil unos ciudadanos podrán tener acceso a la pensión de viudedad por formar parte de parejas de hecho formalizadas conforme a determinadas leyes autonómicas, aunque uno de sus integrantes o los dos estuvieran meramente separados judicialmente, mientras que otros ciudadanos no podrían hacerlo. El requisito de inexistencia de vínculo matrimonial del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social será aplicable a quienes tuvieran vecindad civil de determinadas Comunidades Autónomas y no sería aplicable a los que la tuvieran de otras.

Pues bien, esto es precisamente lo que ya está ocurriendo... En Castilla y León está en vigor el Decreto de la Junta 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León, que puede considerarse como norma autonómica de aplicación preferente respecto del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto al concepto y formalización de la pareja de hecho. Y así mientras hay Comunidades Autónomas que no permiten la inscripción y formalización de las parejas de hecho cuando uno de sus miembros esté unido por vínculo matrimonial a otra persona, aunque exista separación judicial, como pueden ser el Decreto de la Junta de Castilla y León 117/2002, de 24 de octubre, la Ley Andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, la Ley Aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, la Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables, la Ley de las Islas Baleares 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, la Ley Catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, la Ley Extremeña 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, la disposición adicional tercera de la Ley Gallega 2/2006, de 14 de junio (LG 2006, 218, 312), de derecho civil de Galicia, la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, la Ley Vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho o la Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho, el Decreto 124/2000, de 11 de julio, de Castilla - La Mancha, que regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de he-

cho en dicha Comunidad Autónoma. Por el contrario la Ley Madrileña 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, la Ley Canaria 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho y la Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho, permiten la formalización de parejas de hecho a pesar de que uno de sus miembros mantenga un vínculo matrimonial anterior, bajo la condición de que exista sentencia de separación judicial.

De esta forma resulta que, ante un supuesto idéntico al que se plantea en el caso que nos ocupa, quienes tengan vecindad civil madrileña, canaria o cántabra tienen derecho a la pensión de viudedad, no teniéndolo quienes tengan vecindad civil de cualquier otra Comunidad Autónoma.

Se aboga pues por el establecimiento de un régimen igual para todos en la formalización y constitución de la pareja de hecho y de un régimen similar de requisitos al del matrimonio.

#### 4.3 Los beneficiarios procedentes de crisis matrimoniales

¿Qué sentido tiene reconocer una pensión a quien simplemente ostenta el título de ex cónyuge? y detraer de la devengada por el actual —si lo hay— una parte de ella, incluso aunque el vínculo se mantenga pero haya una separación legal.

Cuando hay un divorcio, separación o nulidad concurrirá —en el supuesto normal— una separación de vidas, tanto personal como económica, por lo tanto nada justifica un reconocimiento a una vida pasada en común. Algunos alegan que al fin y al cabo el ex cónyuge aportó algo al matrimonio y de ese hipotético “salario diferido” debe participar. El razonamiento no es correcto porque eso sería también aplicable de cualquier prestación, v. gr.: invalidez, jubilación, etc., y además porque el cónyuge en “vida matrimonial” puede haber ya obtenido beneficios por ello, v. gr. la atención sanitaria, el aprovechamiento de servicios sociales, etc.

Se dirá a favor del reconocimiento que puede tener alguna dependencia económica respecto del causante, v. gr.: porque percibía alguna atención económica, vía pensión compensatoria civil. Esto aparentemente es más razonable, pero ya tiene su respuesta en el art. 101 del Código Civil, bien porque se extinga, o porque pase a ser acreedor de la herencia, pero recordemos que su tendencia es a extinguirse, no a mantenerse de forma vitalicia. La situación actual de exigencia de pensión compensatoria y que se extinga no tiene en cuenta una cosa, dicha pensión no se establece por una dependencia económica respecto del causante, sino que lo que pretende es evitar que se produz-

ca “un desequilibrio económico en relación con la posición del otro” (art. 97.1 LGSS). Téngase en cuenta que esa pensión siempre es revisable y que puede ser también temporal (porque el equilibrio se pueda restablecer en un tiempo), de aquí que exigir sin más el percibo de una pensión compensatoria civil no puede decirse que sea acreditativa de la situación de dependencia, al menos como parece ser que se quiere y en este momento habría que volver los ojos hacia el superviviente de una pareja de hecho, claramente discriminado por un excónyuge con pensión compensatoria.

La reforma debería de hacer desaparecer la posibilidad de concurrencia de beneficiarios; no tiene sentido mantener el derecho de quien dejó de ser cónyuge o haya dejado de convivir y depender económicamente del causante y que sea el sistema de Seguridad Social el que se haga cargo de una compensación civil

Como no se creé que esta propuesta sea aceptada, si se entiende oportuno que la prestación de los “ex” se reconduzca a un subsidio temporal, pero no a participar o percibir la pensión de viudedad de forma indefinida.

## 5. La protección a la viudedad

### 5.1 Presente y futuro de la ayuda para gastos de sepelio

La prestación denominada auxilio por defunción ha gozado siempre de una gran raigambre en nuestro sistema protector, pero hoy está en tela de juicio por su falta de virtualidad.

Es necesario que se opte por una real protección a la situación de necesidad que supone la atención a los gastos de entierro o bien que se decida su supresión. En la actualidad, quizás son más elevados los gastos de gestión de la prestación que la propia cantidad en sí que representa tal auxilio o ayuda.

Los primeros análisis y propuestas integrales de reforma del Sistema Público de Seguridad Social, como el Libro Blanco de la Seguridad Social, ya postulaban una actualización de la prestación, que después cayó en el olvido hasta la sorprendente reforma de 2007, que generosamente y en el plazo de cinco años la incrementa un 50% y promete una actualización periódica.

El borrador en manos de la Comisión parece que nos anuncia “su paso a mejor vida” cuando en su apartado 13 “Solidaridad y garantía de suficiencia” párrafo tercero nos dice lo siguiente “La Comisión defiende la revisión del conjunto de las prestaciones del sistema para adaptar aquellas que han podido perder su eficacia protectora (seguro escolar, auxilio por

defunción,...), medida que tampoco es una novedad y que en similares términos se proponía en el Libro Naranja.

En la situación actual no deja de ser “una broma de mal gusto” reconocer una prestación de 42,09 euros ¡como máximo! para atender los gastos de entierro.

Es difícil evaluar el coste de una cobertura del deceso general para los trabajadores afiliados y en alta en Seguridad Social, pero no sería una idea descabellada, tómesese como ejemplo la póliza de decesos del Cabildo de la Gomera a favor de todos sus vecinos (48). Por decirlo gráficamente, la muerte es cara y una ayuda material en ese trance parece deseable.

## 5.2 La pensión de viudedad

### 5.2.1 *La incidencia de la causa de la muerte*

Debe de comenzarse advirtiendo de que es criticable la privilegiada fórmula de cálculo cuando la muerte deriva de contingencias profesionales, la muerte de una persona “debe de valer” igual cual sea la contingencia que la cause. Se trata de una cuestión que comparte con otras prestaciones económicas del Sistema y cuya modificación o no debe tener esto en cuenta. Un efecto colateral de la consideración de la muerte por contingencia profesional como generadora de una mayor acción protectora enlaza con la denominada indemnización especial a tanto alzado. Dado que la situación de necesidad es la misma con independencia de la causa de la muerte, esta prestación debería quedar fuera de la protección básica y quizás su lugar esté en la protección complementaria.

### 5.2.2 *La base reguladora*

Varias cuestiones surgen en torno a la misma:

- La posibilidad de elegir el período de cálculo de la base reguladora. En el ámbito de las pensiones ha sido tradicional que el beneficiario elija, dentro de un marco temporal concreto, el período de cotizaciones que entienda más conveniente, en orden al cálculo de la base reguladora de su pensión; en su defecto era la propia Administración quien lo hacía, también teniendo en cuenta el período más favorable. Eso se acabó a partir de 1985, excepto para las pensiones de supervivencia, pero ¿tendría sentido su mantenimiento?

Hay quien piensa que el método puede propiciar su utilización fraudulenta, pero esto en la práctica va a ser difícil; nótese que quien elige el período no es el causante sino el beneficiario. Posibilidades teóricas in-

dudablemente las hay, v. gr.: aquél que gravemente enfermo piense que va a morir, y manipule la base para dejar una mayor pensión, aunque hay que tener en cuenta las dificultades que eso comporta y que tendrá que vivir ese período de 24 meses; más bien parece algo teórico que real. Y en todo caso no debe olvidar lo prevenido en el art. 6.1 del Código Civil

- Las bases reguladoras cero y la integración de lagunas ¿Procede la integración de lagunas a la hora de hallar la base reguladora? Aunque tras la modificación introducida en el art. 9 OMS por el RD 1205/2003, de 26 de diciembre, tiene menos sentido al elevar el período de elección de 7 a 15 años, lo cierto es que la situación parece posible; piénsese en aquellos que están en situación asimilada al alta sin cotización –al menos por la contingencia de muerte y supervivencia- incluso percibiendo algún subsidio, v. gr. de desempleo. La solución puede pasar por permitir buscar cotizaciones más allá del período de los quince años, así como si se cambiara el cálculo de la base reguladora (elevando el período a tomar en consideración) permitir la integración de vacíos de cotización que en el período de cálculo se produzcan.

Y la reforma ¿por donde camina?

Pues aparentemente camina hacia una nueva forma de cálculo similar a la introducida por la reforma de 2007 para las pensiones de incapacidad permanente por enfermedad común (esta propuesta ya la ofrecía el Libro Naranja). De llegar a ello las cuestiones expuestas dejarán de tener virtualidad, ahora bien el resultado final no es otro que una pensión de cuantía inferior.

### 5.2.3 *El porcentaje de la pensión*

Dos porcentajes tenemos ahora, uno general y otro especial, ambos orientados a mejorar la protección de quienes perciben pensiones más bajas. ¿Pero eso es real? Más bien pensamos que ni uno ni otro porcentaje dan verdadero cumplimiento a tal objetivo. Al menos en los términos que se nos quiere hacer ver.

El porcentaje del 52 por ciento aparentemente mejoraba la pensión al elevarse un 7 por ciento sobre el anterior. Ahora bien cuando la pensión de viudedad estuviera afectada por un complemento a mínimos, el pensionista nada tangible percibía, ya que la subida era absorbida por el complemento que se veía reducido. Los que si lo notaron eran los que tenía una base reguladora alta.

Sobre el porcentaje del 70 por ciento, también se debe ser crítico. En

realidad no es otra cosa que un complemento a mínimos muy conflictivo, con unos enrevesados requisitos a reunir y a mantener.

La propuesta que se podría formular en torno a los mismos parten de optar por considerar que la situación de necesidad a cubrir lo debe ser en relación a una necesidad o dependencia relativa que se presupone con la existencia de una convivencia en el matrimonio o en una unión de hecho y por ello mantendría un porcentaje general para todos y un porcentaje especial al que accederían aquellos beneficiarios afectados por el régimen de incompatibilidades que se puedan establecer, sobre el que más adelante se volverá

#### *5.2.4 El “retorno” de porcentajes y el acrecimiento de la pensión de orfandad*

Aunque no se está de acuerdo con el actual sistema de permitir la concurrencia de beneficiarios a la pensión de viudedad, si se mantiene debería de regularse con claridad el “retorno” de porcentajes asignados y distribuido entre excónyuges al cónyuge viudo o pareja de hecho.

También resulta preciso aunque no podemos detenernos en ello, en una regulación clara y precisa de los supuestos en que proceda el acrecimiento de la pensión de orfandad con la pensión de viudedad y su dinámica.

#### *5.2.5. La prestación temporal de viudedad*

La reforma de 2007 introdujo una prestación temporal a favor de aquellas uniones matrimoniales que no lleven a una pensión de viudedad por faltarle el requisito de “antigüedad” mínima en el matrimonio.

Teniendo en cuenta tanto los posibles nuevos requisitos de acceso o causas de incompatibilidad debería de ampliar su ámbito subjetivo aquellas situaciones que no generen pensión vitalicia.

## 6. Dinámica de la protección

Son varias las cuestiones controvertidas y necesitadas de reformas o ajustes, entre las que debe destacarse las siguientes:

### 6.1 Sobre la posibilidad de suspender el abono de la prestación

Previsto expresamente sólo lo está para cuando se contrae matrimonio y se mantiene la pensión de viudedad por reunir los requisitos para ello; cuando éstos dejan de concurrir la pensión se suspende y queda a la espera de una posible recuperación.

Pero la cuestión más relevante es la necesidad de prever expresamente la posibilidad de paralizar el abono inicial de una pensión (a la conclusión de un expediente tras la tramitación de la solicitud) o cuando la misma ya se está percibiendo (cuando se esté incurso en causa de extinción o de impedimento en el acceso).

## 6.2 Compatibilidades e incompatibilidades

Quizás esta sea una de las cuestiones más polémicas. Curiosamente nadie, al menos no se conoce, defiende el actual sistema de compatibilidades e incompatibilidades de la prestación. Pero lo que más sorprende son las dos últimas iniciativas legislativas favorecedoras de la compatibilidad de la pensión de viudedad con otras prestaciones públicas, es el caso de la Ley 9/2005, sobre las pensiones SOVI (quizás por su escasa relevancia cuantitativa) y la Ley 4/2005, sobre las ayudas de las Comunidades Autónomas a personas que disfrutaran de pensiones públicas (en este caso por presiones políticas).

Si se apuesta por una incompatibilidad general de la pensión, por ejemplo con rentas de trabajo, habrá que prever una reforma de la cuantía de la pensión de viudedad. De otro lado se le pondrá en la tesitura de aceptar una pensión de cuantía, normalmente muy reducida, o trabajar. Si es cierto, como se dice, que el núcleo más importante de personas con pensión de viudedad son mujeres ¿no resultaría una medida restrictiva para ellas?

Realmente la solución no es fácil, pero la incompatibilidad sin más no es realista. Como más arriba se ha anunciado la cuestión estaría en ese doble porcentaje de la pensión de viudedad siendo el mayor el que se podría verse afectado por incompatibilidades relativas a rentas o prestaciones de Seguridad Social, singularmente aquellas que revistan la forma de pensión (algo parecido a lo que ocurre con la denominada pensión de incapacidad permanente total cualificada).

## 6.3 Las causas de extinción

Varias críticas y consiguientes propuestas cabe hacer respecto al actual régimen extintivo de la pensión. La primera es la relativa a la posibilidad de compatibilizar la pensión con nuevo matrimonio. Eso es desnaturalizar la esencia y fin de la propia pensión. Viene a suponer, por poner un ejemplo, que un pensionista de incapacidad permanente, recuperada su capacidad laboral, se le permita continuar en su percibo, porque tiene pocos recursos

económicos. Su situación de necesidad deberá de cubrirse por otros vías pero no desnaturalizando la esencia de la prestación.

Por otro lado en los términos en que se norma esta posibilidad pocos optarán por acallar sus conciencias y poco les importará “vivir en pecado”. La propuesta sería eliminarla.

La segunda es la concerniente a la “violencia de género” y extinción o imposibilidad de acceso a la pensión. Las críticas que pueden hacerse a la misma son, entre otras, las siguientes:

Estamos ante una causa de extinción de autor, dirigida a un sexo concreto, al varón, olvidando, realmente que la violencia puede provenir de cualquier sexo, y tan indigno o reprochable es la conducta violenta de un hombre sobre su cónyuge o ex cónyuge (o figuras asimiladas) que la de una mujer sobre el varón, o la de mujer sobre mujer, hombre por hombre. Provocará situaciones paradójicas, por ejemplo: que la sanción penal (en los casos de lesiones) pueda quedar en suspenso y por tanto no despliegue sus efectos represores y sin embargo la sanción social (la privación de la pensión de viudedad) sea definitiva; que el hijo o hija sean condenados por violencia sobre el progenitor y no sólo puedan percibir la pensión de orfandad sino también la puedan ver incrementada con la pensión de viudedad (recuérdese el caso conocido como el asesino de la katana), etc., y todas ellas, no se olvide, son prestaciones de supervivencia.

La causa de extinción, debe advertirse, aunque se presenta en dos modalidades, muerte y lesiones, queda limitado en la práctica a esta última.

Quizás las causas de extinción o impedimento deberían de volver los ojos a las causas de indignidad para suceder previstas en el art. 756 del Código Civil, con la adecuación oportuna y no que primara el oportunismo político del momento.

#### 6.4 Observaciones sobre dos propuestas concretas

Sobre el denominado trasvase de la carrera de seguro del causante al beneficiario. Es extraña e injusta. Comporta un trato de favor que podría fácilmente originar situaciones pintorescas, v. gr.: si causante y beneficiario son mayores y aquel tenía una carrera de seguro larga, al final nos podríamos encontrar con que no se le reconocería una pensión de viudedad, pero sí una de jubilación o de incapacidad permanente, en cuantía a lo mejor más elevada de la que le correspondiera por viudedad.

Sobre la conversión de la pensión de viudedad en jubilación, cuando se alcanzase la edad para ello. El problema es que no se sabe a ciencia cierta

qué alcance tendría, al menos sus defensores nada dicen de ello. Pero si la conversión no es nominal, podrá llevar al caso de que un pensionista de viudedad alcance la edad de jubilación, su pensión se convierta en jubilación, y entonces ¿qué pasará con la que pudiera causar por derecho propio? ¿Será incompatible?

# Capítulo 30

## La futura reformulación de la pensión de viudedad

---

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO  
*Profesor Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA).*

### 1. Introducción

Ciertos cambios sociales han influido de forma palpable en la configuración de los nuevos modelos de familia<sup>1</sup>. La familia es la institución fundamental de la convivencia y de la sociedad. La gran mayoría de los españoles viven en una familia: 38.848.133 de una población total de 39.852.651 habitantes. Asimismo, los españoles otorgan sistemáticamente la máxima valoración a la familia: 9,37 sobre una escala de 1 a 10, por encima del bienestar económico, el trabajo, los amigos, la religión o la política. La incorporación de la mujer al mercado de trabajo, el descenso de la natalidad y el envejecimiento progresivo de la población son algunos cambios reales que estamos viviendo en la actualidad<sup>2</sup>.

Un cambio relevante al papel tradicional de la mujer es su incorporación al mercado de trabajo, en un paso agigantado se adentra al mercado laboral compaginando en la mayoría de los casos al cuidado de sus familiares<sup>3</sup> y al trabajo doméstico. En este sentido, obtiene más independencia

- 1 Un análisis detallado de los cambios sociales producidos en España en las últimas décadas, véase SALUSTIANO DEL CAMPO, U., *La "nueva" familia española*, Eudema, Madrid, 1991. ALBERDI, I., *La nueva familia española*, Grupo Santillana de Ediciones, Madrid, 1999.
- 2 Datos extraídos del Plan Integral de Apoyo a la Familia (2001-2004), aprobado por el Gobierno español el 8 de noviembre de 2001.
- 3 KAHALE CARRILLO, D., *La cobertura de de la dependencia*, Fundación Alternativas, Madrid, 2009.

y afronta las responsabilidades económicas en relación a los miembros dependientes que constituyen parte de su núcleo familiar<sup>4</sup>. Con independencia del papel diferenciado de la mujer en el mercado de trabajo, dos han sido los elementos que han contribuido al incremento de su participación, por una parte, la preocupación constante del legislador por combatir el trato desigual de los ciudadanos; y, por otra, la actitud ante la educación y formación, al ser éste un terreno en el que la mujer ha duplicado su reducida presencia tradicional, equiparándose al hombre<sup>5</sup>.

Otro cambio destacable en los nuevos modelos de familia es el descenso de la natalidad y el envejecimiento progresivo de la población española<sup>6</sup>. El descenso de la natalidad constituye la causa principal del envejecimiento demográfico en España<sup>7</sup>. Según el último Informe de la salud de la población española en el contexto europeo y del Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad, la esperanza de vida ha aumentado en España en 4,6 años desde 1981 a pasar de los 75,6 años que se calculaba que podría vivir la población en esa época los 79,70 actuales, si bien en ese tiempo la tasa de mortalidad se disparó hasta 909,10 personas por cada 100.000 habitantes, al evolucionar de los 777,20 casos de 1981 a los 909,10 de 2002<sup>8</sup>. Sin olvidar que, gracias a la inmigración, el índice de natalidad se

4 MILLER MOYA, L., "Participación laboral femenina y Estados de Bienestar", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 108, 2004, págs. 49-74. MARTÍNEZ QUINTANA, V., "Incorporación de la mujer al mercado de trabajo: ciclos laborales y tendencias sociales", en AA.VV. (Coords. LUCAS MARÍN, A. y MARTÍNEZ QUINTANA, V.), *La construcción de las organizaciones: la cultura de la empresa*, UNED, Madrid, 2001, págs. 111-140.

5 «Diferentes entornos influyen en la incorporación y permanencia de las mujeres en el mundo laboral: el entorno más general, procedente del mundo económico e institucional y el entorno más inmediato, procedente de la familia que transmite desde la infancia la necesidad o no de trabajar». MONLLOR DOMÍNGUEZ, C. y GÓMEZ FAIRÉN, J., "El proceso de incorporación de la mujer al mercado de trabajo en la Región de Murcia en el periodo 1976-2001", *Papeles de Geografía*, núm. 35, 2002, págs. 129-146.

6 KAHALE CARRILLO, D., "Mujeres y Estado de Bienestar", en *Políticas de Igualdad e Integración*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2010, págs. 5-1 a 5-27.

7 Vid. MONTALVO CORREA, J., "Impacto del proceso de envejecimiento sobre los sistemas de protección social: la perspectiva de los interlocutores sociales", *Sesenta y más*, núm. 1, 2002, págs. 26-29. SARASA URDIOLA, S., "El descenso de la natalidad y los servicios de protección social a los ancianos", *Información Comercial Española*, núm. 815, 2004, págs. 205-218.

8 El incremento de la tasa de mortalidad se debe a la mayor incidencia de ciertas patologías en la población, como los tumores malignos cuya detección creció en España en más de un 50 por 100. Si en el año 1981 la tasa bruta de mortalidad por esta enfermedad era de 157,60 personas por cada 100.000, en estos momentos la cifra

ha incrementado, en el año 2004 el número medio de hijo por mujer fue de 1,32 siendo la cifra más alta desde el año 1993<sup>9</sup>. De igual manera, han aumentando las uniones de hecho<sup>10</sup> o las llamadas *more uxorio* tanto de personas heterosexuales como homosexuales<sup>11</sup>, el número de divorcios<sup>12</sup>,

---

asciende a 233,10 personas. La enfermedad isquémica del corazón también creció de forma considerable, el aumento fue de algo más de un 21 por 100, al cerrarse la tasa con 97,2 casos, frente a los 76,10 de hace 25 años. La enfermedad pulmonar obstructiva crónica prácticamente se duplicó en España con una incidencia de 41,50 casos, por encima de los 22,40 del período anterior analizado. La patología conocida con las siglas EPOC y que consiste en la obstrucción persistente de las vías respiratorias, las muertes relacionadas con el consumo del tabaco aumentaron una media de 21 personas, se pasó de 265,20 a 286,10 fallecimientos por cada 100.000 habitantes. La enfermedad del apartado circulatorio se situó en 1981 a 356,90 personas disminuyendo en el 2002 a 310,30, siendo una de las pocas enfermedades que han disminuido del análisis de dichos años. Datos obtenidos del último Informe de la salud de la población española en el contexto europeo y del Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad (Elaboración propia).

El incremento de la proporción de personas de 65 o más años sobre el total de la población nacional ha sido de 16,5% en 1999 y será aproximadamente un 18% en 2010, cerca del 22% en 2025, y alrededor del 30% en 2040. Datos a los que habría que añadir el incremento de la esperanza de vida al nacer (81,32 años para las mujeres; 73,44 años para los hombres, 1996). Datos extraídos del Plan Integral de Apoyo a la Familia (2001- 2004), aprobado por el Gobierno español el 8 de noviembre de 2001.

- 9 Fuente: [www.ine.es](http://www.ine.es). Vid. ARAGÓN BOMBÍN, R., “La integración social de los inmigrantes a través de los aspectos legales”, en AA.VV. (Eds. CHECA, J, ARJONA, A., y CHECA OLMOS, F), *Inmigración y derechos humanos: la integración como participación social*, Icaria, Barcelona, 2004, págs. 81-108.
- 10 La problemática de las uniones de hecho ante el Derecho de la Seguridad Social, en MORGADO PANADERO, P., “Las uniones extramatrimoniales ante la Seguridad Social”, *Studia Zamorensia*, Vol. II, 2004, págs. 385-388. En relación al contenido de las nuevas propuestas a las uniones extramatrimoniales, véase SASTRE IBARRECHE, R., “Problemática de las uniones de hecho ante el ordenamiento laboral y de la Seguridad Social”, en AA.VV. (Coord. MARTÍNEZ GALLEGO, E.), *Matrimonio y uniones de hecho*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, págs. 203-206.
- 11 «La CE no identifica a la familia a la que manda proteger en el art. 39.1 con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que corresponde a imperativos ligados al carácter “social” de nuestro Estado y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen». STC 47/1993, de 8 de febrero (BOE de 11 de marzo).
- 12 Para el Instituto Nacional de Estadística (INE) el número de divorcios habidos para el

y, así como el incremento de las familias monoparentales que se sitúan en un 8 por 100 sobre el total de núcleos familiares con hijos menores de 18 años<sup>13</sup>.

Las situaciones antes descritas juegan un papel muy importante en la configuración de los nuevos modelos de familia. Ello conlleva, sin duda, a que se modifique su concepto tradicional conformado por un hombre y una mujer con sus descendientes, unidos bajo la figura del matrimonio. De modo que se configuran nuevos patrones que la componen como es el caso de las familias monoparentales, las uniones de hecho y el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta última, se reconoce por la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>14</sup>. Todas estas vertientes de familia van a crear la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a esta nueva realidad social, de modo que se les cobije mediante la protección social que garantiza la Constitución Española (CE)<sup>15</sup> bajo el sistema de Seguridad Social<sup>16</sup>.

Las conexiones entre el Derecho de Familia y el Derecho de la Seguridad Social son más que considerables, por la cobertura de necesidades que contempla el régimen de Seguridad Social al tener muy en cuenta a la familia, y protegiendo al individuo aisladamente considerado<sup>17</sup>. Es decir, a los supuestos de muerte del trabajador, en el que la prestación se concede a los familiares del causante para compensarles por el daño económico sufrido por la pérdida de los ingresos que el fallecido aportaba a la unidad familiar. Dicho en otras palabras, el fallecimiento de un miembro de la

---

año 2003 fue de 31.547 y para el 2004 de 35.172, en el que se incrementaron 3.625 para ese año. Fuente: [www.ine.es](http://www.ine.es).

13 Datos extraídos del Plan Integral de Apoyo a la Familia (2001-2004), aprobado por el Gobierno español el 8 de noviembre de 2001.

14 BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.

15 BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

16 Vid. VALLADARES RASCÓN, E., "El derecho a contraer matrimonio y la Constitución", *Aranzadi Civil*, núm. 9, 2005. LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J., "La Reforma Matrimonial (I): El Matrimonio de Personas del mismo sexo. Comentario a la Ley 13/2005 de 1 de julio de 2005", *Aranzadi Civil*, núm. 13, 2005. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Laguna legal y matrimonio de los homosexuales", *Aranzadi Civil*, núm. 18, 2005. CALVO GONZÁLEZ, J., "Ley 13/2005, sobre modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Reforma matrimonial, Adopción y Sociedad", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 686, 2005.

17 RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Pensión de viudedad y divorcio", *Relaciones Laborales*, 1995-I, pág. 93.

unidad familiar, que es quien aporta las rentas a la familia, constituye un riesgo que produce un resaltante quebranto económico. Por ello, el sistema público español lo contempla en el sistema de protección de la Seguridad Social dentro de las prestaciones de muerte y supervivencia, como pensión de viudedad; que se encuentra en la espera de su reforma como más adelante se analizará.

## 2. Antecedentes de la pensión de viudedad

Los antecedentes legales de la pensión de viudedad se remontan desde 1900 al establecer las prestaciones derivadas del fallecimiento de un trabajador como consecuencia de un accidente de trabajo. En la actualidad, las normativas reguladoras de las prestaciones de muerte y supervivencia se agrupan en el Régimen General de la Seguridad Social<sup>18</sup>, que parte de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social<sup>19</sup>, que se recoge en el Capítulo VIII «Muerte y supervivencia» del Título II «Régimen General de la Seguridad Social», artículos 171 a 179 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS)<sup>20</sup>; disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, 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<sup>21</sup>; Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social<sup>22</sup>; Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social<sup>23</sup>; Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia<sup>24</sup>;

18 Para un análisis de las normativas reguladoras de las prestaciones de muerte y supervivencia, véase SASTRE IBARRECHE, R., “Protección por muerte en el Régimen General de la Seguridad Social”, *Temas Laborales*, núm. 39, 1996, págs. 31-39.

19 BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1963. Base Décima.

20 BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994.

21 BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.

22 BOE núm. 169, de 16 de julio de 1997.

23 BOE núm. 272, de 13 de noviembre de 1997.

24 Un análisis del Real Decreto, véase GARATE CASTRO, J., “La reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia (del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema

y, Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social<sup>25</sup>. El desarrollo reglamentario se materializa a través la OM de 13 de febrero de 1967, sobre Prestaciones de Muerte y Supervivencia<sup>26</sup>. Para el caso en concreto de fallecimiento a consecuencia por actos de terrorismo, se aplica el artículo 51 de la TRLGSS; Real Decreto 1576/1990, de 7 de diciembre, por el que se regula la concesión en el Sistema de la Seguridad Social de pensiones extraordinarias motivadas por actos de terrorismo<sup>27</sup>; y, Real Decreto 851/1992, de 10 de julio, por el que se regulan determinadas pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo<sup>28</sup>.

Desde la promulgación de la CE, en 1978 hasta nuestros días, siete han sido los temas clave que han presidido y condicionado la evolución de la Seguridad Social española en relación a la regulación de las pensiones de viudedad<sup>29</sup>:

- 1) La igualdad de trato entre viudas y viudos.
- 2) La equiparación entre el matrimonio y las uniones de hecho.
- 3) La protección combinada de diferentes supervivientes proveniente de los sucesivos matrimonios de un mismo causante.
- 4) El aumento del importe de las pensiones mínimas de viudedad<sup>30</sup>.
- 5) La flexibilidad relativa de los requisitos de afiliación y alta del causante para poder beneficiarse de la pensión de viudedad, a cambio de fortificar el requisito de carencia y reforzar la contributividad de la prestación.
- 6) Protección a las parejas de hecho.
- 7) La accesibilidad del cónyuge supérstite homosexual a la pensión de viudedad<sup>31</sup>.

---

de protección social al Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre”, en AA.VV. (Coord. GARATE CASTRO, J.), Estudios jurídicos sobre las reformas de la Seguridad Social, Revista Jurídica de Galicia, Santiago de Compostela, 2003, págs. 69-82.

25 BOE núm. 291, de 5 de diciembre de 2007.

26 En relación a la legislación aplicable rige el principio que debe ser la vigente en el momento del hecho causante. En este sentido, STS de 12 de mayo de 2003, SSTSJ de Andalucía, de 20 de septiembre de 2002 y 28 de marzo de 2003, STSJ de Castilla-La Mancha, de 25 de junio de 2003.

27 BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 1990.

28 BOE núm. 184, de 1 de agosto de 1992.

29 Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F., “La pensión de viudedad: estado de la cuestión y propuestas para su reforma”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, págs. 207-226.

30 El pleno del Congreso ha aprobado a finales del año 2005 una moción a que se dignifique la situación de las viudas y viudos equiparando la cuantía de la pensión mínima al salario mínimo interprofesional vigente.

31 Vid. KAHALE CARRILLO, D., “La incidencia de la pensión de viudedad en los matri-

La gran mayoría de los temas antes expuestos han derivado diversas reformas en los últimos años debido a la necesidad de ajustar la Ley General de Seguridad Social a los mandatos de orden constitucional provenientes del artículo 14 de la CE, por el principio de igualdad de trato.

### 3. Realidad actual de la pensión de viudedad

De todo el conjunto de las reformas mencionadas en el apartado anterior, que de manera directa o indirectamente se aplica a la pensión de viudedad, se puede afirmar que son insatisfactorias, por existir supuestos concretos habidos en la sociedad que quedan huérfanos de preceptos legales que inciden de forma directa al caso en concreto, dado que hay que escudriñar en todo el ordenamiento jurídico español para determinar qué norma aplicar al supuesto que se presente, en la que hay que acudir en algunos supuestos al recurso de la analogía.

La pensión de viudedad nace como una prestación destinada a garantizar una reparación por el perjuicio causado al cónyuge superviviente por el fallecimiento del causante. Esta pensión constituye un «carácter híbrido» desde su nacimiento en la legislación española, al concebirse como una prestación ligada a las cotizaciones previas del sujeto causante; y encaminadas hacia la cobertura de las situaciones de necesidad<sup>32</sup>. Estas prestaciones, no obstante, eran concebidas en una sociedad muy diferente a la actual, donde existían modelos familiares muy diferentes de los que existen en la actualidad. Considerada, en el momento de su creación, como una prestación feminizada dirigida a la viuda al necesitar el sistema de protección social por el fallecimiento de su cónyuge, al no existir ya la única fuente de ingresos de la familia, otorgándole el Estado, por su situación de necesidad, una pensión modesta que perdurara en el transcurso del tiempo<sup>33</sup>.

Por consecuencia de los cambios sociales, la sociedad ha cambiado, y por efecto la situación proveniente del fallecimiento de un cónyuge la ha sido también. Resulta más frecuente que ambos cónyuges trabajen y apor-

---

monios homosexuales”, Relaciones Laborales, núm. 3, 2008, págs. 13-42.

32 CABEZA PEREIRO, J., La pensión de viudedad, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004, pág. 9.

33 Para un estudio de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, véase PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “La acción protectora del sistema”, en AA.VV. (Dir. CARPIO GARCÍA, M.), El sistema de pensiones, una reforma sin fin, Price Waterhouse Coopers, Madrid, 2001, págs. 137-139.

ten ingresos a la familia, dejando de ser una renta de subsistencia para transformarse en un complemento a las rentas económicas del cónyuge superviviente<sup>34</sup>. Dicho en otros términos, la pensión de viudedad no está estrictamente condicionada a la existencia de una situación real de necesidad<sup>35</sup> o de dependencia económica del cónyuge sobreviviente<sup>36</sup>. El Tribunal Constitucional ha manifestado que esta pensión no está relacionada con una situación de necesidad, sino que su finalidad es compensar al cónyuge superviviente frente a un daño, como es la minoración de unos ingresos de los que participaba, y afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, otorgando, a tal efecto, una pensión que depende y es proporcional en su cuantía a la base reguladora correspondiente al causante, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad<sup>37</sup>. En este sentido, el Alto Tribunal ha señalado que la pensión de viudedad surge concebida por el ordenamiento jurídico como una renta devengada a favor de los cónyuges por la ayuda mutua y la aportación al interés de la familia<sup>38</sup>.

No obstante, la pensión de viudedad ha sufrido una importante evolución en estos últimos tiempos, que la ha transformado en una pensión expansiva, dado que se concede de manera incondicional a los viudos y, a su vez, se ha multiplicado el número de viudas pensionadas de un mismo asegurado difunto; desde la Ley de Divorcio puede haber tantas como ex cónyuges hubieran convivido con el asegurado en cuestión.

Efectivamente, el reconocimiento de esta pensión a quien tiene o ha tenido el estado de cónyuge o pareja de hecho, de manera indiferenciada y con independencia de la obtención de otro tipo de recursos, ha suscitado dos tipos de objeciones fundamentales:

- 
- 34 Existiendo plena equiparación entre el viudo y la viuda, en evitación de discriminaciones por razón del sexo. STC 103/1983, de 22 de junio.
- 35 En cuanto a que la pensión de viudedad no está condicionada a la existencia de una situación de necesidad, véase ALONSO OLEA, M., “Familia, matrimonio y pensión de viudedad (Comentario de la sentencia del TC 184/1990, de 15 de noviembre)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 46, 1991, págs. 311- 318.
- 36 Situación que antes sí sucedía para el cónyuge viudo de conformidad con la redacción original del artículo 160.2 TRLGSS.
- 37 SSTC 184/1990, de 15 de noviembre y autos núms. 188/2003 de 3 de junio; 204/2003, de 16 de junio; 77/2004, de 9 de marzo y 174/2004, de 11 de mayo; 29/1991, de 14 de febrero; 30/1991, de 14 de febrero; 31/1991, de 14 de febrero; 35/1991, de 14 de febrero y 38/1991, de 14 de febrero. En el mismo sentido, STSJ de Baleares, de 7 de mayo de 1992 y STSJ de Asturias, de 21 de mayo de 1999.
- 38 STS de 26 de mayo de 2004.

- El reproche a que la prestación de viudedad haya perdido su inicial finalidad de atención a situaciones de necesidad para terminar convirtiéndose en un complemento a las rentas económicas del cónyuge o pareja superviviente, al que se le garantiza un nivel de vida similar al disfrutado con anterioridad a la muerte del causante.
- Resulta preciso adecuar la regulación de la pensión de viudedad a la nueva realidad familiar existente en los tiempos actuales.

La nueva reforma de la pensión de viudedad, introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, provoca una disolución de la misma. Por una parte, al presentarse en el esquema protector una prestación temporal en contraposición a la ya existente de carácter vitalicio. Por otra, en la delimitación de sus beneficiarios, al conceder cobertura tanto al cónyuge del fallecido como a la pareja de hecho del causante. En este sentido, se diferencian tres supuestos en función de las circunstancias obrantes en el supuesto concreto<sup>39</sup>:

1. En un matrimonio no separado por vía judicial, no resulta relevante si existe dependencia económica o situación de necesidad, dado que el único límite que se hace referencia es a la enfermedad común preexistente.
2. En la concurrencia de divorcio, separación o nulidad matrimonial si es relevante la dependencia económica, puesto que debe estar materializada en una indemnización a favor del beneficiario, que se extingue con el fallecimiento.
3. En las parejas de hecho, se requiere, al igual que el anterior supuesto, dependencia económica, con la diferencia que también puede existir situación de necesidad.

Como puede observarse la reforma introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, solo amplía el ámbito subjetivo de la pensión, al extender el derecho a las parejas de hecho. No obstante, en la disposición adicional vigésima quinta dispone que el Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, se compromete a elaborar un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad. A tal efecto, debe revisarse los elementos que la componen, aunque la prioridad debe encaminarse a solventar el binomio<sup>40</sup>: sobrepro-

39 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La pensión de viudedad: nuevas perspectivas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 771, 2009.

40 NAVARRO ROLDÁN, R., *Pensión de supervivencia*, La Ley, Madrid, 2006, pág. 292.

tección e infraprotección. Esta última, en situaciones de verdadera necesidad, primordialmente por la reducida cuantía económica que conlleva. La primera, emanada de las extensas reglas de compatibilidad de la pensión.

#### 4. Propuestas de reforma

Las propuestas del Gobierno para la Revisión del Pacto de Toledo se centran, básicamente, en cinco líneas:

- a) Se manifiesta como argumento base a tener en cuenta, que la pensión no es una garantía de ingresos, sino una compensación por ingresos que se pierden.
- b) Analizar, para los nacidos y nacidas en las últimas décadas, la conveniencia de asignar rentas vitalicias cuando las convivencias familiares han sido breves y no existen descendientes.
- c) La regulación actual ignora, en cuanto al acceso al derecho a la propia pensión de viudedad, la duración de la carrera de seguro del fallecido. Igualmente se ignora la edad del/a sobreviviente para el acceso al derecho y la existencia o no de hijos habidos. Por ello la conveniencia de estudiar si en estos casos, y una vez alcanzada esa nueva situación de la sociedad, no se adecua mejor a esa realidad social la posibilidad de una indemnización en pago único, o de una prestación temporal.
- d) La consideración de una edad determinada a partir de la cual sobrevive un cónyuge al otro o su pareja de hecho, que podría hacerse coincidir en torno a la legal de jubilación, también debería ser motivo para una reestructuración de la pensión de viudedad, tanto para el acceso al derecho como respecto de su cuantía.
- e) Estudiar la posibilidad de establecer una relación más flexible entre las rentas de trabajo y la pensión de viudedad, de modo que se mejore la situación de los pensionistas que perciban una única renta.

De su lectura se desprende que es conveniente una reestructuración de la pensión de viudedad a las nuevas situaciones sociales y las nuevas formas de familia y convivencia. En este sentido, la «relación de dependencia económica ha perdido su valor definitorio de la situación de necesidad protegida, razón por la cual cobra sentido la afirmación de que la pensión de viudedad debería volver a sus orígenes, pasando a cubrir situaciones reales de dependencia económica o de necesidad y no suponer una indemniza-

ción más por la falta de ingresos que causa el fallecimiento del cónyuge o de la pareja»<sup>41</sup>. Probablemente, sea más aconsejable exigir la dependencia económica para la concesión de una pensión vitalicia, en el que puede no exigirse, cuando se trate de una prestación temporal, cuando se acredite la existencia de un daño económico causado por la pérdida de rentas aportadas por el fallecido.

El Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad, dispone en el artículo primero que el porcentaje general es del 52 por 100. A tal efecto, sería recomendable que se equipare la cuantía de la pensión a la renta que se ha obtenido para su cálculo, dado que las exigencias para acceder al complemento asistencial de 70 por 100 resulta muy inflexible (con efectos desde el 1 de enero de 2002). El Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, requiere, a tal efecto, las siguientes circunstancias:

- a) Que los rendimientos anuales del pensionista por todos los conceptos no superen la cuantía obtenida al sumar el límite anual para el reconocimiento de los complementos por mínimos y la cuantía mínima de la pensión de viudedad con cargas familiares. Entendiéndose como rendimiento computables cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, al igual que los de naturaleza prestacional.
- b) Que la pensión sea la principal o única fuente de ingresos del pensionista. En este sentido, la pensión de viudedad debe constituir la principal o única fuente de ingresos del pensionista cuando la pensión anual a cobrar represente, como mínimo, el 50 por 100 de sus ingresos anuales.
- c) Que el pensionista tenga cargas familiares. A tal efecto, se entiende que tiene cargas familiares cuando conviva con hijos menores de 26 años o mayores incapacitados, o menores acogidos, y los rendimientos del conjunto de la unidad familiar, incluida el pensionista, dividida entre el número de miembros que la compongan, no supere, en cómputo anual, el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

Los anteriores requisitos deberán concurrir durante todo el período de percepción de la pensión de viudedad. La pérdida de uno de ellos conlle-

---

41 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La pensión de viudedad: nuevas perspectivas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 771, 2009.

vará aplicar el 52 por 100 desde el día primero del mes siguiente a aquel en que deje de concurrir alguno de aquellos. Huelga recordar que los requisitos económicos que se requiere a las parejas de hecho para acceder a la pensión de viudedad no se exigen a los matrimonios. Por consiguiente, si fallece uno de los cónyuges, al supérstite no se le exige acreditar insuficiencia de ingresos, ni dependencia económica del cónyuge fallecido para acceder a la pensión vitalicia de viudedad. En contra, al conviviente de la pareja de hecho si le es exigible tales circunstancias para poder lucrarse de la pensión de viudedad. De todo ello deviene que el matrimonio y la pareja de hecho no juegan con las mismas condiciones para acceder a la pensión. En este sentido, el legislador hubiese introducido la concesión de una prestación temporal de viudedad cuando no se cumpla uno de aquellas exigencias. Por todo ello se afirma que la pensión de viudedad es la reforma pendiente, y debe apostarse por cambiar su denominación a pensión de supervivencia<sup>42</sup>.

---

42 NAVARRO ROLDÁN, R., Pensión de supervivencia, op. cit., pág. 292.